



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL FELIPE QUIRINO PRENASSI

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

BARBACENA

2011

DANIEL FELIPE QUIRINO PRENASSI

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Antônio Américo Campos Júnior

BARBACENA

2011

Daniel Felipe Quirino Prenassi

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Antônio Américo Campos Júnior - Orientador
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em 16/12/2011

Dedico este trabalho a todos que contribuíram para a sua conclusão, especialmente aos meus pais e meu irmão, pela presença permanente. À Fernanda, pelo apoio; Ao Professor Antônio Américo Campos Júnior pelo valioso auxílio e compreensão.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por me conceder a cada dia tranquilidade, força e discernimento. Aos meus pais e ao meu irmão, que sempre me apoiaram de forma incondicional. A todos os professores, que me ensinaram a prática do Direito e serão sempre lembrados ao longo de meu caminho.

Tem fé no direito como melhor instrumento para a convivência humana; na justiça, como destino moral do direito; na paz, como substituto benevolente da justiça; e, sobretudo, tem fé na liberdade, sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz.

Eduardo Couture

RESUMO

O presente trabalho está direcionado a uma análise acerca da judicialização do acesso à saúde, com o objetivo de demonstrar os seus contornos, papel e importância no ordenamento jurídico, revestindo-se como um instrumento que dá vitalidade e força normativa à Constituição. Tratar-se-á do tema sob o enfoque normativo-constitucional vigente, procurando desvendar as questões polêmicas e propondo alternativas para que a saúde não fique em desamparo. Por meio do método de pesquisa bibliográfico, o trabalho revela quais os efeitos que os princípios jurídicos, notadamente os constitucionais, exercem no ordenamento jurídico. As demandas judiciais, no que tange à judicialização do acesso à saúde, mostram-se, quando excessivas, causadoras de grandes problemas ao Estado na formulação de suas políticas públicas, bem como na função jurisdicional inerente ao magistrado. Porém, constituem-se numa forma de efetivação dos direitos fundamentais. Um estudo mais aprofundado do tema permite visualizar as questões de maior voga no Direito Constitucional brasileiro atual, observando-se o grau de normatividade e efetividade das normas constitucionais, ensejando, por outro lado, a reflexão sobre a primazia que deve ser dada aos direitos fundamentais em toda política estatal, com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito fundamental. Constituição Federal de 1988. Direito à saúde.

ABSTRACT

This work is directed to an analysis concerning the legalization of access to health, in order to demonstrate its contours, role and importance in the legal system by coating itself as an instrument that gives vitality and normative force of the Constitution. Treat it will approach the topic from the legal-constitutional force, seeking to unveil the controversial issues and suggesting alternatives for health do not be helpless. Through the literature search method, the work reveals the effects that the legal principles, notably the constitutional law in the exercise. The lawsuits, regarding the legalization of access to care, show up, when excessive, causing great problems for the state in the formulation of public policies, and the civil jurisdictional inherent to the magistrate. However, constitute a form of enforcement of fundamental rights. Further study of the subject allows you to view the issues of greatest vogue in the current Brazilian constitutional law, observing the degree of normativity and effectiveness of constitutional norms, giving rise, on the other hand, the reflection on the primacy should be given to fundamental rights across state policy, with the core of human dignity.

Key words: Judicialization of health. Fundamental right. Federal Constitution of 1988. Right to health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CPC - Código de Processo Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

C.C/2002 - Código Civil de 2002

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

OMS - Organização Mundial da Saúde

MP - Ministério Público

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
2.2 Breve histórico em gerações (ou dimensões)	13
2.3 Direitos fundamentais de primeira geração	14
2.4 Direitos fundamentais de segunda geração	15
2.5 Direitos fundamentais de terceira geração	16
2.6 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	16
3 DIREITO À SAÚDE	19
3.1 Conceito de saúde	20
3.2. Direito à Saúde	22
3.2.1 Previsão do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988	23
3.3 Competências: legislativa e material	25
3.3.1 Competência legislativa	26
3.3.2 Competência material	28
3.4 O direito à saúde na legislação infraconstitucional	31
4 PRINCÍPIOS	34
4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial	34
4.2 Princípio da proporcionalidade	37
4.3 Princípio da reserva do possível	38

5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	42
5.1 Breve histórico	42
5.2 O problema que envolve a distribuição gratuita de medicamentos	43
5.3 Os mecanismos de efetivação do direito à saúde à disposição do Poder Judiciário ...	45
5.4 Interferência do magistrado como legislador positivo	47
5.4.1 Do princípio da separação dos poderes.....	47
5.5 Da legitimidade ativa e passiva nas ações judiciais	48
5.5.1 Legitimidade ativa	49
5.5.2 Legitimidade passiva	50
5.5.3 A judicialização da saúde como forma de assegurar um direito constitucionalizado	52
6 CONCLUSÃO	54
7 REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O objeto deste Trabalho de Conclusão de Curso é demonstrar de forma clara e didática o problema da judicialização do acesso à saúde, que vem instigando doutrinadores e operadores do direito a embarcar nesta odisséia de como torná-lo efetivo, em razão de ser um bem jurídico intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana.

O estudo tem, a todo o momento, o objetivo de demonstrar a importância do tema para todos, ou seja, por ele buscou-se denotar a importância da saúde perante a sociedade.

Este direito social encontra-se concebido dentro do contexto em que todo indivíduo possui meios (ações) para reivindicar a tutela do Estado, uma vez que se achar violado ou ameaçado de lesão.

No primeiro capítulo, foi tratada a questão evolutiva dos direitos e garantias fundamentais, a fim de embasar seu posicionamento jurídico, frente às demais normas constitucionais e infraconstitucionais, quando da análise desses direitos na Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo foi dada atenção especial para o direito à saúde. Foi abordada a forma de introdução desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, seus efeitos e, também, a conceituação de saúde. A competência legislativa dos entes federativos, no que se refere à matéria de saúde, sua previsão constitucional e infraconstitucional, também faz parte do contexto do segundo capítulo.

Ao explorar o direito à saúde como fundamental, no capítulo três, buscou-se analisá-lo em seu aspecto evolutivo, assim como conceitos e definições pertinentes a este tão importante direito, especialmente na trajetória da Constituição brasileira e na legislação infraconstitucional. Em seguida, foi dada ênfase às competências (legislativa e material) dos entes federativos em matéria de saúde.

O quarto capítulo foi destinado aos princípios inerentes ao tema. Num primeiro momento, foi relatado um breve conceito de princípio. Após, tratou-se da questão da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Também, uma análise do importante princípio da proporcionalidade e, por fim, os aspectos do princípio da reserva do possível.

Por fim, tem-se a análise pertinente da judicialização do acesso a saúde.

Ocasão em que serão abordados o histórico da judicialização, a problematização da distribuição gratuita de medicamentos; os mecanismos à disposição do Poder Judiciário para que, quando provocado, apresente resposta efetiva à sociedade. Será feita uma análise, também, acerca da polêmica que envolve a atuação do magistrado como legislador positivo e o princípio da tripartição dos poderes.

Finalmente, será abordou-se a legitimidade para figurar nos polos ativo e passivo na hipótese de eventuais demandas que versem sobre a concessão de medicamentos e tratamentos específicos. Ainda, uma breve exposição acerca da possibilidade de se judicializar um direito constitucionalizado.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil é a expressão referente a um conjunto de dispositivos contidos na Constituição brasileira de 1988, destinados a

estabelecer direitos, garantias e deveres aos cidadãos brasileiros. Estes dispositivos reúnem as noções básicas e centrais que regulam a vida social, política e jurídica de todo o cidadão brasileiro. Nesse sentido, o seu estudo é de extrema importância para situarmos o tema principal deste trabalho, principalmente no que tange ao compromisso firmado pelo Estado de proporcionar ao cidadão o acesso pleno e igualitário à saúde.

Com isso, muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem. Portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

2.2 Breve histórico em gerações (ou dimensões)

Há divergência na doutrina quanto a nomenclatura no que diz respeito à evolução histórica dos direitos fundamentais. Alguns autores preferem usar o termo "gerações", outros entendem mais apropriado se falar em "dimensões" dos direitos fundamentais quando tratam do desenvolvimento e consagração desses direitos ao longo do tempo.

Conforme entendimento de Maia Neto:

A questão, apesar de ser aparentemente meramente de nomenclatura (pois mesmo os autores que usam a expressão "gerações" entendem que não há a superação de uma geração pela seguinte), é de relevância para melhor entendimento da natureza e conteúdo dos direitos fundamentais no seu desenvolvimento histórico. Adota-se aqui a expressão "dimensões" dos direitos fundamentais, por compreender que a palavra "gerações" remete necessariamente a uma sucessão ou superação da nova geração pela precedente, o que não é o caso das dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos consagrados nas novas dimensões se agregam aos direitos já anteriormente acolhidos nos textos Constitucionais, importando, no máximo, em uma releitura dos direitos fundamentais "antigos" sob a perspectiva da nova dimensão (MAIA NETO, 2011, p. 55)

Imperioso destacar que a Revolução Francesa (1779) trouxe ao mundo três princípios básicos, que são norteadores até os dias atuais. Com isso, Bonavides (1998, p. 84) *apud* Moraes (2005, p. 29) afirma que a revolução teve o mérito de "profetizar até

mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade".

2.3 Direitos fundamentais de primeira geração

À liberdade correspondem os direitos de primeira dimensão (direitos de defesa do indivíduo em face do Estado); a segunda dimensão faz referência à igualdade (consubstanciada em direitos à prestação); finalmente, a terceira dimensão dos direitos fundamentais está relacionada com o lema da fraternidade (com direitos de titularidade difusa, indeterminada e indeterminável).

Conforme ressaltado, são direitos de primeira geração (ou dimensão) o direito à vida, à liberdade e à igualdade (formal ou perante a lei), “que correspondem à positivação de anseios liberais e burgueses do Séc. XVIII. Trata-se de direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado, na medida em que asseguram ao cidadão uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.

Para Moraes (2005, p. 25) “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*.”

2.4 Direitos fundamentais de segunda geração

A segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais partiu da premissa de que a previsão formal de liberdade e igualdade não garantia seu efetivo desfrute pelos indivíduos, pois a Revolução industrial (século XIX) resultou no desenvolvimento de técnicas de produção que ocasionaram em um estrondoso crescimento econômico, jamais visto antes, trazendo consigo prosperidade econômica para uma economia rica e, em contrapartida, uma série de problemas sociais gerando, como ressalta Marmelstein:

Naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada Bela Época. Enquanto uns viviam no luxo, a grande maioria da população passava fome, estava desempregada ou morria por falta de cuidados médicos, ou seja, estava totalmente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia (MARMELSTEIN, 2011, p. 49).

A partir de então, percebe-se que era necessário uma mudança no cenário político-econômico que estava sendo praticado, mudanças estas que viessem a garantir melhorias nos direitos destinados à condição de vida dos cidadãos, sobretudo dos trabalhadores.

Referindo-se ao tema, Marmelstein analisou que:

É nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social (Welfare State) um novo modelo político, no qual o Estado, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir condições básicas para uma vida digna (MARMELSTEIN, 2011, p. 51).

Nesse cenário surgem, portanto, inúmeros direitos destinados a melhorar as condições de vida da sociedade, principalmente dos trabalhadores, sinalizando uma mudança clara na ideia então pregada pelo liberalismo econômico.

2.5 Direitos fundamentais de terceira geração

Sobre a terceira geração de direitos, leciona Marmelstein:

Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de tratados internacionais, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global (MARMELSTEIN, 2011, p. 59).

Nesse contexto, o mundo, diante dos atos praticados pelo regime nazista, no período da segunda grande Guerra, foi tomado por um sentimento de solidariedade, surgindo, então, direitos que visam não apenas a proteção de determinado grupo ou classe, mas sim de todo o gênero humano. Salienta-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Essa evolução se deu de tal forma, que os direitos fundamentais são vistos, nos dias de hoje, cada vez mais presentes nos tratados internacionais que, gradativamente, conseguem se “infiltrar” aos direitos internos dos Estados que se prontificam perante toda a comunidade internacional a dignificar as condições de vida do homem, através do respeito aos seus direitos, independentemente de sua nacionalidade, raça, credo, idade, cor, sujeitando essa tutela unicamente à sua condição de homem.

2.6 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

No Brasil, iniciou-se um processo de redemocratização em 1985, depois de 21 anos de um regime excepcional, iniciado com o golpe de 1964, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabeleceu um regime político democrático, mas também propiciou uma grande evolução no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Quando se fala em uma nova ordem constitucional, imagina-se o início de um novo ciclo, a ruptura com o passado e, conseqüentemente, a ideia de compromisso com o futuro, baseado em valores que então inspiraram o processo constituinte.

A Constituição de 1988 inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional. Com sua promulgação, ficou evidente a preocupação com os direitos fundamentais, visto que a sociedade havia passado por um longo período em que direitos, como as liberdades de expressão e política, foram suprimidos pela ditadura militar.

A sociedade brasileira clamava por democracia, demonstrando isso ao sair às ruas, durante os anos 80, pedindo por “Diretas já”. Logo, era o momento de ousar dos direitos fundamentais e fazer com que o conceito de democracia atingisse às esferas do poder.

Forçoso concluir, então, que a Constituição da República de 1988 é fruto da reivindicação da sociedade, que viveu sob o controle de um poder que não lhe dava opções. Basta perceber a essência do discurso de Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Constituinte, no dia 05 de outubro de 1988:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões e miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Gráficamente a testemunha primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã (MARMELSTEIN, 2011, p. 52).

Sob essa nova ótica, trazida a partir da promulgação da Carta da República de 1988, pode-se dizer que os direitos fundamentais são inesgotáveis, pois diante de uma sociedade em constante evolução, novos interesses também surgem. A respeito do assunto, diz Silva:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários (SILVA, 2008, p. 59).

Com isso, partindo do ponto de que o cenário político econômico de um país traduz a efetividade de seu sistema legal e das garantias nele previstas, tudo leva a crer que novos direitos, ainda desconhecidos pelo homem, irão surgir, necessariamente de acordo com a evolução da civilização humana.

3 DIREITO À SAÚDE

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde refere-se à saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social” e “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas.”

No Brasil, o direito à saúde insurgiu em meio a um cotidiano diferente, face ao seu conteúdo social, por contemplar direitos fundamentais que, por regra, deveriam ser garantidos em qualquer meio social.

A Constituição Federal é a fonte das normas inerentes à saúde. É nela que são encontradas as previsões de maior alcance quanto a esse direito e nela repousam seus mais profundos alicerces e, como não poderia ser diferente, é por meio dela que todos os cidadãos devem exigir o cumprimento de seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, salienta Schwartz:

A saúde é condição de desenvolvimento de um povo, assim como a educação. Qualquer plano de desenvolvimento estatal tem na saúde um de seus pontos básicos, como sói acontecer, muito embora, faticamente, a

promessa não seja cumprida. Até por esse motivo é que se fala em um Estado mínimo deve garantir tão-somente educação e saúde, pois estes são os requisitos mínimos os quais deve-se preocupar, e sobre os quais legitimamente se funda o contrato social (SCHWARTZ, 2001, p. 193).

O direito à saúde, como já analisado no capítulo anterior, é uma reivindicação antiga da sociedade, porém a sua implementação ao rol dos direitos humanos é recente.

É necessário salientar que o desenvolvimento da sociedade está intimamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais e, nesta seara, o direito à saúde ganha destaque, tendo em vista que pertence a esse rol e, ainda, consiste na prevalência do direito à vida e, por isso, visa a proporcionar condições mais dignas à sociedade, almejando, assim, efetivar a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, ressalta Cury (2005, p. 34) que “a saúde como direito humano teve sua origem no movimento pela saúde publicado século XIX e vem se desenvolvendo em direção ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais desde então.”

Como o direito à saúde se desenvolve de acordo com os anseios da sociedade, a saúde não pode ser conceituada como algo estático, pois faz parte de um processo social no qual todos se inserem, sendo que a sua efetiva implementação deve partir de ações positivas do Estado.

3.1 Conceito de saúde

A Carta Constitucional de 1988 reconhece, em seu artigo 6º, a saúde como um direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-lo, sob pena de ineficácia de seu exercício, haja vista que a saúde necessita de políticas públicas, sociais e econômicas para a sua implementação.

Nesse diapasão, há que se considerar que o atual conceito de saúde deve ser indicado pelo momento que a sociedade, de forma geral, vive, pois, como já ressaltado, não se pode considerar tal conceito como algo imutável.

Para conceituar saúde, inevitável uma breve remição ao que pensava a Grécia antiga, que considerava como ser humano saudável, a pessoa que mantinha em

equilíbrio o corpo e a mente “sendo que além de ser possuidor de boa saúde mental e física, era necessário ser belo para ser saudável” (SCHWARTZ, 2001, p. 30).

A saúde aparece como garantia fundamental do homem a partir da revolução industrial e, em face da necessidade de trabalhadores na linha de produção, surgiram duas correntes para a conceituação de saúde. Assim explica Dallari:

De um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, e enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. E fatores políticos aparentemente finalizaram tal debate (DALLARI, 1995, p. 18).

Assim, é possível verificar que no período industrial o conceito de saúde está intimamente ligado à ausência de doenças. Tal fato é justificado pelo estratosférico crescimento industrial, que exigia, para tanto, mão de obra em abundância. Logo, o trabalhador doente, impossibilitado de exercer suas funções, não rendia.

Foi a partir do século XX que tal conceito foi sendo superado, momento em que a preocupação passou a ser de uma saúde preventiva. Com isso, passa o Estado a ter maior responsabilidade, ocasião em que meios à uma condição de saúde mais digna passa a ser um dever.

Nesta esteira, temos o período pós-guerra, que, nas palavras de Siqueira:

[...] ocasionou um cenário catastrófico ao mundo todo: a escassez de recursos financeiros e as dificuldades que a sociedade enfrentava, levaram ao chamamento do Estado para intervir de forma a prestar assistência à saúde, fato este que ocorreu independentemente da vontade da sociedade, vez que era uma necessidade naquele momento, e não uma opção (SIQUEIRA, 2011, p. 50).

Em decorrência desses fatos, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), o que ensejou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo sido criados, como consequência, vários órgãos destinados a efetivar os direitos fundamentais do homem.

A partir de então, a saúde passou a ser reconhecida como um dos direitos fundamentais do homem, passando a ser efetivada sem distinção de cor, credo, classe econômica ou política, excluindo-se, portanto, qualquer forma de discriminação.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) exprime, em sua Constituição, que: “A posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano”.

No que tange, especificamente, ao conceito de saúde, assim destacou a OMS: “saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos”.

O conceito de saúde, até os dias atuais, sofre algumas críticas, como destaca Schwartz:

O conceito da OMS, entretanto, sofre várias críticas. Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atual negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem estar físico, social e mental (SCHWARTZ, 2001, p. 99).

É possível observar, portanto, que mesmo havendo grande evolução do conceito de saúde, este mereceu críticas na doutrina, sendo que tais críticas, na maioria das vezes, pautam-se no caráter subjetivo de alguns componentes existentes no conceitos, como ocorre em relação ao completo bem estar, sendo que nesta seara, muito se criticou, dado o caráter subjetivo da expressão.

Em que pese as críticas atribuídas ao conceito de saúde formado pela OMS, imperioso destacar que este trouxe inovações ao conceito, principalmente por preconizar a dignidade humana.

3.2. Direito à Saúde

A saúde é um direito fundamental do cidadão, para tanto, no intuito de ver

validado, de forma concreta, esse direito, obrigações e deveres são gerados para a coletividade onde vive esse cidadão.

3.2.1 Previsão do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988

A Carta Constitucional de 1988, já em seu preâmbulo, dá ensejo à previsão do direito à saúde, pois apresenta, inicialmente, que indivíduo está sob a tutela de um Estado democrático social e de direito, que fixa a existência de direitos sociais, assegurando, ainda, o bem-estar da sociedade.

No título II da Constituição de 1988, tem-se as previsões quanto aos direitos e garantias fundamentais, sendo que no Capítulo I deste título há a previsão dos direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a inviolabilidade do direito à vida. Desta maneira, a Lei maior garante a prevalência dos direitos aos meios de vida, conforme dispõe o artigo 5º, em seu *caput*:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

§ 1º - As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Outro dispositivo importante e que merece ser destacado, está previsto no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, Título II, da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no seu artigo 6º, o qual dispõe diretamente da saúde como direito social. Senão vejamos:

Art. 6º: São Direitos Sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O dispositivo, em outros atributos, mostra-se importante, em função do direito à saúde, pois é o primeiro momento em que, dentro do texto constitucional, é possível encontrar a previsão do direito à saúde no rol dos direitos sociais.

O título VIII da Constituição de 1988 trata da ordem social. Na Seção II, que trata da saúde, tem-se importante dispositivo constitucional que atesta o direito à saúde, uma vez que tal dispositivo elenca de forma clara a finalidade e, ainda, confere responsabilidades, senão vejamos:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Logo, não resta dúvida de que o direito à saúde está constitucionalmente garantido e evidenciado pelo artigo 196 da Carta Magna de 1988. Nesse sentido, aduz Siqueira:

Este dispositivo representa mais que uma mera previsão constitucional, até mesmo por consequência de estarmos sob uma Constituição dirigente, a qual não representa um mero estatuto, e desta forma, mesmo carecendo de atividade legiferante para se efetivar, representa uma norma que deve ser efetivada de maneira imediata, gerando desta maneira, efeitos concretos para a sociedade, como almejou nosso constituinte (SIQUEIRA, 2011, p. 81).

O legislador constituinte, quando afirma ser a saúde um direito do indivíduo e uma obrigação do Estado, não deixou dúvidas quanto ao caráter imperativo do dispositivo. Demonstrando, de forma evidente, a função do Estado de atuar visando o bem estar da coletividade, no que diz respeito à saúde.

Por fim, importante destacar o art. 227, *caput*, da Constituição de 1988, previsto no Capítulo VII, do título VIII, que se refere à família, à criança, ao adolescente e ao idoso:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, assevera Siqueira:

Deste modo, devemos considerar que incumbe ao poder público cumprir as normas constitucionais estabelecidas, visando a conferir efetividade ao direito à saúde, como forma de atuar na efetividade dos direitos sociais, contemplando a dignidade da pessoa humana (SIQUEIRA, 2011, p. 82).

Observa-se, ainda, que o Estado deve cumprir os dispositivos estabelecidos no texto constitucional, no que se refere aos objetivos fundamentais da República, bem como todos os demais dispositivos que contemplem, de forma direta, o direito à saúde.

3.3 Competências: legislativa e material

A competência se divide em legislativa e material. A competência legislativa se expressa no poder de estabelecer à entidade normas gerais, leis em sentido estrito. Já a competência material, cuida da atuação concreta do ente, que tem o poder de editar normas individuais, ou seja, atos administrativos.

Sobre o tema, eis o ensinamento de Siqueira:

No que tange à competência, temos que fazer a análise por um prisma de competência material e legislativa. Em um momento teremos sob enfoque a questão da capacidade para executar os serviços atinentes à efetivar os direitos à saúde, ao seu cumprimento efetivo; em outro momento, estaremos analisando a questão referente à competência para legislar sobre matéria de saúde. Os dois enfoques, porém, são de fundamental importância para a compreensão do tema (SIQUEIRA, 2011, p. 83).

Pode-se afirmar, ainda, que em matéria sanitária a tradição constitucional

brasileira, nunca se preocupou com a distinção. Logo, importante se faz a análise da identificação das atribuições legislativas e materiais.

3.3.1 Competência legislativa

Competência legislativa é aquela diretamente ligada à produção das leis. Neste âmbito, especificamente, produção de leis referentes à saúde.

É de suma importância identificar as fontes normativas e sua validade. Necessário se faz, ainda, sintetizar algumas disposições previstas na Constituição Federal de 1988 para aferir a competência a que se atribuiu ao legislador infraconstitucional, visto que tratando-se de um direito fundamental, para que tenha aplicabilidade no mundo jurídico, tais ditames devem ser extraídos de fontes constitucionais legítimas.

Primeiramente é importante salientar que todos os entes federativos são dotados de competência para legislar em matéria de saúde, logo, trata-se de competência concorrente, conforme revela o artigo 24, XII, da Constituição de 1988, assim dispendo:

Art. 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]
XII – previdência social, proteção e defesa da saúde (BRASIL, 1988).

Esta forma de competência encontra-se fundada no modelo federalista adotado pelo Brasil, em um contexto de cooperação como idealizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e, ainda, em um Estado Federal e social.

Há que se destacar, porém que, mesmo a competência atribuída a todos os entes federados, esta regra comporta algumas peculiaridades, como por exemplo, o artigo 30, incisos I e II da Carta de 1988, que assim dispõe:

Art. 30: Compete aos Municípios:
I - Legislar sobre assuntos de interesse local;
II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber (BRASIL,

1988).

Sobre o tema, desta Wichert:

Art. 24, inc. XII: No que diz respeito à distribuição da competência legislativa, a Constituição peca pela falta de precisão. Isso porque, a tutela da saúde nos termos do artigo 194, é ação que integra a seguridade social, ao lado da assistência e da previdência social. Dessa forma há uma aparente contradição entre a conferência de competência privativa para a União legislar sobre seguridade social (Art. 22, inc. XIII) e a atribuição de competência concorrente para a União e Estados disporem sobre previdência social e saúde (WICHERT, 2004, p. 139).

Importa, ainda, destacar o posicionamento de Weichert que, ao concluir a respeito da competência legislativa em matéria de saúde, assim leciona:

Logo, em matéria de saúde, a competência legislativa é compartilhada entre todos os entes federativos, segundo a técnica vertical limitada. Compete à União editar normas gerais sobre o tema, aos Estados editar as normas complementares necessárias ao funcionamento de seus serviços e à sua função de direção Estadual do SUS, e aos Municípios a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação (WICHERT, 2004, p. 122).

Quando o legislador constituinte atribuiu à União competência para legislar em normas gerais, no que se refere à saúde, seu objetivo foi claro ao determinar que cabe à União designar um norte, ou seja, apenas acenar para as formas com que os demais entes federativos devem seguir. Logo, dentro dessa esfera de atuação, poderão legislar de forma a melhor efetivar o direito à saúde dentro de seu limite territorial, tendo em vista a proporção continental do Brasil e a peculiaridade de da região.

Por fim, impõe-se importante questão quanto à inércia, por parte da União, de tratar de temas que se enquadrariam em sua competência como linhas gerais, acerca do direito à saúde. Dada a situação, podem os Estados, Distrito Federal e Municípios atuar, legislando de maneira plena, na busca da efetivação desse direito fundamental. Porém, posterior manifestação da União, referindo-se ao tema, ter-se-á por suspensa, de forma automática, a norma estadual, distrital ou municipal que tratou da questão, tendo em

vista a competência privativa, nesses casos, da União.

Nesse sentido, leciona Dallari:

Art. 24, §3º e 4º c/c. Art. 30, inc. II: O constituinte de 1988 não deixou, portanto, qualquer espaço para a criação doutrinária ou jurisprudencial na matéria: à União nas tarefas definidas constitucionalmente como competência legislativa concorrente, cabe apenas a fixação das normas gerais. E essa limitação implica a primazia da vontade federal nos campos assim definidos, uma vez que quando Estados ou Municípios neles exercerem 'a competência legislativa plena [...] (na esfera de Lei Federal sobre normas gerais) [...], para atender a suas peculiaridades, a superveniência de Lei Federal suspende (lhe) [...] a eficácia, no que lhe for contrário' (DALLARI, 1995, p. 39).

3.3.2 Competência material

Falar de competência material, no que tange à saúde, é, como ensina Siqueira:

Estar diante de uma competência material comum, destinada à execução dos serviços atinentes à saúde, ou seja, estarmos tratando daquele (órgão) que tem como obrigação atuar de forma a efetivar os serviços atinentes à saúde, conforme impõe o texto constitucional (SIQUEIRA, 2001, p. 88-89).

Diferentemente da competência legislativa, tratada no tópico anterior, a competência material, no âmbito nacional, não está sujeita a apenas um ente federativo, mas a todos os entes da federação, ou seja, todos os entes têm a competência material no que se refere ao direito fundamental à saúde.

Portanto, nessa seara, a saúde é obrigação tanto da União, como dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Nota-se que o constituinte agiu de forma cautelosa ao atribuir a todos os entes Federados competência material no que se refere à saúde. Esse excesso de zelo se justifica no sentido de espancar qualquer obstáculo que, por ventura, impeça ou atrapalhe o cumprimento, estabelecido pela Carta Política de 1988, do direito à saúde.

Para corroborar com este posicionamento, eis a previsão do artigo 23 da Constituição de 1988:

Art. 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

[...]

Parágrafo Único – Leis complementares fixarão normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (Redação dada pela Emenda constitucional nº53, de 2006) (BRASIL, 1988).

Logo, não resta dúvida de que todos os entes da federação têm competência material, no que tange ao direito à saúde. Certo é, também, que tal assistência deve ser prestada de forma imediata. Vê-se, ainda, que o parágrafo único fixa, apenas, a necessidade de leis complementares fixarem normas para a cooperação, mas não traz, em qualquer momento, obstáculos para a efetividade do artigo 23, II.

Nesse sentido, importante se faz observar as lições de Weichert:

Verifica-se, de plano, que atuar na preservação da saúde é tarefa cuja execução cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na medida em que inserida no art. 23, que trata justamente da competência material comum de todos os entes públicos (WEICHERT, 2004, p.138).

Há, ainda, um outro dispositivo constitucional que vem a corroborar com o artigo 23, cujo teor encontra-se no artigo 30, inciso VII da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 30: Compete aos Municípios:

[...]

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o legislador constituinte, ao estabelecer as normas de competência material, no que se refere à saúde, não teve temor em atribuir a todos os entes federados a incumbência de efetivar o direito à saúde, não isentando nenhum deles

da obrigação quanto a isso.

A respeito do tema, assevera Dallari:

A conclusão inevitável o exame da atribuição da competência em matéria sanitária é que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – ‘dever do Estado’ (Art. 196) – é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (DALLARI, 1995, p. 39).

Portanto, não há dúvidas de que o legislador dispensou todo o cuidado ao trazer as previsões atinentes ao direito à saúde, em função das responsabilidades de efetivar este direito tão necessário ao ser humano, tão essencial à dignidade da vida humana. É possível verificar que, em determinados momentos, o zelo do legislador mostrou-se um tanto quanto exacerbado, mas tal zelo se justifica, tendo em vista a necessidade, no intuito de evitar qualquer embaraço que pudesse ser criado a efetivação do direito à saúde.

3.4 O direito à saúde na legislação infraconstitucional

A Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Capítulo II – Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (BRASIL. Lei n. 8.080, 1990).

Pouco tempo antes da edição da Lei n. 8.080/90, o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente já previa no §2º do seu art. 11:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Em 1º de outubro de 2003 foi editada a Lei n. 11.741, Estatuto do Idoso, que assim dispõe:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§2º. Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (BRASIL, Estatuto do Idoso, 2003).

Vê-se, portanto, que a legislação infraconstitucional garante expressamente não só a assistência farmacêutica, como também o fornecimento de “insumos terapêuticos” (tais como órteses, próteses, cadeiras de rodas, marcapassos etc). Neste último caso, a previsão legal destina-se tão só às crianças, adolescentes e idosos, que por explícita previsão constitucional possuem tratamento prioritário em nossa sociedade.

Com vistas a promover a assistência farmacêutica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renam”.

A formulação dessa listagem, bem como sua atualização periódica, que é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, observa as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo) e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado.

A Portaria n. 698/GM, de 30 de maio de 2006, que “Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS” dispõe:

Art. 1º. Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.

Art. 2º Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados.

Art. 3º. Ficam criados os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica;

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.

DO BLOCO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Art. 16. O Bloco de Financiamento para a Assistência Farmacêutica é constituído por quatro componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional e Componente de Organização da Assistência Farmacêutica (BRASIL. Portaria n. 698/GM, 2006).

Vê-se, diante disso, que fora essa relação de medicamentos básicos existem diversos programas de distribuição de medicamentos na rede pública, voltados para segmentos específicos.

Não existe disciplina parecida para os “insumos terapêuticos” de que tratam o ECA e o Estatuto do Idoso. Ou seja, não há critérios objetivos/jurídicos para definir quais são esses insumos e/ou os critérios de seu fornecimento.

4 PRINCÍPIOS

O vocábulo princípio admite várias interpretações, ou seja, é uma palavra que suporta várias interpretações, variando de significado de acordo com a perspectiva em que for analisada. Dessa forma, o vocábulo princípios terá tantas definições quantas forem os panoramas analisados.

Dessa maneira, Plácido e Silva conceitua princípio como:

Derivado do latim principium (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou a origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de normas a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem apenas os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio direito. Assim, nem sempre os princípios se

inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos (SILVA, 2001, p. 75).

Atualmente, não há como negar que os princípios tornaram-se verdadeiros pilares para a compreensão e, até mesmo, aplicação do Direito.

4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

O conceito de dignidade da pessoa humana é um conceito em permanente construção, haja vista as dificuldades encontradas na sua fixação de limites e significado.

A origem é filosófica e encontra muitas aplicações práticas na seara do direito, pois que serve de norte para a interpretação e efetivação dos direitos fundamentais.

Immanuel Kant foi quem primeiro tentou investigar o significado de dignidade, no século XVIII, que partia do pressuposto de que o homem não pode ser tratado como um objeto, como um meio para atingir determinado fim. Assevera que o homem, racional por natureza e independente, livre, deve ser um fim em si mesmo, diferentemente dos animais ou objetos que possuem preço equivalente.

Em que pese seu cunho filosófico, a dignidade da pessoa humana só ganhou positividade com o término da segunda guerra mundial. Essa evidência se deu muito pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista.

Mediante a conversão de conceito filosófico a princípio jurídico “a dignidade da pessoa humana tornou-se uma nova forma de o Direito considerar o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política” (ROCHA, 2001, p. 49).

O princípio da dignidade da pessoa humana, destarte, implica em todos os ramos do Direito, onde se possa haver violação da dignidade humana, como, por exemplo, nos direitos sociais, no direito penal etc.

Nesse sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha retrata os efeitos da constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do direito, o qual tem sua vertente no valor supremo da pessoa humana, considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigentes, para um figurino normativo de princípios (ROCHA, 1994, p. 51).

Este princípio é posto, de maneira inédita, no texto do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, uma vez que os textos constitucionais anteriores não contemplavam tal princípio. É posto como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Acerca da questão, Rocha aduz que:

A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permita que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta cima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado (ROCHA, 1994, p. 52).

É possível perceber, então, que o estado deve ser o principal garantidor da dignidade da pessoa humana, principalmente diante de sua configuração como Estado social. As políticas públicas, os tributos arrecadados, a atuação de seus agentes, devem ter como fim o ser humano.

A teoria do mínimo existencial surge, provavelmente, para contrabalancear o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, para que não seja atribuído ao ser humano um excesso, que acabe por desequilibrar o Estado.

Importante questão referente ao mínimo existencial, diz respeito a quais seriam os direitos mínimos a serem providos para garantir a proteção da dignidade da pessoa humana. Essa discussão tem como pano de fundo a escassez dos recursos do Estado, ante as inúmeras necessidades humanas que necessitam ser satisfeitas.

A doutrina dominante elenca como direitos essenciais ao mínimo existencial o salário mínimo, a assistência social aos necessitados, a educação, a previdência social e

a saúde.

Portanto, partindo dessa premissa, imperioso afirmar que a especificação do mínimo existencial da dignidade humana, não pode ser um conceito inerte, deve, sim, ser objeto de uma constante evolução, conforme as mudanças que a própria sociedade apresentar. Entretanto, não deve ficar apenas na dependência do que ocorre no seio da sociedade. Nesse sentido, é plenamente aplicável um também consagrado princípio que incorpora o cenário jurídico nacional, qual seja, o princípio da vedação do retrocesso social.

4.2 Princípio da proporcionalidade

Como já salientado neste trabalho, os direitos fundamentais têm status constitucional. Porém, tem-se aceito que a norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o seu conteúdo, principalmente quando há autorização constitucional (reserva legal). Para melhor elucidar o que se pretende explicar, segue o exemplo do artigo 5º, XIII, da CF/88: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” Nota-se que a própria Constituição previu expressamente a possibilidade de a lei restringir o direito de liberdade profissional. Assim, é perfeitamente válida, por exemplo, a lei que exige aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil para que as pessoas que se formaram em Direito, possam exercer a profissão de advogado.

Atualmente, tem-se admitido, ainda, que, mesmo quando não haja previsão constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional.

Nesse contexto, para verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso o princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Marmelstein:

O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “Limite dos limites”. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome proporções desproporcionais (MARMELSTEIN, 2011, p. 408).

A doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional alemã, tem apontado três dimensões ou critérios do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos.

Para melhor elucidar o que se pretende explicar, esses critérios da proporcionalidade podem ser compreendidos da seguinte forma: i) Adequação: o meio escolhido é adequado para atingir a sua finalidade?) Necessidade: o meio escolhido é o mais suave e ao mesmo tempo suficiente para proteger a norma constitucional? iii) Proporcionalidade em sentido estrito: numa relação de peso e importância, a medida trará mais benefícios do que prejuízos?

Percebe-se, então, que o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos dos Poderes Legislativo e Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para verificar a própria legitimidade da decisão judicial, nesse ponto, servindo como limite da atividade jurisdicional, pois, ao concretizar um direito fundamental, o magistrado deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária e proporcional.

4.3 Princípio da reserva do possível

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas pelos entes da federação. Ainda, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado e, em última análise, da sociedade, já que é esta a sua fonte de sustento. É válido lembrar que há um limite de possibilidades materiais para a efetivação de direitos.

Nos ensinamentos de Marmelstein:

Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não monetários, como pessoal

especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos que o necessário para o atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o judiciário, quando for julgar demandas que importem alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir se estiver seguro de que não causará um mal maior (MARMELSTEIN, 2011, p. 353).

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os termos elencados pela Constituição. Mas não é essa a realidade. O Brasil é um país com dimensões continentais e, em comparado com países considerados de primeiro mundo, ainda um país jovem. É aí que entra a cláusula da reserva do possível, tão alardeada e, por vezes, mal interpretada pelos que não concordam com a ideia da atuação do judiciário em matéria de direitos sociais.

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. O caso versava, especificamente, sobre número de vagas em universidades. O TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o poder público deveria demonstrar que estaria dando maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros comprovadamente disponíveis.

No Brasil, a matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, como no voto do Ministro Celso de Melo que já assinalou o seguinte:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico - financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (STF, RE 436966/SP rel. Min. Celso de Melo, j. 26/10/2005). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2005).

Portanto, pode-se considerar, então, a reserva do possível como uma limitação lógica, e bastante lógica, no que diz respeito à atividade do Poder Judiciário em matéria de efetivação de direitos sociais. Pois sem recursos financeiros não há como realizar

diversos direitos.

Dadas as circunstâncias do cenário econômico e político do país, que não oferece segurança e recursos necessários à efetivação dos direitos estabelecidos pela Carta Constitucional de 1988, ao magistrado cabe cautela no momento de apreciar determinados casos. Os impactos orçamentários das decisões judiciais podem causar sérias consequências, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio da própria decisão, bem como prejudicar a implementação de outros direitos não menos importantes.

No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, por óbvio, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da conveniência do administrador. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou a respeito do tema, afirmando, na ocasião, que não cabe ao Juiz “substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas, tendo em vista que cabe ao Poder Executivo a conveniência e oportunidade de realizar atos físicos da administração” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Para melhor compreensão do que se pretende demonstrar, é válido transcrever o ensinamento de Marmelstein:

É necessário que fique claro, no entanto, que a regra é a não intervenção do Poder Judiciário na zona de discricionariedade do Administrador. Apenas quando ficar demonstrado, com base em dados empíricos e consistentes, que a atuação administrativa está aquém das expectativas constitucionais será legítimo o controle judicial, inclusive para impor obrigações de certa complexidade. Quanto maior for o diálogo e a consistência da decisão, maior será a sua legitimidade e, conseqüentemente, menor será a chance de o Judiciário ser acusado de estar interferindo indevidamente no raio de ação do administrador público (MARMELSTEIN, 2011, p. 357).

O tema é motivo de grandes discussões, seja perante os Tribunais Superiores, ou na doutrina e, sem dúvida, merecia um aprofundamento para melhor compreensão.

Porém, em que pese a brevidade como foi abordado, restou possível concluir que o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar, suficientemente, que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar que o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para

os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental.

5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Não obstante a indiscutível importância que a saúde apresenta, a Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O direito à saúde é garantido aos brasileiros, bem como aos estrangeiros,

residentes no país, conforme disposição do *caput* do artigo 5º da Carta Magna.

Nessa seara, há que se destacar que o direito à saúde não abrange apenas a assistência médico-hospitalar, limitado aos pressupostos de oferta de procedimentos e medicamentos. O conceito de saúde, conforme já analisado, não se limita apenas à ausência de enfermidade, mas consiste num estado de completo bem-estar físico, mental e social, nos termos da definição construída pela Organização Mundial da Saúde. Isso implica entender que ao Estado não cabe apenas promover medidas curativas com ofertas de procedimentos e medicamentos, mas também as preventivas como políticas de saneamento básico, vigilância sanitária, desenvolvimento de áreas de lazer, até mesmo segurança pública, no objetivo de cumprir o mandamento constitucional em apreço.

Ocorre que, em que pese o dever do Estado de garantir o acesso a serviços e ações de saúde, a demanda por esses serviços é maior do que o Estado pode suportar, gerando insatisfações tanto individuais quanto coletivas, que acabam por desaguar no Poder Judiciário, que muitas vezes é chamado a intervir em impasses desta natureza, para que decida se, neste ou naquele caso, o Ente Público deve ou não ser obrigado a prestar o atendimento nos moldes dos pleitos formulados.

5.1 Breve histórico

A judicialização do acesso a medicamentos teve início na década de 1990, com os portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) solicitando o fornecimento de anti-retrovirais pelo Poder Público.

Nesse sentido, um passo importante foi a promulgação da Lei Federal 9.313 de 1996, que determinou o fornecimento gratuito de toda a medicação necessária ao tratamento dos portadores do vírus da imunodeficiência humana.

Até 1998, os casos de demandas judiciais de medicamentos eram restritos aos casos de portadores do vírus HIV. Neste cenário, encontra-se um dos primeiros acórdãos do Supremo tribunal Federal - STF em casos de solicitação de medicamentos no país. Conferindo efetividade máxima à Constituição da República, o Pretório Excelso, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, de relatoria do Min. Celso de Mello, reconheceu o Direito à Saúde, conforme ementa a seguir transcrita:

Saúde. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. paciente com hiv/aids. pessoa destituída de recursos financeiros . Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público. CF/88, arts. 5º, “caput”, e 196. Precedentes do STF (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001).

Entende-se, neste breve histórico, que os indivíduos vieram a procurar o judiciário por questões de sobrevivência, tendo que literalmente implorar ao Estado, através do Poder Judiciário, que o mesmo cumprisse o seu papel no desenvolvimento de uma política pública de saúde minimamente eficaz.

Atualmente, o Judiciário vem recebendo um número cada vez maior de demandas que versam sobre a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, sobre as mais variadas patologias, o que incorre em uma série de discussões, tais como a possibilidade da efetivação de um direito social, quando da omissão de quem tem o dever de implementá-lo.

5.2 O problema que envolve a distribuição gratuita de medicamentos

A distribuição gratuita de medicamentos se dá por intermédio do Sistema Único de Saúde e procura realizar a promessa constitucional da universalização do acesso à saúde, tendo em vista que medicamentos para diferentes tipos de doença são oferecidos a toda população. A instituição dos medicamentos genéricos foi uma das ações governamentais que procurou promover o acesso universal à saúde.

Contudo, os recursos estatais não são suficientes, assim como a produção de medicamentos também é. O Estado simplesmente não pode proceder à distribuição indiscriminada de medicamentos, por isso são planejadas políticas públicas que almejam uma distribuição mais equilibrada e eficaz, que procura, em tese, favorecer as pessoas mais necessitadas.

Interessante a formulação do conceito de política pública dado por Machado:

Conceitua-se política pública como um fenômeno vinculado ao interesse público, de natureza político-jurídica, elaborado, planejado ou executado pelo Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes, com vistas à concretização dos direitos fundamentais e à consolidação do Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2011).

Não é demais ressaltar que as políticas públicas estatais referentes ao fornecimento de medicamentos devem ser congruentes com a concretização dos direitos fundamentais, visto que este é o dever do Estado.

O tema: fornecimento gratuito de medicamentos por parte do Estado é atual e bastante complexo, na medida em que a demanda por tratamentos médicos aumento de forma considerável. Neste ponto, são pertinentes as considerações expostas por Bernardes acerca das conclusões obtidas na Conferência Nacional de Saúde do ano de 2001:

Os modelos vigentes mantêm caráter assistencialista, sendo pouco capazes de responder às necessidades da população. São modelos curativistas, operados por profissionais muitas vezes despreparados para atuarem com respeito devido aos direitos do usuário e suas necessidades, e com a qualidade necessária. São centrados no profissional médico, priorizam mais a doença, gerando expectativa de que a única forma de resolver os problemas de saúde seja tratar a doença medicamentosamente (BERNARDES, 2005, p. 63).

O Ministério da Saúde, procurando formular uma Política Nacional de Medicamentos, editou a Portaria n. 3.916/98, que, entre outras coisas, define as atribuições de cada ente estatal quanto à disponibilização de medicamentos à população.

É de ter em vista, portanto, que é dever do SUS distribuir à população os medicamentos considerados essenciais, tendo a Política Nacional de Medicamentos fixado as normas e diretrizes do controle dos medicamentos por parte do Estado, bem como a organização para a organização para a aquisição e distribuição dos medicamentos.

Porém, a regulamentação normativa tem se mostrado pouco eficaz, vez que boa parte da população continua não tendo acesso nem aos medicamentos considerados essenciais, revelando aí um problema estrutural do SUS.

5.3 Os mecanismos de efetivação do direito à saúde à disposição do Poder

Judiciário

Durante o transcorrer do presente trabalho, foi possível perceber que a mera previsão normativa pertinente ao direito fundamental à saúde não mostra sua real efetivação, deve-se, portanto, analisar de forma mais peculiar os meios à disposição do Poder Judiciário, a fim de realmente concretizar esse direito.

Os diplomas legais pátrios dão respaldo suficiente na efetivação das decisões judiciais proferidas por magistrados.

As decisões podem trazer, além da pena realmente imposta, a estipulação de pena pecuniária em caso de descumprimento da sentença ou decisão, o que, por certo, atribuiu maior efetividade ao ato decisório.

Assim dispõe o artigo 287 do Código de Processo Civil:

Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e art. 461 – A) (BRASIL. Código de Processo Civil, 1973).

Nota-se que o dispositivo é de extrema serventia ao Magistrado, que poderá utilizá-lo para efetivar suas decisões, evitando-se, assim, desrespeitos, os quais, quando inerentes ao direito fundamental à saúde, podem levar à morte de uma pessoa pelo simples arbítrio em se desrespeitar uma decisão judicial.

É importante ressaltar que o dispositivo contempla, ainda, um importante princípio inerente ao Poder judiciário, qual seja o princípio da inércia, que preconiza ser possível a imposição de medidas pelo Judiciário, apenas quando provocado.

Quanto à atuação do magistrado e, ainda, trazendo em seu texto outras medidas tão importantes como meios coercitivos, tem-se o disposto no artigo 461 do CPC e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, conforme destaca Marinoni:

Os Arts. 461 do CPC e 84 do CDC contêm instrumentos processuais novos, quando comparados com aqueles que fazem parte da estrutura do processo tradicional. Tais normas não só abrem oportunidade para novas modalidades de sentença e à tutela antecipatória, como também conferem ao juiz uma ampla latitude de poderes destinada à determinação do meio processual mais idôneo para a tuteladas diversas situações de direito substancial

(MARINONI, 2000, p. 72).

Para melhor análise do que se pretende dizer, importante se faz transcrever os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento (BRASIL. Código de Processo Civil, 1973).

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, 1990).

Por fim, em linhas gerais, tem-se que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz impor um fazer ou não – fazer, sob pena de multa, o que demonstra a possibilidade do juiz agir de ofício impondo medidas coercitivas, porém, obviamente, dentro da demanda proposta, não ferindo, assim, o princípio da inércia, e, também, determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não fazer.

5.4 Interferência do magistrado como legislador positivo

Passa-se, agora, à análise da possibilidade de atuação do magistrado como legislador positivo, no intuito de efetivar o direito fundamental à saúde, em cuja esteira deve-se tratar dos limites desta atuação.

5.4.1 Do princípio da separação dos poderes

Primeiramente, faz-se importante a análise da questão atinente à separação dos

poderes, pois neste ponto é que se encontra a maior discussão, quando se destaca a possibilidade do magistrado interferir nos atos da administração pública.

O texto constitucional de 1988 traz, em seu artigo 2º, a previsão quanto à independência e harmonia entre os três poderes da federação: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ocorre que a Constituição faz menção à independência e harmonia entre os poderes, porém sem destacar a separação deles. Desta maneira, entende-se necessária a intervenção entre estes poderes, a fim de evitar abusos e de efetivar o que dita a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, desta Siqueira:

O Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choice*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa. São tais indicadores que estão a reivindicar medidas efetivas para serem concretizados. Quando não efetivadas, dão ensejo à legítima persecução republicana para atende-las, administrativa, legislativa ou jurisdicionalmente (SIQUEIRA, 2011, p. 265-266).

Ao que parece, a separação, independência e harmonia entre os poderes não devem servir de obstáculos à efetivação da Constituição Federal de 1988, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Nota-se que é possível a atuação do magistrado como legislador positivo, embora dúvidas surjam no tocante à limitação desta atuação. Afinal, deve-se concordar que tal atuação encontrará limites sob pena de ocorrer realmente a usurpação de competências.

Para concluir, eis o posicionamento, a respeito do tema, de Siqueira:

Evidente que a limitação a atuação do magistrado como legislador positivo pra suprir a ausência de atuação dos demais poderes irá encontrar limites nas possibilidades de concretização, ou mesmos, como preferem alguns autores, o limite repousará na reserva do possível, sendo que ele deverá atuar sempre em vista da possibilidade econômica da concretização dos direitos (SIQUEIRA, 2011, p. 270).

5.5 Da legitimidade ativa e passiva nas ações judiciais

De acordo com Teodoro Júnior:

Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (TEODORO JÚNIOR, 2008, p. 71).

5.5.1 Legitimidade ativa

No que diz respeito à legitimidade ativa para a propositura de ações na busca da tutela mandamental ou condenatória, no que tange à obrigação do Estado de garantir o direito à saúde por meio de prestações materiais, sobretudo com relação ao fornecimento de remédios, tem-se que todo e qualquer interessado, agindo em seu nome ou na condição de representante legal de terceiro, pode ingressar em juízo.

Questão importante que se coloca, neste tópico, é aquela que diz respeito à legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo na busca da tutela do direito individual à saúde.

No que se refere às ações onde se busca a tutela do direito à saúde em favor de crianças e adolescentes, a legitimidade ativa do Ministério Público está assegurada pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O mesmo se pode dizer quanto à legitimidade do Ministério Público no que diz respeito à tutela do direito à saúde das pessoas idosas, conforme previsão do artigo 74, inciso I, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Entretanto, no caso em que a tutela jurisdicional é pretendida em favor de pessoas maiores, capazes e não idosas, ainda são colocados óbices à legitimidade do Ministério Público para figurar como autor no âmbito da relação processual. Neste sentido, argumenta-se que em se tratando de “interesse individual, cujo titular, perfeitamente identificado, não pode ser enquadrado na definição de consumidor, nem sua relação com o Estado considerada de consumo, resta inviável sua defesa por intermédio da ação civil pública, tanto quanto para tal não se legitima o Ministério

Público” (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2011). Entretanto, em que pese a divergência jurisprudencial sobre o assunto, a Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a defesa dos interesses individuais de caráter indisponível (art. 127, *caput*), bem como a obrigação de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Magna Carta, entre os quais o direito fundamental à saúde, autorizando-o a promover as medidas necessárias para garantia desses direitos (artigo 129, II).

Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no artigo 25, inciso IV, alínea “a”, confere ao Ministério Público legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública para a defesa, em juízo, dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A CF/88, ainda, relaciona como de relevância pública as ações e serviços de saúde (artigo 196) e preconiza como uma de suas diretrizes a integralidade do atendimento (artigo 198).

Inarredável, portanto, a conclusão de que o Ministério Público tem não só a possibilidade, mas o dever de defender todo e qualquer direito fundamental de caráter indisponível, em especial o direito à saúde, cabendo-lhe exigir dos Poderes Públicos seu efetivo respeito assegurando a prestação dos serviços relevantes e essenciais tendentes a garanti-los.

Na esteira deste raciocínio, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula de Entendimento nº 45, com o seguinte teor: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando que o Poder Público forneça tratamento médico ou medicamentos, ainda que só para uma pessoa” (BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO).

Importante destacar que o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público, ainda que para a tutela do direito à saúde de pessoas maiores e capazes, mostra-se absolutamente necessário como forma de se garantir o acesso à justiça, sobretudo para pessoas carentes e que residem em Comarcas onde não há o adequado atendimento a cargo da Defensoria Pública.

5.5.2 Legitimidade passiva

No que tange às pessoas de direito público interno que podem figurar no polo passivo da relação processual onde se discute o acesso e garantia do direito à saúde, vale destacar o teor do artigo 198, *caput* e § 1º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º - O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 1988).

Como é possível perceber, no Brasil a saúde é administrada por meio de um sistema unificado, integrado por todos os entes federativos, razão pela qual qualquer um deles, isoladamente, pode figurar no polo passivo de relação processual onde o autor busque a garantia de seu direito à saúde.

Neste sentido, é o teor do seguinte entendimento jurisprudencial:

Fornecimento de Medicamento. Poder Público. Obrigatoriedade. Responsabilidade Solidária. Sentença Confirmada. Medicamentos. Antecipação de Tutela.

Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o Sistema Único de Saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade *ad causam* do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento do mérito. Desprovimento do recurso. Manutenção da sentença em reexame necessário (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

Diante da solidariedade entre a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal enquanto integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), fica excluída a possibilidade de denúncia da lide e nomeação à autoria na hipótese do autor decidir

acionar judicialmente apenas um dos entes federados.

Vale destacar que tanto a União quanto os Estados, Municípios e o Distrito Federal são diretamente responsáveis pelo financiamento das políticas públicas relativas ao direito à saúde, razão pela qual não há que se falar em direito de regresso entre os entes federados.

5.5.3 A judicialização da saúde como forma de assegurar um direito constitucionalizado

Por vezes já foi dito, no curso do presente trabalho, que no Brasil a saúde é um direito líquido e certo do cidadão. Tal fato se mostra claro a partir da leitura dos artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988. Logo, se o assunto foi constitucionalizado, pode ser judicializado.

Partindo-se dessa premissa, efetivamente, o direito fundamental à saúde está sendo judicializado, são milhares de liminares concedidas com o intuito de assegurar a obtenção de remédios, atendimentos médicos e diagnósticos. Sendo que, em muitas situações, não existe o adequado tratamento no Brasil. Nesse caso, cabe ao Governo arcar com os custos do tratamento fora do país.

A judicialização da saúde é um fenômeno que se originou da ineficácia do Estado na prestação do serviço de saúde. Muitos remédios não são disponibilizados pelo SUS e, na maioria dos casos, há apenas um meio para a cura do paciente. Diante da omissão do Ente, que deveria prestar a assistência adequada, não há outro caminho a não ser a judicialização da demanda.

Diante da situação, magistrados vêm se sensibilizando cada vez mais com as demandas específicas. Logo, a consequência natural consiste na ingerência do Judiciário no orçamento público.

Nesse sentido, ressalta o jurista Gomes:

Em regra cabe ao Poder Público cumprir a decisão judicial, fazendo-se os devidos ajustes orçamentários, mas quando não há nenhuma possibilidade para isso, cabe à Administração Pública demonstrar, de modo inequívoco, a sua impossibilidade, visto que somente assim estará escutada no princípio da ‘reserva do possível (GOMES, 2009).

Logo, como restou demonstrado, o Judiciário pode e deve, desde que não cometa abusos, ditar sentenças que atinjam diretamente o orçamento público.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordado o tema da judicialização da saúde. Procurou-se visualizar os problemas que envolvem as demandas judiciais da saúde de maneira ampla, a fim de que se pudesse, de forma racional, apresentar parâmetros diante do

enfrentamento da matéria.

No tema referente às gerações dos direitos fundamentais, mostrou-se a formação básica desses direitos, procedendo-se à classificação destes em três gerações. Os direitos de primeira geração referem-se aos direitos de liberdade. Os de segunda geração são os direitos sociais, oriundos da concepção de que o Estado é responsável por realizar a justiça social. A terceira geração dos direitos fundamentais possui titularidade difusa e coletiva, assentados sobre a ideia de fraternidade. No Brasil, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas e foram introduzidos na Constituição de 1988, após um processo de redemocratização, tendo em vista o longo período vivido sob a ditadura militar.

Quanto aos princípios, restou provado serem de extrema importância, são verdadeiros dosadores, pois, a partir de sua compreensão, deixa de existir espaços para pensamentos e medidas extremas. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial têm esse especial relevo na temática dos direitos fundamentais. Por meio da dignidade da pessoa humana compreende-se melhor o ser humano, sendo possível distinguir aquilo que tem um preço daquilo que tem dignidade.

O mínimo existencial representa a quantificação mínima dos direitos fundamentais para que seja assegurada a dignidade da pessoa humana. A proporcionalidade é um instrumento importantíssimo, pois agindo de forma proporcional, tanto o magistrado, o legislador ou o chefe do executivo estarão manifestando-se de forma justa.

Trata-se o princípio da reserva do possível de um dos mais polêmicos temas do presente trabalho, por ser a matéria de defesa mais utilizada na demandas propostas em face do Poder Público que versam sobre medicamentos e tratamento.

Este capítulo, portanto, apresentou a temática dos princípios e aferiu o seu caráter, no caso, de norma jurídica.

Pôde-se concluir, também, que no Brasil a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Logo, a saúde pode ser vista como um processo sistêmico, que objetiva a cura de doenças e, ao mesmo tempo, visa à melhor qualidade de vida possível, levando-se em conta a realidade de cada indivíduo.

Restou esclarecido, também, que o Estado promove a saúde à toda população através do Sistema Único de Saúde - SUS e que é competência comum de todos os entes da federação, quais sejam, a União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado decorre do dever deste

em promover a saúde e apresenta-se, atualmente, como uma questão de grande complexidade, pois a procura por medicamentos aumentou bastante, logo, deve o Estado, através de políticas públicas bem desenvolvidas, elegerem aqueles medicamentos mais essenciais.

Só foi possível se falar em judicialização da saúde a partir da Constituição Federal de 1988, onde as normas constitucionais adquiririam força imperativa. Neste sentido, trava-se uma relevante discussão acerca dos limites do controle judicial de políticas públicas, aceitando-se a possibilidade dessa interferência, somente quando os direitos fundamentais forem ofendidos.

O excessivo número das demandas judiciais acaba por trazer consequências prejudiciais às políticas públicas traçadas pelo governo. Daí a importância da jurisprudência apontar critérios objetivos para a resolução desses conflitos.

Foi possível revelar, também, a situação referente às demandas judiciais da saúde, mostrando a sua indispensável utilidade, as questões polêmicas, tais como a legitimidade ativa do Ministério Público e a solidariedade dos Entes Federados, nas ações judiciais que envolvam pedido de medicamentos e tratamentos.

Isto posto, foi possível alcançar todos os objetivos desejados com a pesquisa, pois se verificou a posição dos temas abordados dentro da temática constitucional e administrativa contemporânea, de grande valia para a formulação de uma dogmática constitucional, assim como pode-se detalhar, de forma mais minuciosa, algumas das questões correntes da saúde no Brasil, não deixando de propor algumas alternativas e ensejando a discussão.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 169.876**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2011.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.797, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, maio 1999.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Súmula de entendimento n. 45**. Disponível em: <www.mpsp.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BRASIL. Portaria 3.916/GM, de 31 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Brasília: **Diário Oficial da União**, nov. 1990.

BRASIL. **Portaria n. 698/GM, de 30 de maio de 2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso extraordinário n. 273834**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 436966**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 2002.001.02662**. Disponível: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70012012209**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 14 nov. 2011.

CURY, Tatiana Leda. **Direito fundamental à saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: artigos 461 do CPC e 84 do CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Rocha. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz Publicações Jurídicas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.