

BRUNA LYNCH SALGADO

A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL À SAÚDE NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988

SÃO PAULO

2009

BRUNA LYNCH SALGADO

A GARANTIA DO DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL À SAÚDE NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação do prof. Derly Barreto e Silva Filho

São Paulo

2009

Agradeço à minha família pelo apoio durante a elaboração deste trabalho.

RESUMO

A saúde é essencial na vida de todo ser humano. Ela é considerada um direito fundamental da pessoa e é protegida pela Constituição Federal Brasileira de 1988 como um direito social e, portanto, fundamental, e também pela legislação ordinária. Com este trabalho procura-se analisar como a saúde foi alçada a categoria de direito fundamental e sua proteção dada pelo legislador brasileiro, bem como, qual é a abrangência do termo saúde e quais os mecanismos que o Estado providencia para que um indivíduo tenha sua saúde assegurada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	8
1.1. Histórico e conceito	8
1.2. As gerações ou dimensões de direitos fundamentais	11
1.3. Características dos direitos fundamentais.....	14
1.4. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais	15
2. OS DIREITOS SOCIAIS E A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
2.1. Origem e conceito	20
2.2. Princípios da ordem social na Constituição de 1988.....	26
2.3. Aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais.....	28
2.4. Sujeito passivo dos direitos sociais.....	32
3. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	34
3.1. Direito à saúde: conceito.....	34
3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana	41
3.3. O mínimo existencial.....	44
3.4. O sistema único de saúde.....	48
4. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO.....	53
4.1. A reserva do possível.....	53
4.2. O bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de medicamentos	59
5. CONCLUSÃO.....	67
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

Conforme foram evoluindo os direitos fundamentais do homem adquiriram grande importância, especialmente no século XX e, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 seguiu este movimento concedendo-lhes grande destaque. A eles foi dedicado um Título inteiro sendo, inclusive, considerados como cláusulas pétreas, não podendo ser excluídos. Os direitos sociais, incluídos no rol de direitos fundamentais, do mesmo modo, receberam maior importância.

A preocupação do nosso legislador constituinte em garantir os direitos sociais é demonstrada pelo capítulo a eles dedicado dentro do Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, arts. 6º ao 11), sempre com o objetivo final de garantir a dignidade da pessoa humana, um dos alicerces de nossa República Brasileira e de todos os direitos fundamentais.

As pessoas estão cada vez mais conscientes de seus direitos e, sendo assim, passam a exigir do Estado o cumprimento de seus deveres instituídos pela chamada Constituição-cidadã.

Cada indivíduo tem direito a prestações positivas por parte do Estado com o objetivo de lhe assegurar condições mínimas para uma existência digna e, a fim de ser atingido este objetivo, temos na Constituição Federal de 1988 inúmeras garantias tais como moradia, assistência social, saúde, lazer, dentre outras, que pertencem ao grupo dos direitos sociais. Estes asseguram não apenas condições para a pessoa sobreviver, mas, também para existir com dignidade, possibilitando que o ser humano desenvolva todo seu potencial físico e mental. É dever do Estado a realização e a proteção desses direitos fundamentais sociais garantindo a todos o que se chama de mínimo existencial.

A discussão travada, inicialmente, era saber se as normas garantidoras de direitos sociais, tais como o direito à saúde, eram programáticas ou poderiam ser imediatamente aplicadas, como ocorre com os direitos fundamentais de liberdade.

Dentre essas prestações que se pode exigir do Estado encontra-se o direito à saúde, reconhecido já na Constituição Alemã de 1919 como um direito social e fundamental do ser humano. O Estado passa a ser responsável por fornecer condições de saúde para todas as pessoas, incluindo-se nesta obrigação, medidas preventivas para evitar doenças e o fornecimento de medicamentos para o tratamento das mesmas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversos dispositivos que visam à aplicação e proteção desse direito à saúde, buscando a redução de doenças e incentivando medidas preventivas, criando um Sistema único de Saúde (SUS) para atingir seu desígnio que é proporcionar a todos o acesso à saúde.

Cumprir saber qual é a abrangência do conceito de saúde e como o Estado deve concretizar este direito à saúde, se apenas criando políticas públicas de prevenção de doenças, ou também fornecendo gratuitamente o medicamento para

aquele que necessita e, neste último caso, haveria um limite de preço? Terapias novas e alternativas podem ser incluídas na conta da saúde ou apenas aquelas comprovadamente eficazes?

Até que ponto o Estado é responsável pela saúde da população. É válido retirar recursos de outras políticas públicas para fornecer medicamentos a quem necessita sem se considerar também a insuficiência de recursos financeiros disponíveis pelo Estado?

Este trabalho busca esclarecer estes pontos, de acordo com a doutrina e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre esta matéria, de vital importância na atualidade.

A saúde é um direito de todos e, se não forem dadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo as condições necessárias para que os cidadãos exerçam esse direito, então é dever do Poder Judiciário, quando invocado, garantir o acesso de todos aos serviços de saúde, uma vez que se trata de valor constitucionalmente garantido.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Histórico e conceito

Existem diversas denominações para o que chamamos de direitos fundamentais, como por exemplo, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos fundamentais do homem. Esta última é a considerada mais adequada por José Afonso da Silva, pois, designa “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.¹

Os direitos fundamentais surgiram ligados ao pensamento do jusnaturalismo quando se acreditava que eram direitos naturais que o homem possuía apenas pelo fato de existir e seriam inalienáveis. Após um tempo houve a necessidade de limitar e controlar o poder absolutista dos monarcas, bem como coibir o abuso cometido pelos governantes contra a população, garantindo, dessa maneira, o respeito à dignidade humana. Assim, a evolução dos direitos fundamentais é resultado da própria evolução histórica segundo o contexto social em que os homens se encontravam.

¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 178.

O primeiro documento considerado como antecedente das declarações de direitos humanos fundamentais é a Magna Carta de 1215, um pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra. Apesar de ter concedido privilégios feudais apenas para os nobres, deixando de lado direitos da maioria da população, é um documento importante, pois, consagrou alguns dos direitos e liberdades civis clássicos como o *habeas corpus*, a garantia da propriedade e o devido processo legal.

No entanto, apenas recentemente, os direitos fundamentais foram reconhecidos em verdadeiras declarações de direitos, no sentido atual, dando início ao movimento constitucionalista. Tais declarações surgiram no século XVIII com as revoluções americana e francesa. A primeira culminou com a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* de 1776 que delimitou o poder estatal, baseada na ideia de que existiam direitos naturais do homem tais como a vida, a liberdade, a busca da felicidade, e que os poderes do governante derivam do consentimento dos próprios governados.

Elaborou-se, também, o *Bill of Rights* de 1791, que constitui as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana e assegura aos americanos inúmeros direitos fundamentais como: as liberdades de religião, culto, imprensa, reunião pacífica e o direito de petição, a inviolabilidade de pessoas, casas e papéis contra buscas irrazoáveis, o direito de defesa, direito de ser julgado por um juiz natural, júri imparcial dentre outros. Observando que a 9ª Emenda assegura que a enumeração de direitos feita pela Constituição não impede ou diminui outros direitos também possuídos pelo povo.

Na França, os franceses pré-revolucionários influenciados pela revolução americana e seu direito constitucional escrito bem como pelas doutrinas de Montesquieu, Rousseau e Sieyès romperam com sua ordem social e política, insurgindo-se contra o clero e a nobreza culminando na Revolução Francesa de 1789, quando a burguesia detentora de grande poder econômico passa a lutar

contra o poder absoluto do Rei Luís XVI, instaurando uma nova ordem burguesa no país.

Pressionada pela revolta popular a Assembleia Constituinte aprova a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* que, diversamente das declarações americanas, pretendia ser universal, atingindo a humanidade como um todo. Foi redigida “em termos tais que pode aplicar-se a todos os países, em todos os tempos”.² Proclamou-se, pela primeira vez, as liberdades e os direitos fundamentais do homem.

Essa Declaração serviu de alicerce para a futura *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, que reconhece a dignidade da pessoa humana como base para a liberdade, a justiça e a paz.

Os Direitos Fundamentais garantem uma proteção que o cidadão tem contra o Estado, servem para delimitar o poder estatal. Tais direitos estão positivados internamente nas Constituições podendo ser detalhados ou anunciados. As Constituições modernas têm como pressupostos os direitos fundamentais. Já afirmava o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que em uma sociedade em que não se assegure os direitos fundamentais e a separação de poderes não há efetivamente uma Constituição.

E, justamente por ser utilizado o termo “direito”, pode-se dizer que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, podendo ser exigidos e impostos de maneira coercitiva, inclusive utilizando-se o Judiciário quando desrespeitados ou negados.

² Marcello Cerqueira, *A Constituição na História*, p. 130.

Nos dizeres de Vidal Serrano Nunes Junior:

Com efeito, não há como se pensar em direitos fundamentais fora de um contexto generalizante, em que, de um lado, são concebidos como direitos subjetivos e, de outro, como instituições sedimentadas no tecido social e que devem condicionar ações individuais e coletivas.³

A Constituição Brasileira de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme expressamente enunciado no art. 1º, inciso III. E, em seu Título II denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” definiu, também, um rol desses direitos a partir do art. 5º, ressaltando que de acordo com parágrafo 2º deste artigo, o rol não é taxativo: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Os direitos fundamentais são, portanto, direitos de todos, subjetivos e que, previstos em um ordenamento constitucional, tendo como principal finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe condições mínimas de existência e proteção contra o abuso do poder estatal.

1.2. As gerações ou dimensões de direitos fundamentais

A evolução dos direitos fundamentais é feita pela doutrina de acordo com gerações. Para alguns autores o termo correto seria “dimensões”, uma vez que o termo “gerações” implica a substituição de uma geração pela outra subsequente, e os direitos fundamentais não são substituídos pelos novos, o que ocorre é um acréscimo, um aumento desses direitos.

³ Vidal Serrano Nunes Junior, *A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*, p. 13.

Existem, segundo a doutrina, três gerações de direitos fundamentais. A primeira abrange os direitos adquiridos nas revoluções americana e francesa, são os direitos de liberdade individual do povo, de autonomia e defesa. Aqui predominam as segundo Uadi Lammêgo Bulos “prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado”,⁴ referindo-se às liberdades de culto, religião e inviolabilidade de domicílio.

O momento histórico em que surgiram foi o fim das monarquias absolutistas. Era o nascimento do Estado liberal que não intervinha no aspecto pessoal da vida dos indivíduos e onde, conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco a propriedade “servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes”.⁵

São denominados direitos individuais e, pela lição de Vidal Serrano Nunes Junior, essa denominação contém a “ideia de direitos do indivíduo em face do Estado. Corresponde, em outras palavras, à afirmação de um dever de abstenção do Estado ante o âmbito de projeção das liberdades individuais”.⁶

Com a crescente industrialização da Europa no século XIX, a população mais pobre que trabalhava nas fábricas e morava em condições precárias, começa a reivindicar a intervenção do Estado para reparar essa situação. Surgem, então, as doutrinas de cunho social que preveem a intervenção estatal como uma forma de alcançar a justiça social.

⁴ Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 430.

⁵ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, p. 223.

⁶ Vidal Serrano Nunes Junior, *op. cit.*, p. 44.

Isso gerou a necessidade de prestações positivas por parte do Estado, que deveria agir e não mais abster-se. São os direitos fundamentais de segunda geração que, no ensino de Carlos Weiss “traduzem-se em direitos de participação que requerem uma política pública, encaminhada a garantir o efetivo exercício daqueles, e que se realizam através dos serviços públicos”.⁷

Por buscarem a justiça social, são também denominados de direitos sociais e seus titulares são indivíduos singularizados. Com eles procura-se estabelecer uma igualdade real entre todas as pessoas, todos devem ter acesso a trabalho, educação, lazer, saúde, assistência social e subsistência digna.

Com a terceira geração de direitos fundamentais têm-se os direitos de toda a Humanidade que não pertencem a um grupo específico e determinado, trazem valores éticos que protegem a coletividade.

Surgiram após a Segunda Guerra Mundial quando o mundo ainda tentava compreender os horrores causados pelo nazismo e pelo Holocausto. São os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade entre os povos e abarcam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.

Essa terceira geração seria nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização

⁷ Carlos Weiss, *Direitos Humanos Contemporâneos*, p. 39.

do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.⁸

Finalmente, alguns autores já introduzem uma quarta geração de direitos fundamentais como é o caso de Uadi Lammêgo Bulos que os denomina *direito dos povos*, são eles: direitos relativos à informática, a biociência, aos alimentos transgênicos, a clonagem e outros ligados a engenharia genética que, segundo o autor, o Judiciário brasileiro já vem se deparando com casos concretos.⁹

1.3. Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam traços comuns a seguir explicitados.

O primeiro é a historicidade, os direitos fundamentais, surgem ao longo da evolução histórica da humanidade. Eles podem surgir em uma época e desaparecer em outra, ou ainda modificar-se com o tempo, de acordo com as necessidades humanas.

Direitos fundamentais são imprescritíveis. Podem ser exercidos e exigidos sempre que necessário. Segundo José Afonso da Silva “se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição”.¹⁰ Da mesma forma são irrenunciáveis.

São, também, inalienáveis. Não são negociáveis no comércio uma vez que não possuem conteúdo econômico, sendo, portanto, indisponíveis.

⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.58.

⁹ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 431.

¹⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 181.

São universais, o que significa dizer que todas as pessoas, independente de nacionalidade, religião, raça, sexo são titulares desses direitos.

Atualmente, não são mais considerados como absolutos podendo sofrer limitações ao serem confrontados com outras normas também de natureza constitucional, ou ainda com outros direitos fundamentais, gerando assim um conflito que somente será decidido no caso concreto pelo Poder Judiciário. Neste caso deverá o magistrado decidir qual direito fundamental prevalece sobre o outro. Por isso, diz-se que os direitos fundamentais são relativos, não podendo servir como justificativa para um ato ilícito ou para anular outros direitos fundamentais.

Como exemplo, na própria Constituição Brasileira de 1988, tem-se o direito à vida, no entanto, este não é absoluto, pois, em caso de guerra declarada admite-se a pena de morte, é o que afirma o art. 5º, XLVII: não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.

São, ainda, indivisíveis e interdependentes, estão interligados uns aos outros podendo ser exercidos ao mesmo tempo, como exemplo pode-se citar a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de informação.

1.4. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet a Constituição (e, portanto, o Estado constitucional) uma vez que pressupõe uma atuação jurídica e controlada dos órgãos estatais, seria uma “condição de existência das liberdades fundamentais”, e os direitos fundamentais só têm eficácia em um verdadeiro Estado constitucional.¹¹

¹¹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 70.

O problema que se encontra é definir se as normas de direitos fundamentais podem ser imediatamente aplicadas ainda que o legislador Constituinte não tenha oferecido meios para tanto.

Segundo determina a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, § 1º *As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco “o significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático”.¹² Donde se conclui que todas as autoridades públicas estão vinculadas às normas de direitos fundamentais, e o Poder Judiciário deve aplicá-las imediatamente ao caso concreto, ainda que lhe sejam posteriores.¹³

Este artigo comprova o *status* jurídico diferenciado que a Constituição Federal deu aos direitos fundamentais, inclusive protegendo-os como cláusulas pétreas (ou “garantias de eternidade”) conforme dispõe o art. 60, § 4º que impede que tais direitos sejam retirados do texto constitucionais por futuras reformas.¹⁴

As normas de direito fundamentais estão positivadas no ordenamento jurídico constitucional e, portanto, não se pode dizer que elas não têm eficácia imediata e, os direitos que elas trazem podem ser, desde logo, pedidos no Judiciário como verdadeiros direitos subjetivos que o são.

¹² Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 241.

¹³ Cf. José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, p.176.

¹⁴ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 79.

No entendimento de José Afonso da Silva as normas que definem direitos fundamentais democráticos e individuais têm aplicação imediata. Porém, quando a própria norma exige uma lei integradora, ela seria de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.¹⁵ No entanto, também reza o ilustre autor que, ainda assim, exercem uma importante função no ordenamento, pois, quanto mais se aperfeiçoam e são aplicadas, “mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”.¹⁶

Com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, quis o legislador constituinte evitar que as normas garantidoras destes direitos tornassem-se letra morta ou ainda, que precisassem de uma atuação do legislador para ganhar eficácia. Inclusive, admite-se que os juízes, através da via interpretativa, concretizem essas normas quando houver omissão legislativa.

Afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.¹⁷

A falta de concretização por parte do legislador não deve ser um obstáculo para a aplicação imediata dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, este é obrigado a assegurar a plena eficácia destes direitos, bem como remover uma possível lacuna proveniente desta falta de concretização, tendo como base para tanto o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe que na omissão da lei

¹⁵ Cf. José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op.cit., p.204.

¹⁶ Idem, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 180.

¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 241.

o juiz decidirá o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.¹⁸

Deve-se atentar para que, na falta de conteúdo mínimo que possibilite a aplicação da norma de direito fundamental e na tentativa de tornar eficaz o direito em questão, o magistrado não entre na esfera de competência do legislador, pois estaria ferindo o princípio da separação dos poderes. Neste caso, deverá o interessado na aplicação da norma valer-se de remédios constitucionais que possam constranger o legislador a regulamentar a norma omissa, como os instrumentos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) ou o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF).

A aplicação do § 1º do art. 5º da CF não está restrita apenas aos direitos e garantias individuais, o próprio dispositivo fala em “direitos e garantias fundamentais” da mesma forma como exposto no Título II da Carta Magna, portanto, também possuem aplicação imediata, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, “cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável”, segundo Ingo Wolfgang Sarlet.¹⁹

Do mesmo modo, têm aplicação imediata outros direitos localizados em partes diversas do texto constitucional e que, também, são considerados fundamentais.

No entanto, apesar desta aplicabilidade imediata, nunca se pode perder de vista que existem normas que irão exigir do legislador um complemento para sua concretização, o juiz não pode atuar como legislador nestes casos. A atividade legislativa de complementação da norma é essencial em alguns casos e, somente

¹⁸ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 282 e 283.

¹⁹ Idem, p. 275

assim, pode a norma ser aplicada ao caso concreto, efetivamente concedendo ao seu requerente o direito subjetivo que lhe é garantido pela Constituição Federal, atentando que direito subjetivo é aquele em que alguém tem a capacidade de exigir de outro uma prestação que lhe é devida, podendo esta ser de dar, fazer ou não fazer.

2. OS DIREITOS SOCIAIS E A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1. Origem e conceito

A origem dos direitos sociais remonta aos primórdios da evolução industrial quando os trabalhadores das fábricas burguesas estavam submetidos, conforme preleciona Vidal Serrano Nunes Junior, de um lado, a “relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operário; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos que se contrapuseram ao quadro de pressão configurado”.²⁰

Procura-se com os direitos sociais alcançar a igualdade real, uma vez que a tão proclamada liberdade resultou em inúmeras desigualdades entre a burguesia e o proletariado. Ainda na declaração do distinto autor:

Direitos sociais nasceram de uma aspiração de alforria da classe operária, em um cenário marcado por abusos nas relações constituídas sobre as duas pilastras que sustentavam a ordem jurídica de então: a propriedade privada e a autonomia da vontade.²¹

²⁰ Vidal Serrano Nunes Junior, op. cit., p. 51.

²¹ Idem.

Historicamente com o surgimento da doutrina marxista e o crescimento do socialismo e da representatividade dos trabalhadores, estes passaram a exigir uma maior intervenção do Estado para reparar as injustiças de quem não era protegido pelas liberdades individuais que davam preferência aos proprietários de terras.

Com a Revolução Russa de 1917, deflagrada pela insatisfação da população com o regime czarista, e a pobreza que assolava a grande maioria da população, instituiu-se um regime em que a aristocracia não tinha mais lugar, que deu origem ao socialismo e à criação da União Soviética. O Estado deveria fornecer todo o necessário para a sobrevivência das pessoas e toda a terra seria pública, não existindo mais a propriedade privada.

Diferentes doutrinas sociais, surgidas a partir do século XIX, defendem uma maior intervenção do Estado na economia para a realização dos chamados direitos sociais. Surge o constitucionalismo social²² que entende que os direitos humanos também deveriam cumprir uma função social quando do seu exercício.

Para Pérez Luño o Estado Liberal de Direito trouxe uma série de conflitos de classe que demonstraram a insuficiência das liberdades burguesas ao não reconhecer a justiça social. Esta situação, em conjunto com as novas condições em que se desenvolvia o capitalismo, determina o aparecimento do Estado Social, que abandona as premissas de neutralidade e individualismo e atrai para si a intervenção direta nos processos socioeconômicos, mas o faz mantendo a autonomia característica do Estado Liberal de Direito.

Continua o autor afirmando que, após a Segunda Guerra Mundial o restabelecimento democrático contribuiu definitivamente na difusão da fórmula do

²² Cf. Mônica de Almeida Magalhães Serrano, *O Sistema único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais*, p. 14.

Estado Social de Direito. Este representou uma conquista política do socialismo democrático, e também foi fruto do pensamento liberal mais progressista que o concebeu como um instrumento de adaptação do aparato político às novas exigências de um capitalismo maduro.

Prossegue expondo que o componente socialista democrático do Estado Social de Direito traduz-se na superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista e impõe ao Estado a realização de determinados fins materiais, que contribuam para uma reforma social e economicamente justa, com a finalidade de justiça social e de condições de convivência.²³

Reputa-se como o primeiro documento histórico com importância no campo dos direitos sociais a Constituição Francesa de 1848, que apesar de não ter a intenção de converter a França em Estado Social previu alguns direitos sociais. De acordo com Marcello Cerqueira, em 1848 tem-se a primeira das revoluções sociais como um prolongamento da Revolução Francesa de 1789, ao mesmo tempo em que pertence ao século XX, ao prefigurar, de certa forma, a Revolução Russa de 1917.²⁴

Foi com a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Constituição de Weimar) de 1919 que os diplomas constitucionais foram mais fortemente marcados com preocupações sociais. A primeira reconheceu direitos tais como, o direito de greve, o descanso semanal e a previsão de uma reforma agrária. A segunda gerou maior repercussão mundial, servindo como modelo para algumas constituições da época como a espanhola de 1931 e a brasileira de 1934. Na lição de Lauro Cesar Mazetto Ferreira ela “converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do

²³ Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 229 e 230.

²⁴ Cf. Marcello Cerqueira, *op. cit.*, p. 151.

primeiro pós-guerra e marca a divisão de águas entre o constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e o constitucionalismo social do século XX”.²⁵

A Constituição de Weimar reconheceu os direitos sociais como fundamentais para a preservação dos direitos humanos, e que cabe ao Estado intervir na vida social garantindo um mínimo essencial aos seus habitantes, proporcionando-lhes uma vida digna. Ela inovou ao prever um direito à saúde e à previdência, prevendo a criação de um sistema nacional de seguro para cumprir este objetivo.²⁶

Em 1948 a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos formulada como um documento de repúdio a todas as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, seu principal objetivo é preservar a dignidade humana. Reconhece-se nesta Declaração que o princípio da solidariedade é o fundamento dos direitos econômicos e sociais, constituindo, nos ensinamentos de Fábio Konder Comparato, “exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados”.²⁷

Destacam-se para o presente trabalho os artigos XXII e XXV, a seguir transcritos, que se referem à seguridade social.

Artigo XXII. Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo XXV. 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços

²⁵ Lauro Cesar Mazetto Ferreira, *Seguridade Social e Direitos Humanos*, p.39.

²⁶ Cf. Vidal Serrano Nunes Junior, op. cit., p. 53.

²⁷ Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 230.

sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Em 1966 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou dois pactos que complementam o conteúdo da Declaração Universal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O primeiro garante as liberdades individuais ao afirmar que não podem os Estados interferir de forma abusiva na vida privada dos indivíduos.

Aponta Fábio Konder Comparato que o segundo pacto tem como “elemento comum ao conjunto dos direitos nele declarados a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa”.²⁸ O Estado não pode manter-se inerte e não proporcionar aos seus cidadãos os direitos sociais que lhe são cabíveis, devendo para alcançar estes objetivos elaborar políticas públicas.

Vale recordar que, apesar de dois pactos distintos, a unidade do sistema de direitos humanos continua. Para existir liberdade individual é preciso também igualdade social e esta não pode, jamais, ser imposta sacrificando-se direitos civis ou políticos de uns em benefício de outros.

Na Constituição Brasileira de 1988 há um capítulo próprio dedicados aos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e um título próprio para a ordem social. Entretanto, não existe separação total entre eles, o que fica demonstrado claramente pelo artigo 6º quando afirma que o conteúdo da ordem social são os direitos sociais. *São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a*

²⁸ Fábio Konder Comparato, op. cit., p. 337.

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A atual Constituição foi apelidada de “constituição-cidadã”, pois, inclui em seus artigos inúmeros direitos com o escopo de atingir a chamada justiça social. Conforme José Afonso da Silva ela é “a melhor garantia de que os direitos humanos passaram a ter consideração popular (...)”.²⁹

E, nas palavras de Ulysses Guimarães: “A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis. (...) Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”.³⁰

Assim, como conceito, pode-se afirmar que os direitos sociais, como bem deduz Uadi Lammêgo Bulos, “são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”.³¹

Pertencem à segunda geração (ou dimensão) da evolução dos direitos humanos fundamentais, são direitos de igualdade. Tratam de prestações positivas do Estado, geram um dever de fazer, de realizar serviços, possibilitando sua concretização. Surge o chamado Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*.

No entendimento de José Afonso da Silva, direitos sociais:

²⁹ José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 112.

³⁰ Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988.

³¹ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 673.

são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.³²

O direito à saúde, objeto do presente trabalho, por ser direito social se amolda neste conceito de prestação positiva que o Estado deve conceder aos indivíduos, sempre com o objetivo de proporcionar uma vida digna a todos.

2.2. Princípios da ordem social na Constituição de 1988

Como exposto anteriormente, a primeira Constituição brasileira a possuir um título específico sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919. A partir daí todas as demais constituições seguiram este caminho.

Na Constituição Federal de 1988 fica claro o compromisso do legislador constituinte com os direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais e também com a necessidade de proporcionar a todos os cidadãos uma vida digna e bem-estar.

A ordem social brasileira constitui, na lição de Uadi Lammêgo Bulos “o conjunto de preceitos constitucionais que implementam os direitos previstos no art.

³² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 286 e 287.

6º da Constituição”.³³ E, conforme o art. 193, tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco identificam inúmeros princípios que podem ser aplicados à ordem social como um todo³⁴; neste trabalho enfocam-se, apenas, os princípios que podem ser utilizados para o direito à saúde, que se encontra dentro da seguridade social, juntamente com a previdência e assistência social (arts. 194 a 204 da CF).

O primeiro princípio é o da solidariedade que atinge a seguridade social como um todo. Tanto o Poder Público quanto a sociedade devem agir em conjunto para assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O financiamento para se atingir tais metas será feito por toda a sociedade através do orçamento e contribuições sociais destinados ao custeio tanto dos segurados quanto dos necessitados.

O princípio da reserva do financeiramente possível tem incidência principalmente no campo da saúde e da educação. Aqui se encontra uma decisão política sobre como dividir os escassos recursos públicos para atender a maioria da população que necessita de saúde e educação, garantindo-lhes estes direitos.

Especificamente para o direito à saúde tem-se o princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, que será detalhado mais adiante, antecipando que consiste, basicamente, no fato da saúde ser um direito subjetivo de todos os indivíduos e que, portanto, pode ser exigido do Estado, e refere-se não apenas ao acesso ao tratamento de doenças, mas também ao acesso à prevenção e proteção contra estas.

³³ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p.1375.

³⁴ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 1298 e ss.

Por fim, o princípio da justiça social que rege todo o Estado Democrático de Direito, é um princípio tanto da ordem econômica quanto da ordem social, e encontra-se nos arts. 170, *caput* e 193 respectivamente e visa a superação das desigualdades sociais e regionais no Estado brasileiro, promovendo a justiça social, possibilitando uma existência digna. É a busca pela igualdade real entre todas as pessoas.

Encerrando, cita-se José Afonso da Silva para quem:

os princípios sobre a ordem econômica e social, traduzindo em normas da Constituição as tendências do momento, devem estar (...) voltados para as transformações sócio-econômicas requeridas por uma democracia de conteúdo social.³⁵

2.3. Aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais

Na doutrina ainda existe discussão sobre a fundamentalidade ou não dos direitos sociais. Contudo, atualmente, não há como conceber um Estado de Direito sem que este reconheça aos seus cidadãos os direitos sociais, que se tornaram fundamentais.

Segundo Ana Cristina Costa Meireles, até mesmo na visão jusnaturalista os direitos sociais poderiam ser previstos, pois, é da própria natureza humana ter direito, por exemplo, à vida saudável. Mas, observa que, afirmar “que algo é inerente à natureza humana tem a ver, apenas, com a necessidade que, para o homem, se faz presente em dado momento e não, como algo transcendental ao próprio homem como o jusnaturalismo pode sugerir”.³⁶

³⁵ José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 21.

³⁶ Ana Cristina Costa Meireles, *A Eficácia dos Direitos Sociais*, p. 93.

Ora, sendo os direitos sociais direitos os quais os homens necessitam para viver, não há como negar a sua fundamentalidade.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos “a finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real”.³⁷

A dúvida sobre a fundamentalidade dos direitos sociais ocorreu, inicialmente, porque estes direitos sempre estiveram ligados a normas com efeitos programáticos, ou seja, traziam diretrizes e objetivos a serem alcançados pelo Estado e, sendo assim, constituíam metas a cumprir. A intenção é que fossem sendo aplicados de maneira paulatina, segundo a discricionariedade do administrador público.

É verdade que para a concretização dos direitos sociais é necessário uma posição ativa do Estado. Mas, dizer que estes direitos não são fundamentais está errado, e o próprio ordenamento constitucional brasileiro não dá margem para esta orientação.

Pelo art. 5º, § 1º da Constituição, já mencionado, sabe-se que a aplicação de normas de direitos fundamentais é direta e sua eficácia é imediata e, se incluem os direitos sociais, não importando se as normas sociais são programáticas ou não.

Cite-se entendimento de José Afonso da Silva quando expõe:

o certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo

³⁷ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 673.

precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente (...) eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem.³⁸

Não é porque não existem as regras para a concretização de um direito social que este não existe na Constituição. Ele existe e sendo direito subjetivo, pode ser imediatamente exigido do Poder Público, inclusive através do Poder Judiciário, quando lhe for negado ou desrespeitado.

Conforme o entendimento de Mônica de Almeida Magalhães Serrano: “a não auto-aplicabilidade das normas atributivas de direitos sociais, enquanto não editada norma infraconstitucional, não impede o acesso judicial para a respectiva exigibilidade (justiciabilidade imediata)”.³⁹

Não se nega, todavia, a existência de normas programáticas dentro dos direitos sociais do art. 6º e, portanto, é necessária uma intervenção estatal para terem eficácia. Normas programáticas proclamam um estado ideal e finalidades a atingir e, do referido artigo “extraí-se a existência de normas programáticas que se consubstanciam em verdadeiros princípios já que estabelecem um fim a ser atingido sem especificar que tipo de comportamento é necessário para tanto” nos dizeres de Ana Cristina Costa Meireles.⁴⁰

Contudo, segundo a autora, justamente por terem eficácia de princípios, essas normas estarão sujeitas à ponderação quando entrarem em conflito com outros princípios, cabendo ao aplicador do Direito, no caso concreto, decidir qual deles deverá prevalecer.

³⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 185.

³⁹ Mônica de Almeida Magalhães Serrano, op. cit., p. 41.

⁴⁰ Ana Cristina Costa Meireles, op. cit., p. 333.

Relembrando que nem por isso estes direitos deixam de ser imediatamente exigíveis por quem necessita deles. Eles constam da Constituição e, por se tratarem de direitos fundamentais podem e devem ser aplicados de imediato.

Observa Vidal Serrano Nunes Júnior que aquelas normas constitucionais de direitos sociais que são programáticas contêm, de fato, uma baixa densidade e que, conseqüentemente, há uma maior liberdade de conformação legislativa e administrativa para sua concretização.⁴¹

A norma, ainda que programática, vincula todos os órgãos e poderes da Administração Pública que devem obedecer a seu conteúdo, sempre buscando alcançar o objetivo nela proclamado. Não pode haver omissão por parte do Estado, se esta existir há, ainda, a possibilidade de exigir que, no mínimo, os direitos não retrocedam.

Na compreensão de José Afonso da Silva, os direitos sociais pertencem à matéria constitucional que é, inclusive, “qualificada pelo valor transcendental da dignidade da pessoa humana”.⁴² E continua o ilustre doutrinador dizendo que, para a Constituição de 1988 os direitos sociais “constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.⁴³

Assevera o autor que algumas normas de direitos sociais têm a necessidade de uma lei integradora, sendo, portanto, de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Porém, argumenta que quando o art. 5º, § 1º da CF/88 determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, aqui inclusos os direitos sociais, significa dizer

⁴¹ Vidal Serrano Nunes Júnior, op. cit., p. 206.

⁴² José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 198.

⁴³ Idem.

que tais normas serão aplicadas até onde as instituições ofereçam condições para que sejam atendidas. E mais, significa dizer que, uma vez invocado no caso concreto, o Poder Judiciário deverá aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado.⁴⁴

Os direitos sociais não podem ser considerados singelas normas programáticas, em alguns casos, eles devem ser considerados como direitos subjetivos, caso contrário, não poderiam ser exigidos judicialmente.

2.4. Sujeito passivo dos direitos sociais

Os direitos sociais são direitos de crédito do indivíduo em relação a toda coletividade, são direitos a uma prestação, a um *facere*. Estes direitos, incluindo-se o direito à saúde, nas palavras de Celso Lafer, citado na decisão do Agravo Regimental no Recurso n. 436.996/SP, de relatoria do eminente Ministro Celso De Mello “têm como sujeito passivo o Estado, porque na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”.⁴⁵

É obrigação do Estado propiciar a proteção da saúde (assegurada pelo art. 196), promover a educação (art. 205), incentivar a cultura (art. 215) dentre outros, sempre atuando em parceria com a família e a sociedade (art. 195).

Caso o Estado não atenda ou atenda precariamente aquilo que lhe foi designado pela Constituição Federal, estará incorrendo em uma conduta inconstitucional cabível de ser contestada judicialmente.

⁴⁴ José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 204.

⁴⁵ STF – RE 436-996 – AgR/ SP, 2ª Turma, julg. 22/11/2005.

Uma vez comprovada a inércia do Poder Público, esta ofende os próprios princípios constitucionais, impedindo a aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental inibindo, também, o alcance de seu principal objetivo, qual seja garantir a dignidade da pessoa humana substrato de todo e qualquer direito fundamental.

E, nas palavras do célebre Celso Antônio Bandeira de Mello:

O respeito à dignidade humana, estampado entre os fundamentos da República no art. 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.⁴⁶

Exige-se uma postura ativa do Estado no sentido de garantir a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais, especialmente os de cunho social. As normas da Constituição devem ser interpretadas de maneira harmônica, concedendo ao seu texto a maior eficiência possível sempre atuando o legislador e o intérprete de maneira a buscar a melhor concretização dos direitos assegurados à sociedade.

⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, A Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, p. 36.

3. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1. Direito à saúde: conceito

O direito à saúde pertence à segunda geração dos direitos fundamentais do homem, os denominados direitos de igualdade, é, portanto, um direito a uma prestação positiva que o indivíduo possui e que deve ser prestado pelo Estado.

Para Walber de Moura Agra o direito á saúde:

se classifica como um direito de segunda dimensão, pois evolui da concepção individualista restrita dos direitos de primeira dimensão para uma concepção plurissubjetiva, focada no social, em que a atuação dos entes estatais se mostra imprescindível.⁴⁷

A saúde não se define apenas como a ausência total de doenças. Segundo determina a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS):⁴⁸

⁴⁷ Walber de Moura Agra, *Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, nº 8, p. 139.

⁴⁸ Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> > .

Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença e enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Corroborando com esta ideia, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 definiu o direito à saúde em seu artigo 12, a seguir transcrito:

1. *Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.*
2. *As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:*
 - a) *a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;*
 - b) *a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;*
 - c) *a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;*
 - d) *a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.*

Percebe-se que no presente Pacto a saúde também não é considerada apenas em seu aspecto curativo, mas também em seu aspecto preventivo, devendo ter como característica a universalização do seu atendimento.

Trata-se de um conceito amplo, com um objetivo que muitos dizem impossível de ser alcançado, a ausência total de doenças seria, na verdade, uma utopia. O que existiriam nas palavras de Fernando Aith seriam:

diferentes tipos de representações da saúde, que variam conforme cada realidade social e conforme cada vivência individual (...) Assim, a concepção individual de saúde vem acompanhada de sua dimensão pública e coletiva. O Estado passa a ocupar-se de aspectos da vida das pessoas que podem afetar a saúde pública, regulando comportamentos e impondo regras de conduta para assegurar a saúde individual e coletiva das comunidades.⁴⁹

A Constituição de 1988 foi a primeira a trazer a saúde como um direito fundamental e, quando tutela como direito social o bem jurídico saúde em seu art. 6º está, igualmente, assumindo uma finalidade a ser atingido pelo Estado.

A saúde foi incluída pelo legislador constituinte no Título VIII denominado “Da Ordem Social”, dentro do Capítulo II “Da Seguridade Social”, prescrevendo o artigo 194 que *A seguridade social 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 seguridade social é o instrumento utilizado para alcançar a justiça social, dessa forma aquele que precisa, poderá pedir ao Estado as prestações que lhe são cabíveis para existir com dignidade, constituindo aquilo que se convencionou denominar mínimo vital ou mínimo existencial.

Na compreensão de Uadi Lammêgo Bulos a seguridade social é:

⁴⁹ Fernando Aith, *Curso de Direito Sanitário. A proteção do direito à saúde no Brasil*, p. 44 e 45.

o conjunto de medidas, providências, normas e enunciados que visam ensejar ao corpo social e a cada indivíduo, tomado de per si, o maior grau possível de garantia, sob os aspectos econômico, social, cultural, moral e recreativo.

Na função de estimular ações sociais, os agentes político-governamentais intentam assegurar o exercício dos direitos à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social* (grifo do autor).⁵⁰

O direito à saúde é uma conseqüência natural do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode existir vida digna sem que esta seja, também, saudável. Nossa Constituição se encontra em perfeita harmonia com o conceito da OMS que traz a saúde como garantia da qualidade de vida, da mesma forma, que assegura o desenvolvimento humano em toda sua capacidade intelectual, cultural e física,

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a saúde possui uma dupla fundamentalidade de que se revestem todos os direitos fundamentais.⁵¹ A primeira seria a fundamentalidade formal ligada ao direito constitucional positivo, ou seja, na nossa Constituição, os direitos fundamentais estão escritos e encontram-se no ápice de todo ordenamento jurídico (incluindo aí os direitos sociais, logo, também o direito à saúde). Estão submetidos aos limites formais e materiais para reforma (são cláusulas pétreas) e são imediatamente aplicáveis, como informa o art. 5º, §1º vinculando entidades estatais e particulares.

A segunda fundamentalidade refere-se ao sentido material que está ligado a relevância do bem jurídico tutelado – no caso a saúde – que, sem dúvida, tem importância inquestionável. Uma ordem jurídica que protege o direito à vida assegurando, da mesma forma, a integridade física também protege o direito à saúde.

⁵⁰ Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 1376.

⁵¹ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, nº 10, p. 3.

Na concepção de Uadi Lammêgo Bulos a saúde vem acompanhada da nutrição que trata do “complexo processo que vai da produção de alimentos até a absorção qualitativa e quantitativa indispensáveis à vida humana”.⁵²

Enuncia a Constituição Federal no 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.*

Pode-se perceber que nossa lei Fundamental definiu a saúde como um dever a ser cumprido pelo Estado e, compatível com os documentos internacionais, não se trata apenas da ausência de doenças, mas também de sua prevenção, recuperação, bem como de todas as medidas necessárias para que os serviços de saúde cheguem a quem deles necessitem.

Na lição de Wagner Balera:

O tom imperativo do preceito nos dá conta da amplitude do tema e do conceito ali expendido: há um direito que é de ‘todos’ e um dever que incumbe ao Estado. Nessa relação entre sociedade (todos nós) e Estado surge, pois, um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa, sob pretexto algum.⁵³

Conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez declarado no RE 393.175/RS de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, julgado em 12/12/2006:

⁵² Uadi Lammêgo Bulos, op. cit., p. 1378.

⁵³ Wagner Balera, *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, p. 74.

EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.** O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O direito à saúde consiste em dever do Estado e dizer que o art. 196 da CF/88 é uma simples norma programática seria negar a própria força normativa da Constituição.

E, para que a saúde atinja todos é necessário implantar políticas públicas com vistas ao combate de epidemias, cuidados básicos e proteção e recuperação de

doentes, alimentação, saneamento ambiental, nutrição e higiene. Tudo isto para o bem-estar de toda população. Haveria, pois, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

O direito à saúde pode ser compreendido tanto como um direito de defesa, pois impede que seu titular sofra ameaças à sua saúde tanto pelo Estado quanto por outros particulares, como também pode ser compreendido como um direito a prestação, onde se pressupõe a realização de ações por parte do Estado que assegurem a concretização do direito.

Na percepção de Walber de Moura Agra:

O direito à saúde, garantido constitucionalmente, instiga o Estado ao cumprimento das demandas que possam propiciar aos cidadãos uma vida sem nenhum comprometimento que afete seu equilíbrio físico ou mental. Sua extensão de incidência é muito ampla, já que engloba todas as medidas que protegem a integridade da pessoa humana. Portanto, exige medidas de caráter preventivo, com o objetivo de impedir o surgimento de doenças, e medidas de caráter recuperativo, visando restabelecer o bem-estar da população.⁵⁴

Pelo artigo 197 da Carta Magna 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.

Os serviços de saúde são os únicos explicitamente considerados como sendo de relevância pública pela Constituição. Wagner Balera leciona: “As ações e

⁵⁴ Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 138.

serviços de saúde são relevantes, pois, representam uma via através da qual pode ser atingido o bem-estar coletivo, máximo postulado da ordem social (art.193)”.⁵⁵

Sendo a saúde um direito de todos e dever do Estado (em todas as suas esferas políticas, União, Estados, Municípios e Distrito Federal) este deverá proporcionar o acesso de todos, conforme ordena a Constituição, e caso isto não ocorra, por tratar-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, aquele que necessita dos serviços de saúde, pode ser sujeito ativo de uma demanda no Poder Judiciário e este poderá ordenar o atendimento da disposição constitucional.

Concluindo, importa observar que a Constituição instituiu a saúde como um direito universal estando destinado tanto aos brasileiros, como também aos estrangeiros residentes no País. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo afirmam que, ainda que ausente uma expressa previsão constitucional neste sentido, é elementar que a saúde seja de titularidade universal, por ter direta ligação com o direito à vida e à integridade física e corporal, e estes por sua própria natureza são direitos universais.⁵⁶

3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui valor supremo da democracia e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), sendo também núcleo dos direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que primeiro erigiu a dignidade humana ao patamar de direito

⁵⁵ Wagner Balera, op. cit., p. 75.

⁵⁶ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, p. 40.

fundamental, quando afirmou ser ela inviolável, e seu respeito e proteção caberiam a todos os poderes estatais.⁵⁷

Consiste em um valor que foi transformado em princípio normativo no texto da Constituição de 1988 e compreende dois conceitos fundamentais que revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade.

Segundo a filosofia de Emmanuel Kant o homem é um fim em si mesmo por ser racional. José Afonso da Silva continua sua explanação fazendo referência a filosofia kantiana para afirmar que seres humanos e, portanto, racionais estão submetidos à lei, e cada um não deve tratar o outro como meio, mas sempre como fim em si. O homem não é uma coisa, não têm um valor relativo e condicionado. Desconsiderar uma pessoa é, em última análise, desconsiderar a si mesmo. Continua o ilustre doutrinador:

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano.⁵⁸

O conteúdo jurídico da dignidade humana está diretamente relacionado com os direitos fundamentais, e, nas palavras de Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou:

O princípio da dignidade da pessoa humana se perfaz em elemento fundante e informador dos direitos humanos fundamentais, o que, aliás, condiz com sua função de princípio fundamental. De outro lado,

⁵⁷ Cf. José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 144.

⁵⁸ José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, op. cit., p. 144.

os direitos humanos constituem concretizações e desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁹

No entender de Vidal Serrano Nunes Júnior:

Como valor absoluto, a noção de dignidade há de integrar o núcleo irreduzível de qualquer direito predisposto à proteção do ser humano. Desse modo, a noção de dignidade não pode ficar adscrita à autodeterminação, pois por ser valor absoluto, que não deve ser mitigado frente a outros interesses, a dignidade deve ser preservada também por ação positiva, quer frente ao Estado, quer frente a particulares.⁶⁰

José Afonso da Silva lembra, citando entendimento de Canotilho e Vital Moreira, que o sentido da dignidade humana não pode ser invocado apenas para a defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se dos direitos sociais e ignorando-a quando se trata de “garantir as bases da existência humana”.⁶¹

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto e intrínseco ao ser humano, ela é o núcleo que rege todo ordenamento jurídico pátrio e, com isso todos os direitos fundamentais. De acordo com Vidal Serrano Nunes Junior ela “constitui aquele mínimo irremissível inerente a qualquer direito fundamental, inclusive os sociais, neste ponto, consubstanciados no chamado mínimo vital”.⁶²

Significa dizer que qualquer direito, inclusive os sociais, devem ser interpretados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Celso De Mello em decisão monocrática no HC 100.574/MG reafirmou o entendimento do STF de que o

⁵⁹ Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou, *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática*, p. 36.

⁶⁰ Vidal Serrano Nunes Júnior, op. cit., p. 112

⁶¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 105.

⁶² Vidal Serrano Nunes Júnior, op. cit., p. 114.

postulado da dignidade humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e, traduz de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.⁶³

Ora o direito à saúde nada mais é do que um direito que as pessoas têm a uma vida digna. Não existe vida digna e com qualidade sem saúde. É um direito que decorre tanto do direito a vida, quanto do princípio da proteção da dignidade humana e, a possibilidade de ser exigido em juízo emana, precisamente, dessa estreita relação, sendo certo que a violação do direito à saúde é, conseqüentemente, uma violação à própria dignidade humana.

3.3. O mínimo existencial

O mínimo existencial engloba o conjunto de direitos fundamentais do homem sem o qual a dignidade humana não seria possível e nem realizável. Um não existe sem o outro.

Tanto estão correlacionados que, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana reclama condições mínimas de existência, uma existência íntegra capaz de atingir a justiça social, objetivo da Ordem Social constitucional.

A garantia deste mínimo surgiu exatamente devido à dificuldade na efetivação dos direitos sociais, uma vez que os Estados se utilizavam do argumento da falta de recursos financeiros para não concretizar tais direitos.

⁶³ STF – HC 100.574 MC / MG – julg. 10/09/2009.

Ora, para a efetiva implementação dos direitos sociais, é necessário que o Estado gaste dinheiro que deve ser arrecadado mediante a tributação feita aos seus cidadãos. O gasto deste dinheiro deve ser com a concretização dos direitos fundamentais e objetivos firmados na ordem constitucional, garantindo a todos a realização das necessidades sociais e a consagração de um mínimo essencial de dignidade e cidadania.

O mínimo existencial, denominado por alguns autores de mínimo vital não foi garantido expressamente na Constituição de 1988, mas, também se constitui em um direito fundamental que decorre do Estado Social e da proteção dada à vida humana e sua à integridade física e mental. Seriam as condições mínimas de existência humana digna, exigindo para este fim a realização de prestações positivas por parte do Estado.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45 de relatoria do Ministro Celso de Mello assegurou que, diante da omissão estatal para garantir condições materiais mínimas de existência digna, o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir de modo a viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁶⁴

O mínimo existencial inicialmente inclui um atendimento básico e eficiente à saúde e também o acesso aos medicamentos que curam e previnem doenças, o acesso a alimentação e educação, ainda que somente de primeiro grau, conforme a Constituição, e também o acesso a moradia.

Luís Roberto Barroso afirma que o mínimo existencial é um dos elementos que compõe os direitos fundamentais, junto com a liberdade e a igualdade e o

⁶⁴ Informativo do STF nº 345.

conceitua como “todas as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.⁶⁵

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 traz uma noção de mínimo existencial quando proclama em seu artigo 11: *Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.*

A violação do mínimo existencial consiste em violação ao princípio da dignidade humana, por isso, constitui violação à própria Constituição, dessa forma pode-se exigir perante o Poder Judiciário que este conceda a quem precisa a prestação que o Estado se esquivou em fornecer.

Em seu voto na ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI) nº 3678/DF, a Ministra Carmen Lúcia, em decisão monocrática, defende que o mínimo existencial é o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais os direitos constitucionais, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais, ficariam sem conteúdo próprio. O princípio da dignidade humana vincula todos os poderes públicos que não podem lhe negar a existência ou deixar de assegurar sua efetivação.⁶⁶

⁶⁵ Luís Roberto Barroso, *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, p. 10. Disponível em <www.migalhas.com.br>.

⁶⁶ ADI 3678/DF – Relator Min. CELSO DE MELLO – Julg. 11/05/2006

O mínimo existencial seria uma exigência lógica do princípio da dignidade humana, portanto, pode ser objeto de apreciação judicial, uma vez que exige do Estado prestações que assegurem esses pressupostos materiais mínimos que visam à preservação da vida e a inclusão social.

É com base na existência do mínimo existencial que vêm aumentando no Judiciário, ações visando concretizar direitos sociais e, portanto, também a concretização do direito à saúde, em fenômeno que se tem denominado de judicialização da saúde. Nesses casos o judiciário acaba por substituir o administrador público instituindo políticas de saúde, ou obrigando que a administração forneça o medicamento necessário para que o paciente volte a ter vida saudável com base no mínimo existencial, e com isso respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale recordar que o mínimo existencial não é apenas o necessário para que o ser humano sobreviva, é aquilo necessário para haja um completo desenvolvimento físico, social e cultural da pessoa para que ela possa atingir todo seu potencial retomando, assim, o próprio conceito de saúde.

A ideia de mínimo existencial pode, ainda, variar de acordo com a sociedade e segundo o período histórico que se está vivenciando, pois, o que hoje é considerado mínimo antes poderia ser excedente. É uma noção que se conforma ao contexto social.

No campo do direito à saúde, na visão de Mariana Filchtiner Figueiredo, atividades mínimas de saúde seriam os Cuidados Primários de Saúde⁶⁷, definidos pela OMS na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde,

⁶⁷ Mariana Filchtiner Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 208.

realizada em Alma-Ata em 1978, como sendo *cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país pode manter em cada fase de seu desenvolvimento.*⁶⁸

Mas, ressalta a autora que:

o reconhecimento de prestações materiais originárias mínimas em saúde não dispensa o sujeito passivo, Estado ou particular, do dever de direcionar esforços para a consolidação da máxima efetividade possível do direito – o que em termos práticos, importa no oferecimento de prestações que excedam o mínimo, sempre que isso seja viável.⁶⁹

Contudo, com esta assertiva volta-se ao problema do limite da exigibilidade do direito à saúde, até que ponto o Estado é obrigado a custear o tratamento de quem necessita? Tentaremos responder a esta pergunta no capítulo seguinte.

3.4. O sistema único de saúde

O modo como a Constituição de 1988 encontrou para dar acesso a todos aos serviços de saúde como garante o art. 196 foi criando o sistema único de saúde, o SUS, definindo que a assistência à saúde é de responsabilidade solidária de todos os entes federativos, sendo uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde. O SUS é a forma instituída pelo Estado brasileiro para garantir o direito à saúde.

⁶⁸ Disponível em <<http://www.opas.org.br/coletiva/uploadArq/Alma-Ata.pdf>>.

⁶⁹ Mariana Filchtiner Figueiredo, op. cit., p. 209.

No ensinamento de Mônica de Almeida Magalhães Serrano o SUS “como instrumento concretizador do direito à saúde, logrou alcançar a estruturação completa, solidamente fincada sob os princípios consagrados pela própria Constituição Federal, com destaque ao acesso universal e igualitário”.⁷⁰

Não há necessidade de qualquer contribuição para ser atendido pelo SUS, daí o respeito ao princípio do acesso universal e igualitário.

Wagner Balera lecionou em 1989, um ano após a promulgação da Constituição:

Com base nos recursos disponíveis e nas prioridades traçadas pelo legislador, os organismos integrantes do sistema único deverão montar uma rede de proteção sanitária integral que possibilite – nos preciso termos constitucionais – acesso universal e igualitário a essa organização. Essa rede de proteção sanitária há de ser regionalizada, pois cada esfera possui peculiares necessidades, na área, e não se trata, por certo, de uma simples divisão aritmética dos recursos disponíveis, mas de real estruturação de programas de atendimento à população.⁷¹

Na lição de José Afonso da Silva:

O *sistema único de saúde*, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde quem tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo.⁷²

⁷⁰ Mônica de Almeida Magalhães Serrano, op. cit., p. 72.

⁷¹ Wagner Balera, op. cit., p. 77.

⁷² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 811.

Serviços e ações de saúde, de acordo com o art. 198 da Lei Maior constituem uma rede regionalizada e hierarquizada e devem obedecer as seguintes diretrizes específicas: descentralização, com direção única em cada esfera do governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade, além dos demais princípios gerais estabelecidos na Constituição.

A lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) foi editada para regulamentar as diretrizes constitucionais, dispondo sobre a organização e o funcionamento dos serviços e ações de saúde.

Descentralização com direção única em cada esfera e governo significa dizer que em cada ente federativo o SUS deverá ser organizado pelo órgão responsável pela saúde, ou seja, na União o responsável é o Ministério da Saúde, a quem compete a direção da política nacional de saúde, e nos Estados, Distrito Federal e Municípios compete a secretaria da saúde ou órgão equivalente coordenar o SUS.

Descentralização é a indicação constitucional de que todos os entes federativos estão obrigados a atender a saúde, mas, também deverá existir um processo de municipalização. O município é o ente que está mais próximo da realidade de um determinado local, podendo elaborar estratégias adequadas de acordo com interesses e particularidades de sua região. Deste modo, o sistema é único em sua estrutura, mas conta com diversos níveis de atuação.

Trata-se de um processo dinâmico, o Município deverá, paulatinamente, receber a gestão das ações e serviços de saúde, no entanto caso não cumpra o atendimento ou não cumpra com qualidade, o Estado poderá retomar a gestão das atividades mediante providências administrativas especificadas pela lei do SUS.

Vale observar que, ainda que a esfera cumpra com excelência suas atribuições, isto não significa que os demais entes possam se afastar de suas obrigações. Ao instituir um sistema único a Constituição trouxe uma responsabilidade solidária e permanente entre todos os entes federativos.⁷³

Importa mencionar, além disso, que o disposto no art. 23, II da Lei Maior afirma ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública e proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Isso significa que todos os entes federativos são responsáveis pelas ações e serviços de saúde.

O inciso II traz o princípio do atendimento integral que significa dizer que toda a população deve ter acesso aos serviços e saúde, sem ser exigida qualquer espécie de contribuição, como ocorre com a previdência social. O atendimento é gratuito para todos, independente de classe social, raça, nacionalidade, etc.

O Estado é obrigado a fornecer ações preventivas contra doenças, porém, quando o indivíduo é acometido por uma doença, também compete ao Estado como preleciona Fernando Aith “oferecer atendimento integral, ou seja, todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, dentro do estágio de avanço do conhecimento científico existente”.⁷⁴

Finalmente o inciso III dispõe sobre a participação da comunidade que poderá ajudar o Poder Público a definir programas e serviços de saúde mais necessários, a comunidade pode ajudar o administrador para que este, conhecendo melhor a realidade social, possa adequar as medidas de saúde. Como explicita Wagner Balera:

⁷³ Cf. Mônica de Almeida Magalhães Serrano, op. cit., p. 79.

⁷⁴ Fernando Aith, op. cit., 357.

O povo conhece, como ninguém, os seus próprios problemas e, chamado a participar, mostrará suas necessidades e proporá soluções para elas. Como usuária e agente, a comunidade poderá exigir um atendimento médico mais humano e personalizado, onde o paciente não seja objeto de menosprezo e sim tratado na sua condição de sujeito de direitos. De outra parte, a comunidade poderá vir a ser melhor instruída, pelos técnicos, a respeito de cuidados básicos de higiene e saúde.⁷⁵

Por fim, dispõe o art. 199 da CF que a assistência á saúde é livre à iniciativa privada, no entanto, por ser único o sistema de saúde, a iniciativa privada também deverá obedecer a suas diretrizes e princípios, observadas as particularidades de uma relação privada. Mas, entidades privadas não podem substituir o Estado que deve sempre fornecer o atendimento gratuito.

As instituições privadas poderão atuar de maneira complementar ou complementar ao SUS. Será complementar quando a atividade for desenvolvida exclusivamente na esfera privada. E será complementar quando a instituição privada atuar seguindo as diretrizes do SUS, por meio de convênios ou contratos de direito público, sendo dada preferência às entidades sem fins lucrativos, principalmente de natureza filantrópica. Neste segundo caso a entidade passa a fazer parte do sistema SUS.

⁷⁵ Wagner Balera, op. cit., p. 82.

4. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

4.1. A reserva do possível

Para que o Estado forneça os direitos previstos constitucionalmente existe um custo. E, no caso dos direitos sociais, esse custo varia de acordo com o indivíduo e suas necessidades, por exemplo, algumas doenças são mais facilmente tratadas do que outras que exigem um tratamento longo e mais oneroso.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo asseveram que:

a efetiva realização das prestações (*dos direitos sociais*) reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo em ultima análise da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.⁷⁶

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha e, segundo esta teoria, a efetiva prestação dos direitos sociais estaria diretamente relacionada à capacidade financeira dos recursos disponíveis pelo Estado. Sendo assim, há quem afirme que os direitos sociais por dependerem dessa disponibilidade financeira,

⁷⁶ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, op.cit., p. 28.

estariam sujeitos a discricionariedade do administrador que poderia escolher onde alocar os recursos. Afinal não se poderia exigir do Estado que forneça prestações irrazoáveis.

Ainda no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo a reserva do possível teria uma dimensão tríplice: a) a disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica tanto de recursos humanos quanto materiais ligados à distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas, administrativas, entre outras; c) o problema da proporcionalidade da prestação, principalmente no que se refere a exigibilidade e razoabilidade.⁷⁷

É sabido que a ordem econômica tem como característica a escassez de recursos, por esta razão, estes precisam ser aplicados de maneira ordenada, estabelecendo-se critérios para tanto, é aqui que entram os orçamentos públicos, cada administrador, seguindo as diretrizes constitucionais, deverá estabelecer a quantidade de recursos para cada política pública, de acordo com o que lhe parece necessário.

A teoria da reserva do possível, conforme Walber de Moura Agra, quando utilizada para impedir que os recursos públicos sejam empregados de maneira temerária é válida, mas será desprezível quando utilizada para diminuir a concretização dos direitos fundamentais. Afirma o autor:

Considerando que os direitos sociais, como todos os demais, apresentam um custo, a teoria da reserva do possível se torna imperiosa quando ela é utilizada para a indicação dos recursos disponíveis, da infraestrutura organizacional disponível e da

⁷⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), op.cit., p. 30.

capacidade técnica e operacional disponibilizadas. Concebendo-a com essa finalidade, ela se apresenta como um instrumental de grande utilidade para a concretização dos direitos sociais.⁷⁸

Tal teoria na compreensão de Vidal Serrano Nunes Junior:

parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingêntos, oriundos da escassez de recursos pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto.⁷⁹

No que se refere à saúde, esta terá um custo (como qualquer outro direito social) dependendo do tipo de ação/tratamento que se pretende realizar no caso concreto. Sendo assim, será necessário fazer algumas estatísticas para que se possa atender àquilo que geralmente ocorre.

Uma das formas mais importantes de atuação estatal na garantia do direito à saúde é o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, é elaborada uma lista de medicamentos que serão fornecidos pelo SUS a todo aquele que precisar.

A demanda para o fornecimento de medicamentos vem aumentando cada vez mais, e com o aumento da expectativa de vida e o aprimoramento das técnicas terapêuticas, nem sempre o SUS tem o remédio desejado na lista de medicamentos fornecidos. Isso gera a grande demanda no Judiciário em busca de medicamentos, é um fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da saúde, e que leva as pessoas a buscar no Poder Judiciário aquilo que não conseguem obter na via administrativa do SUS.

⁷⁸ Walber de Moura Agra, op. cit., p. 145.

⁷⁹ Vidal Serrano Nunes Junior, op. cit., p. 172.

As respostas apresentadas pelo Judiciário a essas demandas vêm sendo positivas, no sentido do fornecimento obrigatório pelo Estado dos remédios que o paciente necessita. Os magistrados encontrando-se diante de uma situação em que há risco do requerente perder a saúde ou até mesmo a vida garantem o medicamento, pois o direito à vida é o princípio mais importante que deve ser respeitado. E a vida sem saúde não é digna. Na ponderação entre vida e orçamento público os juízes, como qualquer ser humano consideram a primeira opção a mais importante.

É verdade que as prestações de saúde pública (assim todo e qualquer direito social, *v.g.* a educação) têm vinculação com o orçamento e a capacidade de recursos financeiros dos Estados. No entanto, parece imoral considerar o custo de um tratamento para a recuperação de um doente enquanto este vai perdendo a sua saúde, mas, para alguns autores este fato não poderia ser deixado de lado, pois, conforme a medicina avança, os tratamentos ficam mais complexos e dispendiosos.

Dentre estes autores faz-se referência a Gustavo Amaral e Danielle Melo no texto “Há direitos acima dos orçamentos?”⁸⁰ que afirmam que a tendência jurisprudencial nos nossos tribunais superiores é a de considerar a vida um direito superior que não poderia ser confrontado com “questões menores” como os orçamentos.

Afirmam os autores que a defesa da vida é feita não apenas no campo farmacológico com o Estado fornecendo medicamentos, mas também no campo das políticas públicas como prevenção da violência urbana, o atendimento em hospitais e citam, até mesmo, o caos aéreo. Alegam que nestes campos a atuação judicial se mostra tímida e de pouco resultado no caso concreto.

⁸⁰ *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org), *op.cit.*, p. 87.

Declararam que, especialmente no campo da saúde, não se pode negar que a escassez de recursos é uma característica que não pode ser desprezada, oferecer tudo a todos terá um custo extremamente elevado.

No atendimento ao direito à saúde, dentro da ideia de escassez estaria contida também a ideia do *trade-off*, que, em tradução dos próprios autores, consistiria na escolha sobre o que atender e o que não atender. Afirmam:

Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas o compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém-nascidos.⁸¹

Ao alocar recursos somente para o fornecimento de medicamentos o Estado deixa de lado outras políticas públicas e sociais, também necessárias para o aumento da qualidade de vida de toda sua população e não apenas de um indivíduo.

A solução, segundo Gustavo Amaral e Danielle Melo seria o respeito aos orçamentos, que como ato administrativo que é também respeita os princípios constitucionais a eles impostos, como o contraditório e a eficiência da Administração Pública. O orçamento teria sua própria dignidade e não poderia ser tratado como uma questão menor. Discorrem os autores:

afirmar que alguém tem direito de receber dada prestação do Estado sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias

⁸¹Gustavo Amaral e Danielle Melo. Há direitos acima dos orçamentos? *In*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org), op.cit., p. 101.

constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores aos seus vencimentos. Afirmar um “direito ilimitado” que deve ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais.⁸²

Com todo o respeito a esta posição entende-se que ela não pode ser aceita. O fato é que cabe ao Estado realizar os direitos sociais previstos constitucionalmente, apesar das limitações de caráter financeiro. É dever do Estado garantir a existência digna de seus cidadãos dando-lhes, ao menos, as condições mínimas para tanto. As diretrizes políticas deverão ser traçadas de acordo com as prioridades do Estado, sempre tendo como objetivo principal o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Conforme explica Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

O problema da escassez dos recursos públicos está ligado a vários outros fatores sociais e políticos e não especificamente a ilimitabilidade das necessidades sociais.

Neste sentido, fenômenos como a corrupção, execução orçamentária desconectada com o planejamento, má uso das receitas públicas, bem como a falta de controle efetivo e fiscalização da gestão pública possam estar solapando as receitas públicas.⁸³

Para Vidal Serrano Nunes Junior a limitação trazida pela teoria da reserva do possível só poderia ser aplicada quando atendidas certas condições. São elas: a) mínimo vital deve estar satisfeito com acesso à saúde, educação básica, etc; b) o Estado deve comprovar que tem gestões significativas para a realização do direito social reclamado; e finalmente c) a razoabilidade da demanda.⁸⁴

⁸² Gustavo Amaral e Danielle Melo. Há direitos acima dos orçamentos? *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org), op.cit., p 104.

⁸³ Mônica de Almeida Magalhães Serrano, op. cit., p. 111.

⁸⁴ Idem, p. 175.

No mais é sabido que a verba destinada a programas e serviços de saúde é muitas vezes mal utilizada pelos gestores públicos. Em auditoria realizada pelo Ministério da Saúde foi constatado que, no ano de 2007, muitos estados não cumprem com a determinação constitucional de destinar 12% da verba pública para o sistema único de saúde. O estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, aplicou apenas 3,75%, São Paulo destinou 11,75%, quase o limite mínimo, mas ainda assim, abaixo dele. A verba da saúde em alguns estados foi utilizada para pagar, por exemplo, a farda de militares, a alimentação de presidiários e programas sociais do estilo bolsa-família. O problema é que não há punição para quem desrespeita a norma. Ao final do ano de 2007 esses desvios retiraram da saúde um total de R\$3,6 bilhões de reais, dinheiro suficiente para sustentar o programa brasileiro de AIDS por quase três anos.⁸⁵

Pelos motivos expostos é que a teoria reserva do possível não pode ser casualmente utilizada para impedir a efetivação dos direitos fundamentais, ela não pode ser alegada injustificadamente. Compete ao Estado comprovar a real falta de recursos que, de fato, impedem que a prestação jurisdicional concedida pelo Judiciário seja concretizada. Apenas o argumento de defesa de que não existem recursos estatais suficientes não é fundamento para negar um medicamento em juízo.

A reserva do possível não pode, nunca, servir de limitação ao direito à saúde, bem como a outros direitos fundamentais que podem ser exigidos imediatamente em juízo e que compõe o mínimo existencial que visa garantir a existência humana com dignidade.

4.2. O bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de medicamentos

⁸⁵ Ricardo Westin. Verba da saúde paga almoço de preso e farda. Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. São Paulo: 14/09/09.

Fernando Facury Scaff no texto “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível” denomina de “sentença aditiva” aquela que implica em aumento dos custos para o Estado, é a que determina a implementação de um direito social que não foi originalmente previsto no orçamento.⁸⁶ Esse direito social já era previsto em lei ou na Constituição, porém não havia sido executado pelo Poder Público.

Em inúmeras decisões concessivas de medicamentos, os juízes têm determinado penalidades caso haja descumprimento pelo Estado, inclusive determinando o seqüestro imediato de verbas públicas para alcançar a efetivação da decisão.

O pagamento feito pelo Estado é realizado através dos precatórios pagos seguindo uma ordem cronológica, como dispõe o artigo 100 da CF, mas, a partir da Emenda Constitucional n. 37/2002 que acrescentou o artigo 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determinou-se que quantias de pequeno valor poderiam ser pagas independentemente de precatórios, sendo, inclusive, entregues por ato decisório do Poder Judiciário.

Neste caso, são consideradas de pequeno valor as quantias que não ultrapassem quarenta salários mínimos perante a Fazenda dos Estados e Distrito Federal, ou trinta salários mínimos perante a Fazenda dos Municípios. Ultrapassando estes valores deverá entrar na lista normal dos precatórios.

A sentença que determina o bloqueio de verbas públicas com o consequente desembolso imediato dos valores necessários para concretizar o direito à saúde de um indivíduo é, na opinião de Fernando Facury Scaff:

⁸⁶ *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), op.cit., p. 149.

a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas.⁸⁷

O ideal seria que, este tipo de decisão ocorresse de maneira excepcional e, não usual, como vem acontecendo. Sem contar o fato que muitas dessas decisões ocorrem em sede de liminar e não de mérito, o que dependendo do desenrolar do caso, pode ser extremamente difícil de reverter. Para alguns o exercício de um direito social que beneficia apenas um indivíduo não foi aplicado de maneira adequada, pois, direitos sociais devem atingir a todos.

Ora, sabe-se que a lista dos precatórios caminha devagar, se a pessoa que está doente é necessitando urgente de um remédio tiver que aguardar sua vez para receber do Estado o dinheiro necessário para adquirir o medicamento, a probabilidade de seu quadro clínico ter se agravado é muito grande, dependendo do caso há chances, inclusive, de morte do doente. Como podem os juízes obrigar os doentes a esperar para serem curados, não há preservação da vida e dignidade humana nessa espera.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo ser possível que em ações de medicamentos não seja seguida a ordem dos precatórios, cita-se como exemplo, uma decisão do Ministro Ricardo Lewandowski no AI-AgR 553.712-4/RS, julgado em 19/05/2009, para quem a disciplina do art. 100 da CF tem aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não foi o caso na ação que visa à obtenção de medicamentos, não se aplicaria o referido dispositivo e nem há inconstitucionalidade na decisão. Existe, sim, a possibilidade do bloqueio valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoa hipossuficiente.

⁸⁷ *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), *op.cit.*, p. 159.

Em outra decisão, dessa vez da Ministra Cármen Lúcia no AI 724.824/RS, julgado em 10/09/2008, a Ministra afirma ser viável deferir o bloqueio de valores do Estado para aparelhar de forma mais efetiva o direito à saúde. E, afirma que a jurisprudência dominante no STF já se firmou no sentido de que não contraria o art. 100 da CF a determinação judicial de fornecimento de medicamentos, pelos entes federados, a pacientes carentes, sob pena de bloqueio de verbas públicas.

Mas, pergunta-se o Estado é obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento devido a uma decisão judicial?

Atualmente existe uma lista de quais medicamentos estão disponíveis nas unidades de atendimento de saúde. Quando o medicamento faz parte da lista, pode ter ocorrido uma falha administrativa na garantia ao acesso ao medicamento, ou ainda o paciente não tinha conhecimento de que o medicamento que precisava lhe era disponibilizado pelo Estado. A solução do caso se torna mais simples, e o Estado cumpre a decisão, fornecendo o medicamento sem qualquer custo extra.

Todavia como proceder quando o medicamento solicitado não se encontra nesta lista, quais seriam os requisitos para concedê-lo?

Em recente decisão o Ministro Gilmar Mendes, baseado na audiência pública sobre saúde ocorrida no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009, o então presidente afirmou que é necessário analisar se existe uma política pública destinada à saúde que a parte pleiteia. Ao deferir uma prestação em uma política que já existe, o Judiciário não estaria criando políticas públicas apenas determinando que seja cumprida.⁸⁸

⁸⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>.

Contudo, continua o Ministro, caso a prestação requerida pela parte não esteja dentre as políticas do SUS “é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa negativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”.

O Ministro observou, ainda, a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pois é ele quem atesta a segurança e o benefício do medicamento, além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada, uma vez que, em certos casos em que a prestação não é custeada pelo SUS porque se entendeu que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

É certo que os recursos da saúde são escassos e limitados em relação à demanda, mas as ações e decisões do Judiciário são sempre baseadas no fato de que a saúde e a vida são direitos fundamentais e que, portanto, o interesse financeiro do Estado é menor quando comparado com estes direitos. O problema da escassez e recursos fica em segundo plano e isso deve ser considerado.

Ainda na decisão, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que ao obrigar a rede pública fornecer toda e qualquer prestação de saúde, poderia causar grave lesão à ordem administrativa e acabaria por comprometer todo o sistema do SUS. Assim deve-se privilegiar sempre ao atendimento feito pelo SUS em detrimento de outro tratamento escolhido pelo paciente, sempre que não tenha sido comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde já existente.

Destacou o Ministro, porém, que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Judiciário, ou ainda a própria Administração, decidir que uma medida diferente daquela custeada pelo SUS possa ser fornecida ao requerente que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido pelo SUS não é

eficaz no seu caso. Há, inclusive, a possibilidade de que a lista de medicamentos seja periodicamente revisada. Portanto, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, sendo permitido sua contestação judicial.

No texto *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante*, os autores Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira afirmam que “enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir”.⁸⁹

No caso de tratamentos experimentais o SUS não é obrigado a fornecer os medicamentos, pois, estes não são fornecidos em mercado e ainda não tiveram sua eficácia devidamente comprovada, são pesquisas clínicas que seguem as normas das pesquisas médicas, portanto o Estado não é obrigado a fornecer este tipo de medicamento.

Talvez a solução adequada seja chegar a uma posição intermediária nem fornecer todo e qualquer medicamento, inclusive aqueles experimentais, nem simplesmente deixar de fornecê-los baseado exclusivamente na reserva do possível e na suposta falta de recursos financeiros pelos Estados.

Como ensina o distinto Ingo Wolfgang Sarlet:

Hoje mesmo, adeptos à judicialização reconhecem – eu pessoalmente sou um adepto à judicialização, todos sabem, quem acompanha a posição acadêmica – que é necessário superar a era

⁸⁹ In. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 52, n° 1, 2009, pp. 223 a 251.

dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as conseqüências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões.⁹⁰

Como não se pode negar por completo falta de recursos estatais, Ricardo Seibel de Freitas Lima no texto “Direito à saúde e critérios de aplicação” apresenta, como o próprio nome diz, critérios para garantir o direito à saúde.⁹¹

Primeiramente, deve-se assegurar que o tratamento a ser realizado seja feito em estabelecimentos nacionais, preferencialmente ligados ao SUS, não depositando dinheiro para tratamentos no estrangeiro.

Deve-se escolher medicamentos genéricos ou de baixo custo, sem a escolha de uma marca específica, o que violaria o princípio da igualdade perante os demais pacientes.

Também é importante assegurar que o requerente seja efetivamente carente de recursos e que seu medicamento não poderia ser suportado pelo orçamento familiar.

Por fim, recomenda que sejam seguidos os chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT – que estabelecem os critérios para diagnosticar cada tipo de doença e qual o tratamento a ser seguido. Sendo elaborado por

⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, por ocasião da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009 na área da saúde, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>.

⁹¹ *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), op.cit., p.280.

especialista, recomenda-se que os magistrados, ao decidirem, sigam essas diretrizes de maneira a impedir decisões em que o Estado é obrigado a custear tratamentos ou medicamentos experimentais ou de resultados duvidosos, ou ainda, evitando a realização de práticas proibidas no país.

Ricardo Seibel de Freitas Lima conclui:

Os protocolos são instrumentos para a aplicação racional e criteriosa do direito à saúde, em termos de acesso universal e igualitário, oferecendo uma forma de garantir este direito fundamental, ultrapassando o paradigma individualista que tem marcado o tema.⁹²

Fundamentando suas decisões seguindo estes requisitos, não importa se a decisão é favorável ou desfavorável à concessão do medicamento, o magistrado tem a certeza que cumpriu seu papel e respeitou todas as garantias constitucionais tanto asseguradas aos cidadãos quanto ao Estado.

⁹² *In.* Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.), *op.cit.*, p.281.

5. CONCLUSÃO

A questão a ser tratada quando se fala em acesso ao direito fundamental à saúde ao que parece, é de um sopesamento, onde juiz se vê forçado a decidir qual direito deve prevalecer, aparentemente se trata do conflito entre o direito à vida de uma pessoa doente ou a preservação do orçamento público.

A resposta pode parecer simples à primeira vista, mas não é, trata-se, na verdade, de um direito à vida de um e o direito à vida dos outros milhares que ficarão sem atendimento, pois o dinheiro que deveria ir para políticas de saúde de toda uma população está direcionado a apenas uma pessoa, cujo tratamento pode chegar a custar milhares de reais em apenas um mês. A solução não é fácil, nem sob o aspecto jurídico, nem sob o aspecto moral.

Ao se deparar com um caso em que uma pessoa precisa de um medicamento que custa muito, e não tem condições financeiras para pagar, e ajuíza ação para obtê-lo, o juiz estando diante de um ser humano, em uma situação com risco de morte, dificilmente consegue analisar a situação de um modo mais racional, o lado emocional acaba influenciando muito na decisão, que na maioria dos casos concede o pedido.

Compete aos órgãos do Poder Judiciário zelar pela efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, dentre os quais se inclui a saúde. Todos estes direitos estão diretamente ligados a preservação da dignidade do ser humano e, ao garantir sua concretização os magistrados evitam que esses direitos tornem-se apenas uma letra morta na Constituição, porém, devem cumprir este dever com a máxima responsabilidade.

O direito à saúde não é apenas uma norma programática como alguns podem sugerir, ele foi inserido na Constituição de 1988 e, por isso, deverá ser efetivado pelas autoridades responsáveis e, quando isto não acontece, em se tratando de um direito subjetivo público, deve ser dado às pessoas a possibilidade de exigir em juízo o seu cumprimento, porém, não se pode chegar a soluções extremas.

O administrador público deverá fornecer o mínimo necessário para que seus cidadãos tenham uma vida digna compatível com os padrões existentes na sociedade. E os direitos sociais exigem do Estado essa conduta positiva. No entanto, não pode o juiz conceder a prestação requerida sem pensar no todo, na situação financeira do Estado-réu quando existe uma ação de fornecimento de medicamentos, ao mesmo tempo em que este não poderá alegar a simples falta de recursos (reserva do possível) para requerer a improcedência da ação.

Ao negar um medicamento, o magistrado estará negando ao requerente o acesso ao direito à saúde, garantido constitucionalmente, e se apenas uma pessoa fica sem o atendimento da prestação estatal a quem tem direito, o objetivo fundamental da Constituição Federal de 1988 que é a garantia da vida e dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade justa e solidária não será atingido e isto é algo inaceitável.

O importante, como em qualquer decisão, é que esta seja tomada de maneira racional, o juiz não pode decidir com suas emoções apenas, é preciso chegar a um balanceamento perfeito entre a disponibilidade de recursos financeiros do Estado e a necessidade do doente. Mas a verdade é que ao se deparar com este tipo de caso, o juiz está muito mais próximo do ser humano doente, e trazer o argumento financeiro para negar um direito garantido constitucionalmente, parece ser imoral.

O direito à saúde deve ser garantido na forma determinada pela Constituição, garantindo o acesso de todos a serviços e políticas de saúde públicas, mas é necessário sua aplicação de maneira racional pelo intérprete da lei.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 08, pp. 131 – 150. Out/Dez 2008.

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin 2007.

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em 13 de out. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na história: origem e reforma – da revolução inglesa à crise no leste europeu*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade social e direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O poder constituinte*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In Emerson Garcia (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo. Atlas, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid, España: Tecnos, 2005.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo: teoria e prática*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *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, janeiro, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 05 de out. 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006.