



Andréa D'Alessandro André

**A Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a
Intervenção do Poder Judiciário**

Brasília

2011

Andréa D'Alessandro André

**A Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a
Intervenção do Poder Judiciário**

Trabalho de Monografia apresentado ao
Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB, como pré-requisito para
Monografia III do Curso de Graduação
Lato Sensu de Direito.

Orientador: Prof. Alvaro Ciarlini

Brasília

2011

Andréa D'Alessandro André

**A Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a
Intervenção do Poder Judiciário**

Trabalho de Monografia apresentado ao
Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB, como pré-requisito para
Monografia III do Curso de Graduação
Lato Sensu de Direito.

Orientador: Prof. Alvaro Ciarlini

Brasília, 16 de novembro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Alvaro Ciarlini

Orientador

Prof. Eliardo Teles

Examinador

Prof. Henrique Simon

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Antonio e Eleusa, irmãos Gustavo e Guilherme, madrinha Rosane e à querida Eva por todo apoio, compreensão e incentivo.

Aos professores do Curso, especialmente ao Doutor Alvaro Ciarlini, pelo estímulo e competência.

Aos amigos e colegas de trabalho que contribuíram generosamente para a realização e conclusão deste trabalho.

RESUMO

Esta monografia tem como proposta discutir a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a efetividade do mandamento constitucional que estabelece o direito à saúde no Brasil, garantindo um mínimo existencial ao cidadão. Analisa a saúde sob a ótica dos direitos fundamentais, qualificando-a como direito humano, universal e social, caracterizando a dignidade da pessoa humana como a razão de ser do Estado brasileiro. Conceitua o SUS – Sistema Único de Saúde, bem como sua articulação e seus Programas. Aborda o envolvimento dos Poderes da República, Legislativo, Executivo e Judiciário, nos aspectos legais, organizacional e de prestação jurisdicional. Considera os principais programas que compõem a Política Nacional de Distribuição de Medicamentos e a Assistência Farmacêutica. Por fim, delinea o papel desempenhado pelos Entes Federados: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para demonstrar, a relevância de o cidadão, democraticamente, acionar a prestação jurisdicional do Estado para assegurar o Direito Humano Fundamental nos casos em que o Estado for omissivo ou agir de maneira insuficiente.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Saúde. Efetividade. SUS. Prestação Jurisdicional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A SAÚDE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1. Direitos Fundamentais.....	11
1.2. Saúde e Dignidade da Pessoa Humana.....	17
1.3. O conceito de Saúde.....	19
1.4. Efetividade do Direito à Saúde.....	21
2. PRESTAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	33
2.1. O Princípio da Eficiência na Administração Pública.....	33
2.2. Evolução Constitucional da Saúde.....	34
2.3. SUS – Sistema Único de Saúde.....	39
2.4. Política Nacional de Medicamentos e a Assistência Farmacêutica.....	43
3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	47
3.1. A Separação dos Poderes e a Legitimidade do Poder Judiciário de intervir nas Políticas Públicas de Saúde.....	47
3.2. A necessidade de realização de audiências públicas e da produção de prova nas ações judiciais individuais	52
3.3. A regulamentação da Emenda Constitucional nº 29: um passo para a desjudicialização da saúde?.....	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa delimitar os principais aspectos da intervenção do Poder Judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde. Está orientado a partir da disposição constitucional que prevê o estabelecimento de políticas públicas e orçamentárias dos entes federados responsáveis pela prestação de serviços públicos de qualidade aos cidadãos.

O primeiro capítulo destaca o contexto da saúde no âmbito dos direitos fundamentais e sua relevância para a garantia da vida como bem maior. A manutenção da saúde deve ser exercida pelos poderes públicos, fazendo-se necessária a evolução do direito sanitário e a implementação das políticas públicas que garantem o direito à saúde.

Explicita a importância da positivação dos direitos fundamentais e de sua incorporação automática com o nascituro, sendo inerentes, universais, irrenunciáveis. Destaca a interferência da Revolução Francesa na concepção de tais direitos como são conhecidos hoje e no entendimento ainda vigente dos direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Ainda no primeiro capítulo, disserta-se sobre a vida como direito essencial, cuja plenitude deve ser preservada e a menor incidência de doenças indica a efetivação desse direito. Também traz a idéia de que o reconhecimento e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deu-se por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem e sua previsão de que todos são iguais em dignidade.

Apresenta um conceito de saúde e informa como a Organização Mundial da Saúde (OMS), após inúmeras discordâncias na trajetória e evolução de sua proposição, garantiu a aplicabilidade do direito fundamental à saúde, conceituando-a no preâmbulo de sua Constituição.

Ao fim do primeiro capítulo, o estudo aborda a importância da chamada efetividade da saúde, a qual deve ser garantida pelo Estado de forma

plena. Por tal panorama, entende-se que o serviço de saúde pública de qualidade deve ser garantido a toda população, sendo que no descumprimento na formulação e execução de políticas públicas eficientes, seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo, o Poder Judiciário vem sendo acionado para dar efetividade a esse direito fundamental, garantindo um mínimo existencial ao cidadão.

É que intervenção pelo Judiciário, no que tange à implementação de políticas governamentais previstas no texto constitucional, objetiva neutralizar a omissão estatal, muitas vezes justificada na cláusula da “reserva do possível”, assegurando a fruição do direito social básico à saúde, sempre tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo aborda a prestação da saúde no Brasil e demonstra os métodos utilizados para aplicação da justiça com base em um sistema jurídico moderno e igualitário.

Apresenta a eficiência da Administração Pública que visa combater problemas como a morosidade e a baixa produtividade por meio de atividades eficazes. Esse princípio da eficiência é o que permite a cobrança da realização das condutas esperadas pela população no exercício do direito à saúde. Porém, antes de dissertar sobre essas medidas, o trabalho demonstra a lenta evolução constitucional do direito à saúde desde o império, passando pela república até o advento da Constituição vigente, em que foi concebido como direito fundamental.

Trata do SUS – Sistema Único de Saúde, um sistema organizado de forma descentralizada, com direção da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que possibilita o atendimento geral, com atividades preventivas, serviços assistenciais e especialmente participação da comunidade.

Além do SUS, o estudo traz a Política Nacional de Medicamentos e a Assistência Farmacêutica, que consistem em ações desenvolvidas pelo Estado para que seja garantida a promoção da saúde, além da prevenção de doenças, diagnósticos, tratamentos e recuperação de todos que necessitam.

O objeto de estudo do presente trabalho é a demonstração das consequências que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário podem trazer. O último capítulo demonstra como a má gestão dos recursos destinados à saúde pode resultar em enormes e irreparáveis prejuízos a todos os membros da sociedade, fazendo com que esses busquem alternativas para efetivação e garantia de seus direitos, sendo a principal delas, a ação judicial.

Também tem como objetivo explicar como as decisões dos juízes, magistrados e tribunais, nos casos concretos de concessão de medicamentos, influenciam o custeio da saúde e geram desavenças e divergências do Judiciário com o Executivo. Embora expresso constitucionalmente, o direito à saúde não é prestado de forma satisfatória, transferindo-se ao Poder Judiciário a incumbência de determinar, nos casos concretos, a satisfação dos casos levados à sua apreciação.

Na tentativa de amenizar os impactos resultantes da não uniformidade das decisões dos tribunais quanto ao atendimento do direito individual, destaca-se a importância da realização de audiências públicas, para que haja interação entre os profissionais da saúde, membros do Executivo e do Judiciário.

Não sendo possível a obtenção dessa integração entre Judiciário, gestores e executores da saúde, o estudo mostra a essencialidade da ampla produção de provas (tanto documental como pericial), nas ações de pleito de medicamentos. As provas são uma forma de evitar decisões contraditórias que acabem por beneficiar ou prejudicar alguns cidadãos. Além disso, as duas medidas evitam que o Judiciário cause um impacto orçamentário desmedido para garantir a saúde em detrimento de outros direitos fundamentais e de igual importância para a sociedade.

Por fim, explicita a importância da Emenda Constitucional nº 29 e as consequências que sua regulamentação poderá trazer na prestação da saúde realizada pelo Estado, uma vez que são escassos os recursos orçamentários para a instituição de melhorias nos programas de saúde. Ao que tudo indica e por todo o exposto no trabalho, a judicialização da saúde continuará sendo o principal meio de

efetivação desse direito fundamental, especialmente se a atuação estatal continuar ineficiente.

1. A SAÚDE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito fundamental à saúde se torna efetivo conforme sua plena disponibilidade para todos. Um ordenamento jurídico moderno, que pretenda ser efetivo, deve estabelecer canais e procedimentos adequados, capazes de assegurar que cada cidadão tenha seu direito garantido pelas políticas públicas instituídas, e em caso de prestação insuficiente, o recurso ao Poder Judiciário.

1.1. Direitos Fundamentais

Primordialmente, antes de explicitar a construção e importância dos direitos fundamentais para os indivíduos na sociedade atual, devemos distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos. Sarlet¹ faz a seguinte distinção:

Os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] a distinção é de que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal.

Os direitos fundamentais são aqueles inseridos no ordenamento jurídico interno de determinado Estado cuja existência é afirmada por uma constituição que os positiva. Os direitos humanos, por sua vez, abrangem o ordenamento jurídico internacional que levam em consideração todos os posicionamentos e conceitos adotados sobre o indivíduo como ser de direitos e deveres.²

Esses direitos, chamados fundamentais, podem ser entendidos como direitos que todo homem possui perante o Estado, entidade de poder maior

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

² SARLET, Ingo Wolfgang, op cit., p. 42.

que deve ser de alguma forma limitado e controlado.³

Ao ser concebido, ao homem são incorporados automaticamente os direitos fundamentais. Esses direitos são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares, como menciona Alexandre de Moraes⁴.

Os direitos fundamentais também podem ser definidos como um conjunto de direitos e garantias que visam consagrar a proteção da dignidade da pessoa humana, resguardando a sociedade e cada indivíduo do domínio estatal.⁵

O conceito de democracia, de acordo com a visão ocidental, ocorre com a junção indissolúvel da combinação entre a escolha de um governo pelo povo e a limitação dos poderes concedidos a tal governo.⁶ Esses governantes serão espécies de mandatários que decidirão qual é o melhor futuro para a nação e terão um poder limitado, uma vez que deverão respeitar os mencionados direitos fundamentais. Como bem ressalta Canotilho⁷ ao tratar dos direitos fundamentais, há uma dupla perspectiva na função de direitos de defesa dos cidadãos:

(1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A plenitude dos direitos fundamentais é garantida e adquirida com a sua inserção em um texto constitucional, uma vez que estes são inerentes à pessoa e seu reconhecimento por um Estado se dá pela positivação.⁸

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

⁴ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 27 e 28.

⁵ MORAES, op. cit, p. 30.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 541.

⁸ MORAES, Alexandre. Ibidem, p. 31.

Para Canotilho, a positivação dos direitos fundamentais teve início com a Revolução Francesa, depois consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e também no momento em que os Estados Americanos firmaram sua independência da Inglaterra e constituíram as declarações de direito.⁹

Isto porque a Revolução Francesa teve escopo em três princípios com características típicas do que conhecemos hoje como direitos fundamentais: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.¹⁰ Este lema revolucionário fez com que doutrina e jurisprudência dividissem os direitos fundamentais em três gerações sucessivas, como bem ressalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello¹¹:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles direitos e garantias individuais e políticos clássicos, sendo chamados de liberdades públicas. O surgimento de tais direitos se deu a partir da Magna Carta. São liberdades negativas clássicas, compreendendo os direitos civis e políticos, sendo relacionados,

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 58 - 60.

¹⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 43.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança, reforma agrária - imóvel rural situado no pantanal mato-grossense - desapropriação-sanção (cf, art. 184) - possibilidade - falta de notificação pessoal e previa do proprietário rural quanto a realização da vistoria (lei n. 8.629/93, art. 2., par. 2.) - ofensa ao postulado do *due process of law* (cf, art. 5., liv) - nulidade radical da declaração expropriatória - mandado de segurança deferido. MS n. 22.164/SP. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira, Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 10 de out de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23/01/2011.

portanto, ao princípio da liberdade.¹² São chamados também de direitos negativos, direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado e liberdades negativas. São eles o direito à vida, à liberdade, à participação política e religiosa, à propriedade etc¹³.

De acordo com a evolução, esses direitos representam o lema do Estado liberal que se insurgiu contra o Estado absolutista, uma vez que exigem a não ingerência abusiva dos Poderes Públicos ao intervirem na esfera privada do indivíduo, restando limitados à imposição de restrições à atuação do Estado em prol da liberdade individual.¹⁴

Já os direitos fundamentais de segunda geração são os chamados direitos sociais, econômicos e culturais que se baseiam nas liberdades positivas, reais e concretas, que surgiram com a preocupação de proteção dos hipossuficientes e alcance da igualdade material entre os indivíduos.¹⁵

Esses direitos são aqueles que correspondem aos direitos de participação, sendo implementados por políticas públicas e prestação estatal como, por exemplo: saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. Têm como objetivo a necessidade de promoção de igualdade entre os indivíduos, sendo realizada intervenção estatal em defesa dos desamparados ou hipossuficientes, quando necessário.¹⁶

As denominações comuns são direitos do bem estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados. Entretanto, nem todos esses direitos resultam em prestações positivas do Estado. Existem também os direitos sociais negativos, como o de liberdade de greve.¹⁷

Finalmente, tem-se os direitos de terceira geração, que englobam os

¹² PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008., p. 93.

¹³ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 52.

¹⁴ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, op cit., p. 94.

¹⁵ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, Ibidem, p. 96.

¹⁶ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, Idem, p. 93-96

¹⁷ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, Idem, p. 97-98

princípios da fraternidade e da solidariedade, visando a proteção dos interesses coletivos de maneira difusa, ou seja, pretende proteger todo o gênero humano, integrando todos os povos e seus governantes.¹⁸

Os principais exemplos de direitos de terceira geração são: o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, a autodeterminação dos povos, a defesa do consumidor entre outros.¹⁹

Importante frisar que parte da doutrina reconhece ainda os direitos de quarta geração, que seria uma complementação às três gerações anteriormente consagradas.²⁰ Esta geração trata dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, com o objetivo de globalizar os direitos fundamentais e torná-los universais.²¹

Portanto, a origem dos direitos fundamentais está diretamente ligada à necessidade de limitar os poderes conferidos ao Estado e as respectivas autoridades. São tidos como uma proteção à liberdade dos indivíduos em relação ao poder do Estado e sua possível ingerência abusiva.²²

Os direitos fundamentais eram, a princípio de seu surgimento, normas que visavam restringir a atuação do Estado, exigindo uma abstenção em seu comportamento em favor da liberdade do ser humano, sendo a liberdade individual autônoma em relação à ação estatal.²³

Com o surgimento e reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração que abrangem os direitos econômicos, culturais e sociais no século XX, passou-se a exigir uma ação comissiva por parte do Estado em prol do

¹⁸ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 96

¹⁹ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: editora Atlas, 2005, p. 27

²⁰ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo, op. cit, p. 95

²¹ HUMENHUK, HEWERSTTON, A Teoria dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/690>> Acesso em 29 out 2011

²² Apud MORAES, Alexandre, op. cit, p. 17

²³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64

bem estar do indivíduo. A dignidade da pessoa humana foi decretada como valor fundamental da ordem jurídica com a universalização dos Direitos Humanos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU em 1948.²⁴

O objetivo dos direitos fundamentais, nesta segunda geração, seria, portanto, segundo Sarlet²⁵, o de assegurar a igualdade material entre os brasileiros, para que as oportunidades sejam as mesmas e todos atinjam o pleno desenvolvimento da personalidade sendo respeitada a dignidade da pessoa humana. Já segundo José Afonso da Silva²⁶: “Valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.

O princípio da dignidade humana está previsto na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 1º, inciso III, que assim dispõe:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

Por ser fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é consagrada no sentido de centralizar no indivíduo toda a organização estatal. A razão de ser do Estado brasileiro está fundada na pessoa humana e não nas classes, nas organizações religiosas, na propriedade ou em si próprio.²⁷

Alexandre de Moraes²⁸ sintetiza tal idéia afirmando que o fundamento afasta o predomínio das concepções de que o Estado e a Nação transcendem a idéia de liberdade individual. Portanto, o princípio da dignidade da

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 55

²⁶ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 98

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo, op cit, p. 46.

²⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 32

pessoa humana, é visto sob dois ângulos: o primeiro como um direito de proteção individual frente a todos os indivíduos e por outro como um dever fundamental de tratamento isonômico entre os semelhantes²⁹.

Além disso, esse princípio adquire a feição de cumprimento de três funções precípuas: a limitação aos poderes do Estado, tendo a função defensiva; deve ter também caráter prestacional e assistencial como tarefa do poder estatal; e por fim, deve haver o reconhecimento recíproco dos indivíduos levando-se em conta as peculiaridades de cada um³⁰.

A dignidade da pessoa humana deve ser obedecida como um valor intrínseco do ser humano, que integrará a ordem constitucional e infraconstitucional, não podendo ser sacrificado. Tão grande é a importância desse fundamento que ele se torna a base de muitos outros direitos fundamentais como o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem e à saúde³¹.

Após essas considerações de grande relevância para compreensão do tema, analisaremos a saúde como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade do direito à saúde.

1.2. Saúde e Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana tem que ser reconhecida, respeitada e protegida. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, todos os seres são iguais em dignidade.³²

A vida é um bem precípuo do indivíduo, e de acordo com o pensamento de Dallari³³, é o primeiro valor moral incorporado ao ser. Com o

²⁹ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 27

³⁰ MORAES, Alexandre de, op cit, p. 28 – 30

³¹ MORAES, Alexandre de. Ibidem, p. 33.

³² ADORNO, Sérgio. Os primeiros 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down079.pdf>>. Acesso em: 20 mai 2011.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Editora Moderna, 1999, p. 21.

nascituro surge a dignidade, sendo a saúde essencial para que a vida exista.

Por ser direito essencial, a vida deve ser plena. A ausência de doenças será uma das formas de efetivação desse direito, uma vez que a saúde proporciona qualidade de vida. O princípio da dignidade humana é elemento basilar e informador dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais à vida e à saúde decorrem da dignidade da pessoa humana.³⁴

Conforme doutrina Canotilho³⁵, o processo de constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo como centro da titularidade de direitos. O art. 196 da Constituição Federal traz a saúde como direito de todos os cidadãos e dever de ser garantido pelo Estado.

Portanto, a saúde é um direito fundamental, como um direito humano essencial, pois é garantia da vida, ou seja, sem saúde o ser humano não é um ser digno. O indivíduo sem saúde é um não ser. O autor Kimura³⁶ assim entende:

O direito à vida, elementar e essencial no âmbito dos direitos fundamentais envolve dois enfoques: (a) Direito à existência – refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; (b) Direito à dignidade – colorário do direito à existência – figura o direito de desfrutar a vida com dignidade.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre protegida pelo Estado com uma aplicação concreta do direito à saúde para que a vida de todo o cidadão seja digna, gerando harmonia e bem estar para a sociedade.³⁷

A atividade do Estado vincula-se, portanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por tal motivo, deve atuar positivamente para efetivar a

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 1999, p. 22-23.

³⁵ CANOTILHO, Gomes JJ. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 78

³⁶ KIMURA, Alexandre Issa. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 394

³⁷ KIMURA, Alexandre Issa. *op. cit.*, p. 394

dignidade do ser humano que vive na sociedade pela qual é responsável. Por força do art. 196 da Constituição Federal, o Estado tem que prover a saúde, por meio de ações e serviços, para que a ordem social seja garantida e a justiça social alcançada.³⁸

Entretanto, para se garantir a saúde e poder exigir do Estado o provimento de tal direito fundamental, tem-se que entender o que é saúde.

1.3. O conceito de saúde

A discussão sobre o conceito de saúde está presente em diversos momentos da história da humanidade. Na democracia grega, por exemplo, defendia-se a idéia de Hipócrates de que a cidade e o tipo de vida dos habitantes influenciavam diretamente a saúde, e afirmava-se que o médico deveria compreender tais influências para tratar as doenças.³⁹

Na primeira metade do século XVI, o experiente mineiro Paracelso assimilou que o mundo exterior era de suma importância para a compreensão do ser humano, demonstrando como certas doenças se relacionavam diretamente com o ambiente de trabalho⁴⁰. Igualmente, Engels, no auge da Revolução Industrial, concluiu que o tipo de vida dos habitantes de uma cidade e seus ambientes de trabalho, são responsáveis diretos pelo nível da saúde dos cidadãos.⁴¹

Descartes⁴², entretanto, criou um conceito diverso de saúde que se baseia na ausência de doenças, ou seja, entendeu a “causa de conservação da saúde” pelo corpo humano, equiparando-o a uma máquina. O século XIX, portanto, se baseou no “caráter mecanicista” da doença, uma vez que esta seria um defeito

³⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 55.

³⁹ Apud MARANHÃO, Clayton. Tutela Jurisdicional do Direito à saúde. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90 - 111

⁴⁰ Apud MARANHÃO, Clayton, op cit., p. 90-111

⁴¹ Apud, GODOY, Paulo. A situação da classe trabalhadora na Inglaterra. 2008. 3 f. Resenha - Grupo de Pesquisa Análise e Planejamento Territorial – GPAPT. Disponível em: <http://www.rc.unesp.br/igce/planejamento/gpapt/Artigos%20pdf%20final/Resenhas/Godoy_Paulo_resenha.pdf> Acesso em 29 out 2011

⁴² DESCARTES, R. Discurso sobre o método. Tradução Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://www.psbnational.org.br/bib/b39.pdf>> Acesso em 22 mai 2011

existente em uma linha de produção e para tal defeito existiria um reparo específico. Pasteur⁴³ e Koch⁴⁴ compartilharam da mesma idéia de Descartes, explicando o que é a doença e qual é a sua causa.

Ambos os conceitos apresentados acima, foram discutidos com o advento da Revolução Industrial, na busca de se encontrar o conceito ideal de saúde para os indivíduos que eram afetados pelas péssimas condições de trabalho e também, pela presença de germes causadores de doenças infecciosas. Por um lado, vislumbrou-se a existência de cidadãos que viviam em ambientes miseráveis, relacionando a saúde diretamente ao ambiente, trabalho, alimentação e moradia. Por outro, o estudo e o descobrimento de germes que causam as doenças, auxiliaram na busca de tratamentos específicos de cada doença.⁴⁵

Frente ao impasse, a Organização das Nações Unidas (ONU), avançou sobre o tema por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da criação de órgãos dedicados a garantir os direitos essenciais ao ser humano. Um desses órgãos criados foi a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 07 de abril de 1948, que veio para prover e garantir a aplicabilidade do direito fundamental que é a saúde.⁴⁶

A conceituação de saúde, feita no preâmbulo da Constituição da OMS, reconheceu ser fundamental conciliar o interior do homem e o ambiente em que ele vive, *in verbis*: “Saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”.⁴⁷

Portanto, o direito à saúde é entendido como “o conjunto das regras aplicáveis às atividades cujo objeto seja restaurar a saúde humana, protegê-la e

⁴³ Apud AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65 - 66

⁴⁴ Apud AMARAL, Gustavo, op cit., p. 65 - 66

⁴⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 18-19

⁴⁶ ADORNO, Sérgio. Os primeiros 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: < <http://www.nevusp.org/downloads/down079.pdf>>. Acesso em 20 mai 2011.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946). Nova Iorque.

prevenir sua degradação”, como explica Forges⁴⁸.

Após verificar como o conceito desse direito fundamental surgiu, e compreendendo-se sua auto-aplicação dado sua inclusão no rol do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, passa-se à análise da sua efetividade.

1.4. Efetividade do Direito à Saúde

Como visto, os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade da Constituição Federal de 1988, haja vista que representam, invariavelmente, os valores e princípios de suma importância consagrados em todo o ordenamento, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a fraternidade e o respeito à dignidade humana.

O direito à saúde, constitucionalmente previsto, surgiu como uma das formas de se garantir o direito à vida, que também mereceu albergue constitucional, caracterizando-se como cláusula pétrea e, conforme salientado anteriormente, com estreita relação com a dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmiento⁴⁹ ensina que é dever do Estado não apenas a abstenção na prática de atos que atentem contra a dignidade humana, mas, ao revés, tem o Estado o dever de promover a dignidade por meio de condutas positivas, garantindo, assim, o mínimo existencial para cada ser humano em seu território, sendo que, o homem tem a sua dignidade molestada quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais e, também, quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

De se ver que é impossível a separação dos vetores da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à saúde, e, conseqüentemente, a necessidade

⁴⁸ Apud, DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 95

⁴⁹ Apud, OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 14

de o Poder Público assegurar a eficiente prestação dos serviços públicos necessários à garantia de uma condição de vida digna, sob pena de responsabilidade.⁵⁰

A Carta Magna consagrou, definitivamente, a relevância dos direitos fundamentais, prevendo expressamente no parágrafo 1º do art. 5º a sua aplicação imediata. Essa eficácia imediata “ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guarda-lhes estrita observância.”⁵¹

O direito à saúde é um direito social, ou prestacional, sendo acolhido pela Constituição Cidadã como autêntico direito fundamental, não tendo o texto constitucional feito distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É por isso que a busca da efetivação de prestações de saúde devem ser baseadas a partir da análise desse contexto constitucional.⁵²

Especificamente quanto ao direito à saúde, o artigo 196 da Constituição da República⁵³ enuncia:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 196 da Constituição Federal prevê tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde, tanto um direito fundamental como um dever de prestação de saúde por parte do Estado. Dessarte, dizer que referido dispositivo por tratar de um direito social, “consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem

⁵⁰ OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 15

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 671

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo, op cit., p. 685

⁵³ BRASIL. Constituição/1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade mecum universitário de Direito. 8 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010

observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”.⁵⁴

Portanto, é justamente por se tratar de um direito fundamental que deve ser dada efetividade ao direito à saúde, devendo ser assegurado pelo Executivo na implementação das suas políticas públicas, pelo Legislativo na regulamentação do direito, respeitando o núcleo essencial e dando as condições para sua implementação e o pelo Judiciário na solução de conflitos.⁵⁵

Importante frisarmos desde já a diferença dos conceitos de efetividade e eficácia. O primeiro demonstra a qualidade daquilo que está em atividade. O segundo trata de que forças, atos, ações serão necessárias para que um fato produza efeitos desejados perante seu alvo.⁵⁶

Schwartz⁵⁷ entende o dever de efetividade da saúde no Brasil como:

O corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a idéia de que a saúde é direito fundamental do homem, tornando a norma do art. 196 da CF/88 auto-aplicável e de eficácia imediata. Que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196).

Dessarte, o Estado tem o dever de conferir a efetividade da saúde, tendo como grande dilema as demandas sociais frente aos recursos orçamentários e políticas aplicadas pelo Poder Público.

O professor Alexandre de Moraes delinea a importância e sua preocupação com o comprometimento do Poder Público na prestação dos serviços essenciais ao desenvolvimento digno do homem:

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.686

⁵⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 985

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 159.

⁵⁷ SCHWARTZ, G. A. D. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 98-99

A atividade da Administração Pública é ininterrupta, e não se admite paralisação nos serviços básicos, cujas funções são essenciais ou necessárias a toda coletividade, como por exemplo, os serviços de saúde, justiça, segurança pública, transporte, entre outros.⁵⁸

Da mesma forma, Lippel entende o seguinte:

O direito à saúde deve ser empregado como critério norteador de um juízo de ponderação de bens e interesses para se aferir a constitucionalidade e legalidade da restrição de outros preceitos constitucionais ou infraconstitucionais.⁵⁹

De acordo com os autores citados a saúde deve ser garantida pelo Estado de forma plena. Nesse sentido, Musgrove⁶⁰ traz alguns critérios para basear e nortear a tomada de decisões para aplicação dos recursos públicos na prestação da saúde. São eles critérios do cunho econômico, ético, político e da vontade do cidadão.

No critério econômico, o autor entende que eventuais intervenções na saúde têm de ser financiadas com recursos públicos quanto a “custo-efetivos”⁶¹. Por custo-efetivos entende-se que em uma comparação entre projetos e ações de saúde, aqueles que apresentarem valores mais elevados seriam mais eficientes, e por isso, deveriam ser financiados pelo Estado.

No critério político, destaca-se que o Estado deve proteger a renda das pessoas por meio de um seguro, e, nos casos em que os gastos com saúde forem catastróficos, deverá atuar cobrindo os custos de acordo com o valor segurado.⁶²

No critério ético, por sua vez, deve-se atentar para a equidade tanto horizontal (mesmo tratamento para aqueles que têm o mesmo problema de saúde)

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 127

⁵⁹ LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/alexandre_lippel.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011

⁶⁰ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 28

⁶¹ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. op cit., p. 28.

⁶² Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Ibidem, p. 29

quanto vertical (tratamento maior para aqueles que estão acometidos por doenças mais graves).⁶³

Ainda baseando-se em Musgrove, o último critério, porém não menos importante, é o da vontade do cidadão. Uma vez que ele paga os impostos, entende-se que a arrecadação deve ser alocada eficientemente nas ações que para ele são efetivas. O grande problema está em definir e homogeneizar o entendimento de efetividade, pois cada indivíduo possui uma necessidade diferente, e a satisfação dos cidadãos se dá de diversas maneiras, conforme o caso concreto.⁶⁴

O Estado deve tratar a saúde sob dois aspectos: direito à proteção da saúde e realização de tantas atividades quanto forem possíveis para assegurar a garantia desse direito fundamental. Deve atuar “no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do particular” e de obrigar a implementação de políticas públicas que busquem a efetivação do direito à saúde para todos.⁶⁵ Justamente por isso é que os direitos fundamentais contêm a proteção e também uma proibição de intervenção.

Canaris⁶⁶ explica que não há apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).

⁶³ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, *Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 30

⁶⁴ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. *op cit.*, p. 31

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

⁶⁶ Apud, BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Suspensão de Tutela Antecipada*, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>. Acesso em 27 mar 2011

Faz-se importante distinguir os direitos originários e os direitos derivados a prestações. Pelos direitos originários, temos o dever de exigir aquilo que é assegurado pela norma de direito fundamental em razão de sua inserção na Constituição. Já os direitos derivados, necessitam, para sua aplicação, de legislação ordinária, infraconstitucional, que a implemente e, também, aplicação de políticas públicas que garantam a igualdade de acesso.⁶⁷

A prestação originária funciona bem, sem que sua efetividade e eficácia sejam reconhecidas como direito de defesa. O grande problema está relacionado aos direitos derivados, uma vez que a instituição das políticas públicas e a garantia da organização devida às instituições responsáveis são dependentes de atos normativos conformadores, o que nos leva a discutir a insuficiência ou até mesmo a inexistência de medidas que concretizem o direito à saúde.⁶⁸

As políticas públicas devem ser estabelecidas e escolhidas de forma a respeitar os limites impostos pela Constituição antes de serem executadas. Dessa forma, impede-se a arbitrariedade das escolhas, uma vez que a Carta Magna demonstra o interesse público, tanto do ponto de vista do interesse da administração pública como do interesse coletivo ou social.⁶⁹ A questão é justamente definir o conteúdo das prestações. Tal dificuldade se materializa quando o Judiciário é instado pelo cidadão a garantir o seu direito à saúde na busca por soluções judiciais de questões referentes à saúde.

Realmente, muitas vezes, a solução para o problema de se dar efetividade ao direito à saúde advém, de forma eficaz, por meio da concessão pelo Judiciário, mas tal medida poderá acarretar efeitos colaterais, como, por exemplo, um rombo orçamentário causado pela concessão de medicamentos de alto custo a um único cidadão, haja vista que outros medicamentos para outras enfermidades poderão deixar de ser adquiridos justamente pela falta de recursos, prejudicando

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6 ed. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 318

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 125-172.

⁶⁹ OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 29

assim, nem que seja de forma indireta, diversos outros pacientes, acabando por inviabilizar a realização de políticas coletivas dirigidas à promoção da saúde.⁷⁰

Tal problemática ressalta a necessidade e urgência de concretização, organização e adequação dos procedimentos no que tange aos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde.⁷¹ Esse direito, que é do indivíduo, de cada cidadão, uma vez que se liga diretamente à proteção da vida, da dignidade e da integridade, não pode ser pautado em uma dimensão coletiva. Nunca poderemos desconsiderar que a prestação de saúde deve ser garantida de forma individualizada.

Dessarte, como bem asseverado pelo Ministro Gilmar Mendes⁷²:

É preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Os direitos fundamentais, portanto, têm custos públicos, devendo-se ressaltar a importância da “reserva do possível” e evidenciar a crescente “escassez

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 173

⁷¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>. Acesso em 27 mar 2011

dos recursos”, justamente por isso, escolhas alocativas devem ser feitas, uma vez que “levar a sério os direitos, significa levar a sério a escassez”.⁷³

E é exatamente no “cenário de restrições à concretização de direitos fundamentais sociais, que a apresentação da denominada cláusula da reserva do possível revela-se adequada”⁷⁴, ressaltando-se que somente se apresentará legítima se comprovada a alegada insuficiência de recursos, sob pena de não poder ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, “dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.⁷⁵

Nesse sentido bem assentou o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45⁷⁶:

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”

⁷³ Apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em 27 mar 2011.

⁷⁴ OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 31

⁷⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade Governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF 45. Requerente: Presidente da República. Requerido: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Brasília, 29 abr 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 10/11/11

⁷⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADPF 45, op cit.

(STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Quanto à limitação da “reserva do possível” pode-se defini-la com base em dois aspectos: o fático, em que o caráter econômico é levado em conta, reportando-se à noção de limitação dos recursos disponíveis e questionando se os recursos destinados à saúde realmente existem, como é feita sua disponibilização e como são alocados.⁷⁷ O aspecto jurídico, por sua vez, traz o poder que o Estado possui sobre os recursos destinados à saúde, sendo que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que a competência decisória seja repartida e para que todos os princípios constitucionais sejam garantidos e tratados em igual hierarquia. Cabe, portanto, ao Estado a decisão de como serão alocados os recursos públicos. Tomando por base o princípio da separação dos poderes, disposto no art. 2º da Constituição Federal, não poderá o Judiciário interferir e controlar as políticas públicas.⁷⁸

Ademais, como os recursos financeiros não são suficientes para que todas as necessidades sociais sejam atendidas, necessárias são as escolhas alocativas na execução das políticas sociais e econômicas, fazendo uso do critério distributivo, ocorrendo, portanto, escolhas baseadas na quantidade de cidadãos por

⁷⁷ AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? - Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lôbo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária em Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 73 e 74.

ela beneficiados, sua eficácia e efetividade, a maximização dos resultados, entre outros.⁷⁹

Apesar disso, importante ressaltar que o mínimo existencial deve ser tutelado, tendo em vista a existência de um direito subjetivo de prestação que deve ser reconhecido e também a necessidade de tutela defensiva. Com efeito, a reserva do possível não pode ser usada, como justificativa a afastar a satisfação dos direitos mínimos exigíveis por todos os cidadãos.⁸⁰

Assim, verifica-se que os problemas concretos advindos da realidade social de alguma forma deverão ser solucionados para que a saúde seja efetivada, seja pelo Executivo, na execução de suas políticas públicas, seja pelo Judiciário, quando da solução de conflitos visando garantir, na omissão estatal, o mínimo existencial do cidadão. Para tanto, juízos de ponderação terão de ser feitos, uma vez que os conflitos entre princípios e diretrizes são constantes e inevitáveis, atingindo os direitos individuais e também os coletivos.⁸¹ Tal direito, deve ser sempre otimizado, como afirma Robert Alexy⁸²:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõe de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a

⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>. Acesso em 27 mar 2011

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 318 e 319.

⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, op cit.

⁸² Apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, Ibidem.

maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Dessarte, se os dispositivos em conflito são princípios, a lógica será outra. Dois princípios podem, simultaneamente, serem complementares e aplicados em idêntica situação, após juízo de ponderação que conduza à atribuição de pesos distintos entre eles. É que os princípios buscam equilibrar os vários valores que encenam, diferenciando-se, portanto, das regras jurídicas, imperativas e de decisão definitiva.⁸³

Raquel Melo Urbano Carvalho pontua⁸⁴:

A colisão entre princípios passa por juízo de peso, de definir, mediante a ponderação dos bens em confronto, qual deles terá primazia naquela realidade, de modo a ser definida a sua precedência em face do outro. É importante frisar que, nestas situações, “nem por isso a validade do princípio preterido é questionada, pois o que há é apenas uma relação de precedência condicionada, mas sem cogitar a possibilidade de seu desaparecimento do ordenamento jurídico, senão naquele cenário específico.

Portanto, para que possam ter efetivação, isto é, aplicabilidade, devem ser ponderados quando estiverem em colisão. Diante disso:

pode-se dizer que os princípios da reserva do possível, os mandamentos constitucionais que fundamentam a execução do orçamento público e a efetivação do direito à saúde, por meio de ações do Estado, deverão ser sopesados sempre que se encontrarem em estado de contradição, e a solução justa e adequada advirá desta ponderação, garantindo-se, desta maneira, a aplicação coerente e segura da norma constitucional, preservando-se

⁸³ OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 31

⁸⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. Editora Jus Podivm: Salvador, 2009, p. 242

ao máximo os direitos e garantias consagrados constitucionalmente.⁸⁵

Assim, nos casos em que os direitos não forem efetivados pelos órgãos institucionais competentes ou por prestação que contrarie os mandamentos constitucionais, garantindo o mínimo existencial, é que o Poder Judiciário será instado a intervir.⁸⁶

No capítulo seguinte, será abordada a história e a implementação da saúde no Brasil, considerando a evolução constitucional, o Sistema Único de Saúde, bem como o acesso aos medicamentos.

⁸⁵ OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010, p. 38

⁸⁶ OLIVEIRA, Monica Drumond. op cit., p. 41

2. PRESTAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O acesso à saúde pelo qual os direitos se tornam efetivos deve ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir direitos a todos. O acesso não é apenas um direito social fundamental, ele pressupõe um aprofundamento dos métodos utilizados para discernimento e aplicação da justiça.

Embora o acesso à saúde seja considerado um direito social básico, o conceito de efetividade é extremamente vago. Como traz Mauro Cappelletti⁸⁷, “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’; essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica”. No presente capítulo, pretende-se compreender até onde é possível avançar para que seja atendido o bem estar da maioria e haja melhor aproximação da realidade utópica mencionada.

2.1. O Princípio da Eficiência na Administração Pública

No ordenamento jurídico brasileiro existem princípios que regem o Regime Jurídico Administrativo. São cinco os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo o último inserido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Conforme explica Hely Lopes Meirelles⁸⁸, “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Tal princípio deve ser somado aos demais, não podendo sobrepor-se a nenhum deles.⁸⁹ A eficiência é tida como um “dever da boa administração”⁹⁰, uma vez que é o mínimo esperado pelos cidadãos daquele que tem o dever de gerir

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução: Ministra Ellen Gracie. 10. ed. Porto Alegre, 1988, p. 13

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84

⁹⁰ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 46

os recursos confiados ao Estado.

A eficiência visa combater problemas da Administração Pública como a morosidade, os desperdícios, baixa produtividade etc, por meio de atividades eficazes. É por esse princípio que a população pode cobrar e exigir que sejam realizadas condutas efetivas no exercício de direitos sociais, como é o caso da saúde⁹¹.

É importante frisar que a eficiência não se confunde com a efetividade nem com a eficácia. Carvalho Filho explica tais diferenças: a eficiência refere-se “ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes”⁹². A eficácia tem a ver “com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental”. Por fim, a efetividade diz respeito aos “resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos”⁹³.

O Sistema Único de Saúde – SUS foi instituído de forma a atender ao Princípio da Eficiência na Administração Pública, e organizado de acordo com três diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Entretanto, longo foi o caminho até que a saúde fosse reconhecida como um direito social.

2.2. Evolução constitucional da saúde

A Constituição de 1824, vigente na época do Império, trouxe algumas inovações que introduziam os direitos humanos que seriam efetivados no século XX. A influência era liberal e, por esse motivo, não foi feita qualquer menção ao direito à saúde, uma vez que não era função precípua do Estado intervir em tais

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 152.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 20.

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op cit., p. 20

questões⁹⁴.

Com o advento da República, foi elaborada nova Constituição em 1891. Da mesma forma que a imperial, não abordou direito social, e, por consequência, a saúde não foi tutelada⁹⁵.

Em 1934 houve um esboço do Estado social brasileiro e foi garantida às gestantes e aos trabalhadores, assistência médica e sanitária. Assim, foi assegurada a saúde como direito subjetivo do trabalhador por meio dos institutos de aposentadorias e pensões⁹⁶. A partir desse momento, surgiu a competência concorrente entre os Estados e a União. O Estado deveria atuar de forma a reduzir a mortalidade infantil e adotar medidas para evitar a propagação das doenças.

Na Constituição seguinte, de 1937, não foram abordados os direitos sociais e nem a atuação estatal esperada. Houve uma “lacuna acerca dos benefícios sociais”⁹⁷.

A competência da União para dispor sobre as normas de defesa e proteção da saúde surgiu com a Constituição de 1946. Apesar disso, a assistência continuou sendo prestada somente ao trabalhador. Em 1950 com a criação do Ministério da Saúde, tentou-se, por meio dele, ampliar os direitos destinados à proteção da saúde⁹⁸.

A Constituição de 1967 delegou competência à União para estabelecer planos nacionais de educação e de saúde, apesar de a Declaração dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948, ter declarado a saúde como um dos elementos que compõem a dignidade humana⁹⁹. Percebe-se que a incorporação dos direitos sociais ao diploma constitucional brasileiro foi extremamente lenta, uma vez que nenhum deles se referiu diretamente à saúde como direito social, inerente a toda a

⁹⁴ DALLARI, Suely Gandolfi. Os Estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 26

⁹⁵ DALLARI, Suely Gandolfi, Os Estados brasileiros e o direito à saúde. op. cit., p. 26

⁹⁶ MARTINS, Wallace Paiva. Direito à saúde: Compêndio. 6. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 42

⁹⁷ Apud MARTINS, Wallace Paiva. op cit., p. 42-43.

⁹⁸ MARTINS, Wallace Paiva. Ibidem, p. 43.

⁹⁹ MARTINS, Wallace Paiva, Idem, p. 43.

sociedade e dever do Estado.

A Constituição de 1988 trouxe a competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios para legislar sobre a saúde, adotando medidas políticas, sociais e econômicas para reduzir a mortalidade infantil, aumentar o cuidado com a higiene social, mental e física de toda a população e diminuir a incidência de doenças, competindo aos entes públicos defender e garantir o direito à saúde¹⁰⁰.

Assim, nos termos do artigo 24 da Constituição Federal de 88, compete à União legislar sobre assuntos federais, enquanto que para os assuntos específicos de cada localidade, competente será o Município correspondente. Também é possível a responsabilidade dos três entes, de acordo com o artigo 23 do diploma constitucional, haja vista que os cuidados com a saúde e a assistência pública são responsabilidade de toda a Administração Pública¹⁰¹.

A Carta Magna de 1988 explicita a saúde como direito de todos, a reconhecendo como direito social previsto nos artigos 196 e 5º, sendo imposta como dever do Estado e obrigação a todos os níveis de governo¹⁰².

Em seu título VIII, a Constituição Cidadã¹⁰³ trata da ordem social e no capítulo II prevê a Seguridade Social que, conforme o artigo 194 “*compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”. A Seção II, composta por cinco artigos, é inteiramente destinada à Saúde, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 142.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2006, p. 127.

¹⁰² DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. 1. ed., São Paulo: Hucitec, 1995, p. 33.

¹⁰³ BRASIL. Constituição/1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade mecum universitário de direito. 8 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao

Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Já em seu artigo 198 estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se em um sistema único. Com efeito, existe a rede privada e a rede pública de saúde formando um sistema que respeita as peculiaridades

de cada local e a hierarquia, devendo obedecer e se submeter aos princípios de um Sistema Único de Saúde¹⁰⁴.

Importante salientar que, além do disposto na Constituição, a sociedade conta também com a ordem jurídica infraconstitucional para proteção, defesa e garantia da saúde, como, por exemplo, a Lei 8.080 de 1990 que regula o Sistema de Saúde.

2.3. SUS – Sistema Único de Saúde

O SUS - Sistema Único de Saúde - resultou da reforma sanitária defendida por movimentos sociais durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, surgida em razão da inadequação do sistema de saúde vigente à época. O Sistema Nacional de Saúde mostrava sinais de inoperância e ineficiência, motivando a busca por melhores serviços de saúde e gerenciamento organizado¹⁰⁵.

A criação do SUS representou uma grande evolução entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988. Após dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei 8.080 que traçou as diretrizes e os princípios do SUS e dispõe em seu artigo 1º:

Esta lei regula, em todo Território Nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Além da obediência precípua ao artigo 198 da Constituição Federal, que prega que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único,

¹⁰⁴ SCHWARTZ, G. A. D. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 130.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 140.

organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada esfera de governo de modo que seja propiciado o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e que haja a participação da comunidade, o SUS se baseia em princípios e diretrizes constantes no artigo 7º da lei 8.080/90¹⁰⁶.

Podemos destacar três princípios fundamentais que são de suma importância para a base deste sistema de saúde: universalidade, igualdade e equidade. Depreende-se desses princípios que todos os cidadãos, quando precisarem, devem ser recebidos e tratados pelo SUS, uma vez que a saúde é direito universal. Tal direito deve ser fornecido de forma igual a todos aqueles que dele necessitem, sempre tendo como fundamento a dignidade humana, não devendo ser feitas distinções. Para tanto as diferenças devem ser ajustadas com intuito de alcançar a igualdade, de maneira que a equidade complemente a igualdade¹⁰⁷.

Cabe ao SUS, portanto, “prover as ações curativas e as ações preventivas necessárias”¹⁰⁸ de forma a respeitar as diretrizes principais do sistema que são: a descentralização, a participação da comunidade por meio dos Conselhos de Saúde e o atendimento integral. No que diz respeito à descentralização, depara-se com o problema da desigual arrecadação de recursos tributários e na diferente distribuição de tais emolumentos, sendo que a descentralização de serviços não é suficiente frente aos recursos necessários para atender as crescentes demandas¹⁰⁹.

A fim de tratar o sistema de saúde de acordo com as peculiaridades de cada região, deve-se organizá-lo de forma regionalizada, sendo a responsabilidade pela saúde dividida entre todas esferas de

¹⁰⁶ SUS. Entendendo o SUS. Governo Federal – Ministério da Saúde, 2007, Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf>. Acesso em: 26 abr 2011

¹⁰⁷ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 54

¹⁰⁸ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, op, cit., p. 99

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 141-142.

governo. O princípio em questão está diretamente ligado à municipalização das ações e serviços de saúde¹¹⁰.

Esta municipalização "é uma forma de aproximar o cidadão das decisões do setor e significa a responsabilização do município pela saúde de seus cidadãos"¹¹¹. É um meio de racionalizar a busca da efetivação do direito à saúde, pois procura detalhar, a partir da realidade local, o sistema e conceito de saúde.

A comunidade participa da efetivação da saúde por meio dos Conselhos e das Conferências de Saúde. Como bem define Vanderlei Siraque¹¹²:

O controle social é realizado por um particular, por pessoa estranha ao estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas, sendo que, nesse caso, não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas pelo menos de uma parte de seus membros ser eleita pela sociedade. Citamos, como exemplo, de pessoas jurídicas de caráter público, os Conselhos de Saúde e a Ordem dos Advogados do Brasil, os quais foram instituídos por lei.

Os Conselhos de Saúde são órgãos deliberativos, que fazem parte dos conselhos de políticas públicas, de caráter permanente, formados por cidadãos e objetivam que seus membros participem na preparação, no programa e no domínio das políticas públicas relacionadas à saúde, exigindo transparência total nas práticas administrativas. De acordo com Hélio Mileski, "a transparência tem por objetivo o aperfeiçoamento do controle social. Assim, é preciso, também, assegurar os meios para que o cidadão exercite esse controle"¹¹³.

As Conferências de Saúde "são fóruns com representação de

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 142

¹¹¹ SCHWARTZ, G. A. D. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 103

¹¹² Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 55

¹¹³ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, op cit., p. 54

vários segmentos sociais que se reúnem para propor diretrizes, avaliar a situação da saúde e ajudar na definição da política de saúde"¹¹⁴.

O objetivo do SUS é, portanto, garantir e otimizar a saúde de toda a população de forma a aplicar todo o avançado conhecimento do Estado de modo maximizado e diminuir as desigualdades entre as diferentes camadas da sociedade extinguindo as desvantagens sociais em busca do alcance de uma saúde plena e acesso aos serviços de saúde¹¹⁵.

Verifica-se, assim, que o direito à saúde é de responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser assegurado de forma solidária pelos entes federativos. A Lei Orgânica de Saúde define o que cabe a cada um dos entes federativos:

À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de 'prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional' (art. 16, XIII), devendo 'promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal' (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde. (art. 18, 1 e III).¹¹⁶

O Poder Público Municipal deverá ser o gestor do sistema de saúde de sua cidade. Aos Estados, incumbe o papel de instituir condições para que o município possa exercer a gestão nos seus limites territoriais. À Federação, cumpre o incentivo dos demais entes, normatizar e coordenar o Sistema Nacional.

¹¹⁴ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, *Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 55

¹¹⁵ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos, *op cit*, p. 55

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, São Paulo, v. 11, n. 15, Nov/2008, p. 16

As três instâncias federativas devem alocar os recursos orçamentários destinados à saúde em contas específicas, denominadas Fundos de Saúde, sendo suas principais fontes a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), os Recursos Ordinários e a Contribuição Sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas, de modo que as transferências de recursos devem ocorrer fundo a fundo, ou seja, recursos federais são transferidos do Fundo Nacional aos Fundos Estaduais e Municipais de saúde¹¹⁷.

Assim, o Sistema Único de Saúde não se porta como um sistema atinente ao princípio da eficiência, não sendo um sistema pronto, necessitando de reajustes de caráter normativo e gerencial, uma vez que agrega variados problemas em sua estrutura e ocorrência. A eficiência do SUS deve ser buscada por todos e é tarefa árdua e diária de seus mais variados interessados.

Nesse contexto, o fornecimento de medicamentos é medida indispensável para preservação ou restabelecimento da saúde, e constitui elemento fundamental ao pleno funcionamento do SUS.

2.4. Política Nacional de Medicamentos e a Assistência Farmacêutica

A assistência farmacêutica é parte do conjunto de ações que o Estado deve desenvolver para que seja garantida a promoção da saúde, bem como a prevenção de doenças, o diagnóstico, tratamento e recuperação dos que dela necessitam¹¹⁸.

O acesso aos medicamentos é de fundamental importância para que sejam obtidos resultados positivos nos atendimentos do Sistema Único de Saúde. A Política de Assistência Farmacêutica é definida e tem

¹¹⁷ ACURCIO, Francisco de Assis. Política de Medicamentos e assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde. Belo Horizonte: COOPMED, 2003, p. 46

¹¹⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 63

seu financiamento assegurado pelo SUS, conforme previsto no §1º do art. 198 da Constituição Federal.

O direito ao acesso de medicamentos é universal, para que sejam preservadas a saúde e a recuperação daqueles que a perderam ou a tem de forma prejudicada. Ocorre que tal direito deve ser regulamentado, para que os recursos destinados sejam utilizados de maneira mais racional, garantindo uma cobertura de medicamentos cada vez maior¹¹⁹.

Hoje, tem-se uma melhoria na aquisição e distribuição de medicamentos e, especialmente, no acesso à assistência farmacêutica, restando comprovado que os brasileiros têm acesso a 87% dos medicamentos prescritos¹²⁰.

A Assistência Farmacêutica compreende três programas: atenção básica à saúde por meio do fornecimento dos medicamentos essenciais, programas de estratégia para controle de determinadas doenças e medicamentos chamados especializados, que possuem alto custo ou são excepcionais¹²¹.

O primeiro programa refere-se à garantia de acesso da população aos medicamentos essenciais correlacionados às práticas assistenciais que geram qualidade de saúde aos cidadãos. Por esse programa, os medicamentos referentes a doenças mais frequentes como hipertensão, diabetes, infecções, doenças respiratórias, pneumonia, asma e alergias, serão fornecidos pela rede de unidade básica de saúde dos Municípios e do Estado. O financiamento desse programa foi garantido por meio da criação do Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica advindo da

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 144

¹²⁰ Apud BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 63

¹²¹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. op. cit., p. 63

Portaria 176/1999 do Ministério da Saúde¹²².

No Estado de São Paulo, por exemplo, a garantia à assistência farmacêutica, no que tange aos medicamentos essenciais, é uma realidade e contribui para a melhoria das condições de saúde da população do Estado¹²³.

O segundo programa, chamado Estratégico de Saúde, é aquele que visa controlar as epidemias e engloba medicamentos para doenças como cólera, tuberculose, leishmaniose, doenças sexualmente transmissíveis, entre outras.

O financiamento e a aquisição desses medicamentos são feitos pelo Ministério da Saúde que os distribui por todas as unidades de acordo com as necessidades de cada município. As secretarias de saúde levantam a real precisão de medicamentos e fazem a solicitação ao Ministério da Saúde.¹²⁴ Em conjunto com o Ministério da Saúde, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) fazem a adequação dos medicamentos que serão distribuídos de acordo com os pacientes que os receberão.

Por último, destacamos o Programa de Medicamentos Especializados, necessário às doenças tidas como individualizadas e que exijam tratamento diferenciado, longo ou, em alguns casos, permanente, de alto custo e destinado aos pacientes que não possuem recursos para arcar com tal tratamento.

São abarcadas por essa terceira medida do poder público doenças como artrite reumatóide, doença de Parkinson entre outras. Aos

¹²² Apud BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64

¹²³ SECRETARIA DA SAÚDE – Governo Federal. Assistência Farmacêutica, 2011. Disponível em: <<http://portal.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/assistencia-farmaceutica/assistencia-farmaceutica>>. Acesso em: 22 mai 2011

¹²⁴ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. op. cit., p.64

portadores dessas enfermidades é garantido o fornecimento de mais de 100 tipos de medicamentos, sendo gastos, aproximadamente, R\$ 2,5 mil por paciente a cada ano. Os beneficiários dessa prática aumentam anualmente. Cabe ressaltar que o tratamento integral para aqueles que possuem câncer é garantido pelo programa, que inclui eventuais cirurgias, quimioterapia, radioterapia, reabilitação e tratamento paliativo¹²⁵.

Nota-se, portanto, uma evolução e melhoria na prestação da saúde graças ao SUS e sua Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica. Entretanto, deve-se atentar para fato de que a assistência farmacêutica teve um aumento significativo em seu custo por todo o mundo. Cabe lembrar também, que é crescente o uso excessivo e irracional de medicamentos, e é cada vez mais comum a automedicação e a chamada “medicalização” excessiva¹²⁶.

É necessário compreender que o uso de medicamentos não possui só aspectos positivos e não substitui bons hábitos de vida, devendo tal consciência ser incorporada aos brasileiros, especialmente aos médicos que prescrevem tratamentos muitas vezes dispensáveis, como bem destacam Ana Carla Bliacheriene e José Sebastião dos Santos:

A assistência farmacêutica deve ser garantida para todos e não deve haver redução de gastos nesse setor, mas é obrigação dos gestores públicos realizá-la da forma mais eficiente, segura e equitativa possível¹²⁷.

Portanto, todas essas políticas realizadas pelo Estado com o fim de cumprir a garantia à saúde têm de ter aproveitamento crescente e de aumento nos recursos que serão aplicados, de forma equitativa. É necessária a busca por todos os interessados de mecanismos mais eficientes e ágeis para a política de distribuição, para que a saúde no Brasil se aperfeiçoe cada vez mais.

¹²⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, *Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66

¹²⁶ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. *op cit.*, p. 67

¹²⁷ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. *Ibidem*, p. 71.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O artigo 196 da Constituição Federal era tido como uma simples norma programática e não como uma obrigação do Poder Executivo de fornecimento de assistência à saúde e de medicamentos. Nesse diapasão, as ações judiciais que requisitavam o cumprimento desses deveres do Executivo, em geral, não eram deferidas¹²⁸, com fundamento na cláusula da “reserva do possível”.

A partir de 1990, o posicionamento do Poder Judiciário acerca do tema foi alterado com as crescentes demandas requerendo o fornecimento gratuito de medicamentos antirretrovirais que não eram abarcados pelas políticas públicas de saúde. Com a Lei 9.313/96, que versa sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV, deu-se início à chamada judicialização da saúde, uma vez que as demandas começaram a ser acolhidas pelo Judiciário, forçando o Executivo a cumprir e planejar o acesso à saúde¹²⁹.

O centro da questão é que o Poder Judiciário é chamado a atuar para garantir a efetivação de direito fundamental, quando o Estado é omissivo na prestação do serviço público de saúde. Ao proferir suas decisões, o Judiciário colide com o Executivo ao autorizar o fornecimento de medicamento a determinado cidadão, na hipótese da não disponibilidade do fármaco na rede pública de distribuição, o que pode não ser compatível com as políticas e orçamentos governamentais.

3.1. A Separação dos Poderes e a legitimidade do Poder Judiciário de intervir nas Políticas Públicas de saúde.

A interpretação do artigo 196 do Diploma Constitucional traz a lume algumas teses que buscam esclarecer se o direito constitucional à saúde

¹²⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33

¹²⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, op cit., p 33

é um direito subjetivo público sujeito às prestações do Estado e se pode ser garantido pelo Judiciário.

O grande problema está na execução das políticas públicas por parte dos entes federados, uma vez que elas existem e devem ser bem prestadas. Questiona-se a possibilidade das decisões advindas do Judiciário determinarem que o Poder Público forneça tratamentos e fármacos sem que se saibam os critérios adotados pelo magistrado para a tomada da decisão¹³⁰.

Para auxiliar a resolução de tal controvérsia, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, propôs a realização de audiência pública com o fim de consultar os que lidam diariamente com a saúde pública e verificou que:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão da omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas¹³¹.

De tal forma, o Judiciário não está criando política pública ao determinar que certa prestação seja realizada, mas tão somente garantindo seu cumprimento, uma vez que o direito subjetivo já está previamente

¹³⁰ SILVA, Francisco Viegas Neves da. Considerações sobre a judicialização do acesso à saúde. Revista da Escola de Direito de Pelotas, Jan-Dez 2006, p. 81

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em 27 mar 2011

estabelecido¹³². É importante destacar que nos casos em que não existir a prestação à saúde determinada nas políticas elaboradas pelo SUS, deve-se verificar se esta resulta de uma omissão do poder legislativo ou de sua administração¹³³.

É de fundamental importância averiguar, primordialmente, se existe ou não uma política do Estado que abranja o pleito da parte perante o Judiciário. Nos casos em que essa política é formulada pelo SUS, não há o que se falar em atuação indevida do Judiciário, uma vez que este só determina seu cumprimento¹³⁴.

Quando não existir a política pleiteada no SUS, deve-se apurar a existência de eventual omissão administrativa ou legislativa, bem como se houve 'decisão proferida pela própria Administração no sentido de não disponibilizar o medicamento ou se existe uma vedação legal do uso de tal fármaco¹³⁵. Somente após essas constatações, o Judiciário analisará se é o caso de sua intervenção, tendo presentes a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial¹³⁶.

De modo geral, o SUS atua com base em diversos critérios que permitem a determinação de diagnóstico das doenças e seu correspondente tratamento de acordo com os medicamentos de que dispõe. O tratamento que o

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>. Acesso em 27 mar 2011

¹³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, op cit.

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, Ibidem.

¹³⁵ O registro do medicamento na ANVISA é condição essencial para que ele seja considerado seguro e, dessa forma, possa ser incorporado pelo SUS, conforme BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, Idem.

SUS fornece deve ser escolhido nos casos em que o paciente não apresente outra opção de tratamento e que não se comprove a ineficácia da política abrangida pelo SUS. Ocorre que, em situações específicas, é possível que o Judiciário decida de maneira diferente dos critérios de prestação do SUS, casos em que deverá ser comprovado que o tratamento fornecido pelo SUS não funciona naquelas circunstâncias e justifique o objeto pleiteado de outra forma de tratamento¹³⁷.

Excepcionalmente, alguns tratamentos não são abrangidos pelas políticas públicas existentes, casos em que deve-se apurar se os tratamentos em questão são meramente experimentais ou se apenas não foram testados pelo SUS¹³⁸. Os tratamentos meramente experimentais são aqueles que não possuem qualquer comprovação científica de que são eficientes e por tal razão não podem ser requeridos, pois nunca foram avaliados, devendo permanecer somente no âmbito das pesquisas clínicas¹³⁹.

Há casos de medicamentos que não foram testados pelo SUS, em que o tratamento existe e é comprovadamente eficiente, porém, só está disponível na rede privada de saúde, o que acaba por violar o princípio da integralidade do sistema e poderá ser objeto de pleito perante o Poder Judiciário. Nessa situação deverá ser realizada ampla análise de provas, de forma a constatar ser indispensável o medicamento indicado e a real necessidade do paciente¹⁴⁰.

Nesse sentido, existem diversos julgados do Supremo Tribunal

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em 27 mar 2011

¹³⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, op cit

¹⁴⁰ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. op cit, p. 73

Federal, como o da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 em que ficou decidido:

A alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado¹⁴¹.

As intervenções do Poder Judiciário trazem vários aspectos positivos, tais como: o estímulo à concretização de um direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal; o desestímulo ao mau funcionamento do Estado, uma vez que coíbe erros, ilegalidades ou omissões; e a restrição do esvaziamento de investimento no setor da saúde. Essas intervenções garantem o Princípio da Vedação ao Retrocesso, pois os direitos sociais já conquistados pela sociedade não poderão ser diminuídos ou esvaziados¹⁴².

Por todo o exposto, não há que se falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Judiciário é chamado para a realização e prestação de política pública, proteger o princípio da integralidade do sistema de atendimento ao cidadão, e dirimir as diferenças existentes entre a rede privada e a rede pública de saúde.¹⁴³

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em 27 mar 2011.

¹⁴² MANICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, Boletim de Direito Administrativo, v. 24, n. 10 out, 2008

¹⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, op cit.

3.2. A necessidade de realização de audiências públicas e da produção de prova nas ações judiciais individuais

As ações que envolvem as demandas referentes à saúde são propostas de forma individual e, por isso, pode ocorrer a prolação de decisões diferentes em casos de enorme similitude ou até mesmo idênticos, uma vez que cada magistrado decide de acordo com suas convicções. Existe, ainda, o problema da interferência na gestão dos recursos orçamentários previstos em lei, acabando por adentrar nas diretrizes constantes do Sistema de Saúde.

Cabe ressaltar, portanto, que as decisões proferidas nas ações individuais que versam sobre a saúde e o fornecimento de medicamentos, nunca se “subsistirão à autêntica e indispensável política sanitária propugnada pela Lei Maior”¹⁴⁴. O Judiciário só será convidado a agir em razão da ineficiência do Poder Executivo.

Mas será que a possibilidade de solução dos problemas envolvendo a saúde, dada pelos magistrados, deveria ser abolida para que o Sistema Único de Saúde pudesse funcionar de maneira plena? Tal medida seria extremamente radical, uma vez que o funcionamento do SUS envolve inúmeros outros fatores que necessitariam de profundas mudanças na atuação insuficiente do Estado.

Em verdade, a atuação do Judiciário é, sim, necessária à manutenção do direito à saúde. No entanto, o magistrado não pode basear-se única e exclusivamente em seu juízo subjetivo para dirimir tais questões referentes à requisição de fornecimento de medicamentos pelo Estado¹⁴⁵.

Uma medida que deve ser analisada pelo magistrado antes de proferir sua decisão definitiva é a oitiva de especialistas em matéria de saúde

¹⁴⁴ CIARLINI, Álvaro. A desjudicialização da saúde: um bem necessário? *Direito Público*, vol. 1, n. 28, jul/ago, 2009, p. 103-106

¹⁴⁵ CIARLINI, Álvaro, op cit., p 104

pública por meio, por exemplo, da realização de audiências públicas em que serão consultados gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, estudantes, entidades e órgãos da sociedade.

Com os diversos depoimentos dos membros citados, constata-se a necessidade ou não de o Judiciário intervir. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, convocou Audiência Pública para auxiliar na resolução da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, onde se pode constatar que:

No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas existentes. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes¹⁴⁶.

Portanto, os magistrados que venham a se deparar com ações que versem sobre a prestação de saúde, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal tem feito, devem buscar informações e realizar extensa apuração de dados, valores, capacidade orçamentária, real necessidade, com os diversos profissionais e membros interessados no assunto, para que a decisão seja eficaz e traga a menor quantidade possível de prejuízos para as partes interessadas e para o restante da sociedade¹⁴⁷, sem interferir nas atribuições do Poder Executivo.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em 27 mar 2011

¹⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175, op cit

No entanto, deve ser considerado que a realização de audiências públicas não é possível para a resolução de todos os casos individualizados, uma vez que, no dia a dia, depara-se com inúmeros pontos que deverão ser melhor analisados e discutidos de acordo com as peculiaridades de cada pleito.

Uma maneira de controlar a discricionariedade dos relatores dos processos é a exigência de apresentação e produção do maior número de provas possíveis pelas partes. A prova é de fundamental importância para formar o convencimento do magistrado, fazendo com que este se aproxime da realidade. Para tanto, devem ser usadas provas documentais e/ou periciais, que auxiliarão com as questões que fogem ao conhecimento do julgador¹⁴⁸. Por meio da prova pericial, o magistrado poderá apreciar os elementos que possui de maneira racional, baseado em reais experiências de vida que poderão ajudar em uma conclusão de percepção universal¹⁴⁹.

Nas ações atinentes à saúde, o juiz da causa deverá levar em conta as informações passadas pelos membros do poder público e os dados trazidos pelas partes. Nos casos em que isso não for suficiente para sua decisão, o magistrado designará perícia, uma vez que serão abordadas questões delicadas em que a prudência é essencial.¹⁵⁰

A autora Ana Carla Bliacheriene¹⁵¹ ressalta a importância da prova na decisão judicial, fazendo um paralelo entre segurança, adequação e necessidade:

A prova a ser produzida terá o objetivo de verificar se a medicação requerida guarda relação (e é segura) no que tange à doença que acomete o autor (adequação). Há vários

¹⁴⁸ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 106

¹⁴⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. A importância da prova pericial no devido processo legal. Revista Forense, v. 105, n. 403, mai/jun, 2009

¹⁵⁰ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, op cit., p. 106

¹⁵¹ BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos, Ibidem, p. 107

programas públicos de saúde, nos quais está prevista uma infinidade de fármacos para as mais diversas enfermidades, sendo imprescindível observar a indicação que está ajustada para o caso concreto.

Da mesma forma, é preciso que a medicação ou tratamento seja imprescindível para cura ou melhora da patologia que acomete o paciente (necessidade), havendo situações em que o tratamento é apenas um paliativo ou não produz qualquer resultado prático ou ainda tem caráter experimental. Por último, mas não menos importante, cabe verificar se o custo é equivalente ao benefício que será alcançado, ainda mais quando os programas de saúde são pensados e executados para atingir o maior número possível de pessoas.

Denota-se do trecho citado a essencialidade da participação das partes no processo, uma vez que influenciarão diretamente na decisão final onde o juiz irá acolher uma das teses apresentadas, recusando a outra com motivos baseados nas provas produzidas.

Portanto, o Judiciário deverá valer-se de audiências públicas e de provas documentais e periciais para que a decisão a ser proferida seja evitada da cautela necessária, uma vez que ela trará consequências podendo, inclusive, causar desequilíbrio ao sistema no âmbito orçamentário e estrutural, trazendo prejuízo para toda a sociedade.

3.3. A regulamentação da Emenda Constitucional N° 29: um passo para a desjudicialização da saúde?

O Estado criou, no ano de 1996, em meio a uma crise econômica, a chamada Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), entendida hoje como uma das mais polêmicas medidas aprovadas e utilizadas pelo governo. Tratava-se de um tributo federal que incidia sobre a movimentação financeira de pessoas e empresas, administrado pela Receita Federal e com o objetivo de arrecadar recursos para setores como a saúde pública¹⁵².

¹⁵² MONTEIRO, Celso. How Stuff Works: Como funcionava a CPMF – História da CPMF. p. 3. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/cpmf.htm>>. Acesso em 22/09/2011.

A CPMF tinha caráter provisório e sua extinção estava prevista para 1999, ou seja, vigoraria por apenas dois anos. No entanto, perdurou por 11 anos, e foi extinta no fim de 2007. O problema da mencionada contribuição é que sua aplicação era realizada com efeito cascata, ou seja, era cobrada diversas vezes sobre um mesmo produto. O imposto era aplicado em todas as fases (colheita, produção, venda, utilização) de comercialização e produção dos produtos. Apesar de parecer uma alíquota considerada de baixo valor (0,38%), a reiterada incidência da CPMF em todas as fases de produção acabou por pesar no orçamento das famílias brasileiras¹⁵³.

A partir das informações supra, pode-se constatar que o governo arrecadou uma enorme quantidade de receita destinada à saúde pública, estimada em mais de R\$ 185,9 bilhões. Entretanto, o dinheiro arrecadado não foi efetivamente aplicado na saúde, nem na seguridade social e nem no combate à fome. Estima-se que, deste montante, R\$ 33,5 bilhões deixaram de ser aplicados nos programas a que se destinavam¹⁵⁴.

O tributo em questão foi o mais polêmico da história brasileira, especialmente por sua origem e prorrogação por 11 anos, pois incidia em cascata, atingia toda a sociedade, sem que se observasse a capacidade contributiva de cada contribuinte, conforme foi afirmado por Celso Monteiro¹⁵⁵:

A CPMF elevava preços de produtos e aumentava a carga de juros na concessão de crédito, retirando dos consumidores recursos que poderiam ser aplicados na poupança ou no consumo. A CPMF era um jeito que arrumaram para o contribuinte pagar para usar o próprio dinheiro.

A extinção da CPMF ocorreu frente à negativa de sua prorrogação por mais quatro anos e causou um desequilíbrio nas contas públicas.

No ano de 2000, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29, com o objetivo de assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações

¹⁵³ MONTEIRO, Celso. How Stuff Works: Como funcionava a CPMF – História da CPMF. p. 2. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/cpmf.htm>>. Acesso em 22/09/2011.

¹⁵⁴ MONTEIRO, Celso, op cit., p. 6

¹⁵⁵ MONTEIRO, Celso. Ibidem, p. 3-6

e serviços públicos de saúde. Na redação dada, foi acrescentado, dentre outros, o parágrafo 3º ao artigo 198 da Constituição Federal, que dispõe: "Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º."

Ocorre que o projeto de lei necessário para a regulamentação da Emenda, que obriga os Estados e os Municípios a aplicarem respectivamente, 12% e 15% de suas arrecadações tributárias na manutenção da saúde pública, só foi aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 21 de setembro de 2011 e ainda está pendente de análise pelo Senado¹⁵⁶.

Antes da regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, a quota gasta com a saúde incluía despesas com merenda escolar, saneamento básico, coleta de lixo, assistência social etc. O projeto de lei nº 306/08, já aprovado pela Câmara, coloca fim aos gastos que não dizem respeito efetivamente à saúde¹⁵⁷.

Na votação do projeto mencionado, a Câmara dos Deputados rejeitou a proposta de criação da Contribuição Social para a Saúde (CSS) que seria um novo tributo para financiá-la. Tal tributo foi chamado por muitos de "nova CPMF" e teria a alíquota de 0,1% sobre as movimentações financeiras¹⁵⁸.

Destarte, verifica-se que o projeto de lei visa principalmente evitar o desvio de finalidade que ocorre de forma reiterada em outras áreas, objeto de prestação estatal.

A Emenda Constitucional nº29 objetiva garantir à saúde os recursos necessários para o cumprimento do mandato constitucional, ou seja, proteção e prestação do direito fundamental que é a saúde. O movimento pela regulamentação da Emenda pode indicar uma preocupação efetiva dos

¹⁵⁶ SENADO, Agência. Entenda o que prevê a Emenda 29 da Saúde. Disponível em: <http://www.correiadoestado.com.br/noticias/entenda-o-que-preve-a-emenda-29-da-saude_125808/> Acesso em 3 out 2011

¹⁵⁷ MONTEIRO, Celso. How Stuff Works: Como funcionava a CPMF – História da CPMF. p. 2. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/cpmf.htm>>. Acesso em 22/09/2011.

¹⁵⁸ CURY, Ana. Rejeitada, nova CPMF poderia ser o 69º tributo federal. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2011/09/rejeitada-nova-cpmf-poderia-ser-o-69-tributo-federal-veja-lista.html>>. Acesso em 22 set 2011

dirigentes públicos dos entes federados em dar efetividade ao direito à saúde.

Uma vez que não há a instituição de uma nova fonte de recursos, a questão do financiamento da saúde continua sem solução. Apesar da boa intenção, a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29 não garante, por si só, o fim da invocação do Poder Judiciário para dar efetividade ao direito fundamental à saúde, garantindo um mínimo existencial ao cidadão.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, construída exemplarmente de maneira democrática e participativa, inovou o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial na universalização do serviço público de saúde, classificando-o como direito do cidadão e dever do Estado.

O direito vital, assim estabelecido, desperta no cidadão a expectativa de seu exercício, em especial porque diz respeito à sua sobrevivência e ao seu bem estar. Todavia, pode-se observar um descompasso entre o estabelecido e o praticado, entre o “dever ser” preconizado e o “ser efetivado” no dia a dia do cidadão.

O Brasil, nação potencialmente rica, encontra-se em estágio de desenvolvimento econômico que não garante aos cidadãos usufruírem de serviços públicos de qualidade em várias áreas como: educação, transporte, energia, segurança, habitação, justiça e, com destaque, a saúde. Atribuir esse descompasso à falta de recursos públicos e entender sua solução simplesmente como aumento da carga tributária, é uma visão distorcida e simplista da questão.

Países desenvolvidos, com percentual de carga de impostos semelhantes e acima dos números praticados no Brasil, oferecem serviços públicos de qualidade aos seus cidadãos, como é o caso da Dinamarca, Suécia, Itália, Bélgica, Noruega, França, Reino Unido, Estados Unidos da América e outros.

Em um país de dimensões continentais, com cerca de 200 milhões de habitantes e uma economia pujante em desenvolvimento cuja organização social vive em contínuo e acelerado processo de mudanças, existem grandes desafios a serem superados. Ao mesmo tempo, muitas soluções são encontradas e encaminhadas permitindo antever-se a médio e longo prazo, o equacionamento de problemas vitais para o povo brasileiro.

Por meio desse estudo, procurou-se demonstrar as responsabilidades e atribuições pertinentes a cada Poder da República, em um processo democrático, com as ações do Legislativo, do Executivo e do

Judiciário, bem como dos Entes Federados: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a fim de garantir aos cidadãos o cumprimento do mandamento constitucional referente à saúde. Também foi tratado o papel do SUS – Sistema Único de Saúde, e a necessária articulação entre os Entes Federados para garantir o fornecimento de medicamentos a todos que necessitam.

A análise dos Programas de Distribuição de Medicamentos, que propõem diferentes caminhos para o atendimento universal da população, como financiamentos a Estados e Municípios, co-financiamentos, repasses diretos de recursos por meio de órgãos de governo e sociedade organizada; a seleção e critérios de distribuição de medicamentos por enfermidades específicas, e a pulverização de pontos de distribuição, indicam um processo dinâmico, onde os agentes públicos e privados interagem permanentemente na busca de atendimento das demandas da população. Reconhecer esse esforço não significa, porém, concordar com o estágio atual do atendimento da saúde pública no Brasil.

Melhoria dos processos de gestão, com permanente aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde, controle de qualidade do gasto público e introdução de programas importantes como os que ampliem acesso aos medicamentos, são formas de buscar soluções para os problemas existentes na implementação das políticas públicas de saúde.

Enquanto as medidas governamentais e da sociedade como um todo forem, ainda, insuficientes para atender às necessidades e urgências dos cidadãos, o Poder Judiciário constitui o instrumento adequado e legítimo possível de ser, a qualquer tempo, acionado para decidir demandas da população.

Com efeito, apesar de a formulação e execução de políticas públicas serem prerrogativas dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário vem sendo acionado para dar efetividade ao direito fundamental à saúde, garantindo um mínimo existencial ao cidadão.

Essa intervenção, no que tange à implementação de políticas governamentais previstas no texto constitucional, objetiva neutralizar a omissão

estatal, muitas vezes justificada na cláusula da “reserva do possível”, assegurando a fruição do direito social básico à saúde, sempre tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Para isso, os magistrados deverão se valer de iniciativas como as audiências públicas ou outros instrumentos de informações, além de provas documentais e periciais, para que as decisões tenham respaldo técnico e jurídico necessários, de forma a não comprometer a gestão regular da Administração Pública.

Assim, na medida em que se verificar a prestação eficiente dos serviços públicos, haverá, conseqüentemente, a redução da busca da efetivação dos direitos através da intervenção do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACURCIO, Francisco de Assis. Política de Medicamentos e assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde. Belo Horizonte: COOPMED, 2003.

ADORNO, Sérgio. Os primeiros 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em:
<<http://www.nevusp.org/downloads/down079.pdf>>. Acesso em: 20 mai 2011.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? - Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista Jurídica UNIJUS, São Paulo, v. 11, n. 15, Nov/2008.

BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição/1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade mecum universitário de Direito. 8 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade Governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF 45. Requerente: Presidente da República. Requerido: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Brasília, 29 abr 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 10/11/11.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança, reforma agrária - imóvel rural situado no pantanal mato-grossense - desapropriação-sanção (cf, art. 184) - possibilidade - falta de notificação pessoal e previa do proprietário rural quanto a realização da vistoria (lei n. 8.629/93, art. 2., par. 2.) - ofensa ao postulado do due process of law (cf, art. 5., liv) - nulidade radical da declaração expropriatória - mandado de segurança deferido. MS n. 22.164/SP. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira, Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 10 de out de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=22164&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23/01/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693> . Acesso em 27 mar 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução: Ministra Ellen Gracie. 10. ed. Porto Alegre, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. Editora Jus Podivm: Salvador, 2009.

CIARLINI, Álvaro. A desjudicialização da saúde: um bem necessário? Direito Público, vol. 1, n. 28, jul/ago, 2009.

CURY, Ana. Rejeitada, nova CPMF poderia ser o 69º tributo federal. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2011/09/rejeitada-nova-cpmf-poderia-ser-o-69-tributo-federal-veja-lista.html>>. Acesso em 22 set 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde. 1. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

DESCARTES, R. Discurso sobre o método. Tradução Enrico Corvisieri. Disponível em: <<http://www.psbnacional.org.br/bib/b39.pdf>> Acesso em 22 mai 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946). Nova Iorque.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1998..

GODOY, Paulo. A situação da classe trabalhadora na Inglaterra. 2008. 3 f. Resenha - Grupo de Pesquisa Análise e Planejamento Territorial – GPAPT. Disponível em: <http://www.rc.unesp.br/igce/planejamento/gpapt/Artigos%20pdf%20final/Resenhas/Godoy_Paulo_resenha.pdf> Acesso em 29 out 2011.

HUMENHUK, HEWERSTTON, A Teoria dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/690>> Acesso em 29 out 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A importância da prova pericial no devido processo legal. Revista Forense, v. 105, n. 403, mai/jun, 2009.

KIMURA, Alexandre Issa. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/alexandre_lippel.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MANICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, Boletim de Direito Administrativo, v. 24, n. 10 out, 2008.

MARANHÃO, Clayton. Tutela Jurisdicional do Direito à saúde. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Wallace Paiva. Direito à saúde: Compêndio. 6. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Celso. How Stuff Works: Como funcionava a CPMF – História da CPMF. p. 3. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/cpmf.htm>>. Acesso em 22/09/2011.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Monica Drumond. O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88. Revista de Direito do Consumidor, 2008.

SCHWARTZ, G. A. D. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECRETARIA DA SAÚDE – Governo Federal. Assistência Farmacêutica, 2011. Disponível em: <<http://portal.saude.sp.gov.br/ses/perfil/gestor/assistencia-farmacutica/assistencia-farmacutica>>. Acesso em: 22 mai 2011.

SENADO, Agência. Entenda o que prevê a Emenda 29 da Saúde. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/noticias/entenda-o-que-preve-a-emenda-29-da-saude_125808/> Acesso em 3 out 2011.

SILVA, Francisco Viegas Neves da. Considerações sobre a judicialização do acesso à saúde. Revista da Escola de Direito de Pelotas, Jan-Dez 2006.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SUS. Entendendo o SUS. Governo Federal – Ministério da Saúde, 2007, Disponível em:
<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf>
. Acesso em: 26 abr 2011.

TORRES, Ricardo Lôbo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária em Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.