

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

MONICA LORUSSO

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO PERANTE AS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

**CURITIBA
2008**

MONICA LORUSSO

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO PERANTE AS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antonio Prazeres.

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

MONICA LORUSSO

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO PERANTE AS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 A AMPLITUDE TEÓRICA À SAÚDE.....	09
2.1 CONCEITO EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE	10
2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
2.3 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	17
2.3.1 Princípio da Proporcionalidade.....	20
2.3.2 Princípio no Mínimo Existencial Versus Principio Da Reserva do Possível.....	22
3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS.....	28
3.1 O SISTEMA NORMATIVO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	29
3.2 A AUTO-APLICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	34
3.3 A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.....	36
4 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	46
4.1 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE MEDIANTE A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	47
4.2 A ATUAÇÃO DO JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO.....	51
5 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	59

RESUMO

Essa dissertação versa sobre direito á saúde, a qual se propõe demonstrar a relevância do direito à saúde como componente do direito à vida e a subsistência da pessoa humana em condições de dignidade. A saúde no Brasil encontra-se em um nível muito abaixo do aceitável para garantir e efetivar o direito á vida, com dignidade ao ser humano. No que se trata de direito fundamental das pessoas, a saúde deve merecer proteção integral por parte do Estado, mediante assistência que garanta a efetividade daquele direito em todos os planos. E mais ainda propõe-se a corroborar acerca da atuação do Poder Judiciário no âmbito da saúde, buscando encontrar quais os limites para que este poder atue como legislador positivo diante da posição do Poder Executivo em concretizar os direitos fundamentais. O texto discorrerá da saúde, uma vez que se trata de uma premissa básica do exercício da cidadania do ser humano, pois diz respeito da qualidade de vida, escopo esse de todo o cidadão, no exercício de seus direitos.

PALAVRAS CHAVE: EFETIVIDADE. MEDICAMENTO. SAÚDE. JUDICIÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde tornou-se um direito fundamental social, restando claro que é um direito para todos, indiscriminadamente, obrigando o Estado a assegurar o acesso universal e igualitário à saúde, os quais devem integrar uma rede internacionalizada e hierarquizada, construindo um sistema único de saúde.

A saúde enquanto um direito fundamental, esse com a finalidade de garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estiver sendo violado pelo ente político, será incumbido ao Poder Judiciário a tarefa de assegurar que o executivo cumpra as delegações constitucionais destinada a sua execução.

O objetivo deste trabalho está justamente analisar no caso de inércia do Poder Executivo que deverá o Poder Judiciário intervir no sentido de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, baseando sua decisão na consistência dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, sob os ditames do princípio da proporcionalidade.

A Constituição assegura outros direitos fundamentais, como por exemplo, segurança e propriedade, no entanto o direito à saúde trata-se de um bem jurídico, que uma vez desprotegido esgota a proteção de todos os outros.

A Carta Magna não é apenas uma coletânea de princípios, é sim um rol que reclama a efetividade de suas normas; e para a aplicação dessas normas, a interpretação a partir dos princípios fundamentais, visando a proteção da dignidade da pessoa humana.

Analisar a problemática acerca do artigo 196 da Constituição Federal o qual estabelece que a saúde é um dever de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sócias e econômicas. Sendo assim, diante de tal preceito constitucional qual deverá ser a obrigação do Estado em fornecer medicamentos com base em ações judiciais q reivindicam o tratamento médico.

E mais, há uma preponderância dos princípios constitucionais ao acatar uma demanda judiciária.

E ao ser transgredido um direito fundamental, o cidadão vai de encontro com o Poder Judiciário, que tem o papel de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, e assim possibilitando aos juízes e a tribunais ponderar esses direitos, optando entre princípios ou normas.

A questão, portanto, a ser analisada está sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e até que ponto o Poder Judiciário poderá intervir para que a Constituição Federal seja executada.

Cuida ainda acerca da possibilidade ou não do juiz trabalhar como um legislador positivo, se cabe à ele dar a aplicabilidade no que se refere à saúde.

2. A AMPLITUDE HISTÓRICA DO DIREITO A SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

A Constituição de 1988 busca impor ao Estado o dever de zelar pela dignidade das pessoas que residam no território brasileiro, sendo que é dever ainda zelar pela saúde de todos aqueles cidadãos que estejam no território nacional, devendo o ente federativo ser responsável em desenvolver políticas que atendam a necessidade da saúde da população brasileira¹.

A saúde como direito constitucional foi previsto na Constituição Federal de 1988 e consagrado pelo art. 196², que não é apenas uma simples previsão constitucional, que visa à realização da nova ordem social, pois impõe ao Estado a tarefa essencial de exercer políticas e ações que visam promover um tratamento igualitário afim de propiciar o bem estar da população³.

A Carta Magna deve servir como instrumento de governo, a qual deve traçar metas a serem realizadas pelo ente estatal, porém, estabelecer a aplicabilidade e eficácia, pois se os dispositivos legais que prevêm a saúde como direito fundamental ficarem inertes restarão ineficazes, devendo haver a complementação infraconstitucional⁴.

¹ MENDES. Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3.ed.rev.ampl. São Paulo: saraiva, 2004. P. 11

² 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.

³ Silva. José Afonso da. Curso de direito Constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P. 196.

⁴ Idem. Ibidem. P. 284

A saúde consta no rol dos direitos sociais reconhecidos no art. 6º, o qual abre o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos Fundamentais), sendo assim tal garantia é um direito de todos e dever do Estado⁵.

Com essa indicação tem-se que a garantia de que o Estado também deve se submeter às leis, não somente como criador delas e sim como executor das mesmas.

2.1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO A SAÚDE

Para se obter um conceito atual de saúde deve-se analisar a evolução perante o momento histórico do qual se conceituou, pois a cada momento a saúde foi vista de uma forma, face ao período em que o mundo atravessava, e com isso, as necessidades individuais e coletivas eram uma, e em outra fase outras eram as necessidades⁶.

O consenso acerca da saúde deve-se pelo fato que o mundo encontrava-se em um estado degradante, onde dependia-se de intervenção

⁵ Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P.285.

⁶ SCHWARTZ. Germano A. e Gloecnker. Ricardo Jacobsen. A tutela antecipada no Direito à saúde. Sergio Antonio fabris editor. Porto Alegre. 2003. P. 33

estatal na área da saúde, para que possibilitasse a melhoria da qualidade de vida⁷.

Com base nesse contexto que a Organização das Nações Unidas promoveu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual criou organismos que destinavam a garantir direitos essenciais ao homem, e partir de então a saúde passou a ser considerada como um direito fundamental de todo o ser humano, não promovendo distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social, passando a ser tratada pela Organização Mundial da Saúde, ao passo que passa a considerando a saúde como um estado de completo bem-estar físico, psíquico tanto quanto social⁸.

Isto significa que sadia e saudável não é apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de frigidéz física e mental, bem como aquela pessoa integrada na convivência social.

Afinal, o bem estar da sociedade depende da atividade estatal, a qual deve objetivar beneficiar a coletividade, possibilitando melhorias no âmbito da saúde, contemplando-a de forma digna e eficaz, oferecendo melhores condições para se tornar ativa a função/obrigação do Estado (este entendendo como um ente federativo).

A saúde não é uma preocupação histórica no Brasil, em suas primeiras Constituições, 1824 e 1891, uma vez que no âmbito da saúde não houve

⁷ SCHWARTZ. Germano A. e Gloecnker. Ricardo Jacobsen. A tutela antecipada no Direito à saúde. Sergio Antonio fabris editor. Porto Alegre. 2003.P. 34

⁸ Idem. Ibidem. P. 35.

abrangência, o que se valorizava era a propriedade privada, e assim sendo o direito a saúde vagava pelo plano do anonimato⁹.

Com a Constituição de 1934, período logo após a Primeira Guerra Mundial a qual trouxe transformações equiparáveis ao nascimento do Estado, como conhecido atualmente, que tinha por ideologia a conquista da liberdade ampla, e nesse contexto a nova Constituição afetada por esse sistema de idéias revolucionárias buscou instituir um Estado Social, com novas propostas, socioeconômicas, com uma grande repercussão no âmbito da saúde¹⁰.

Com o surgimento do Estado Novo, Getúlio Vargas, outorgou a Constituição de 1937, que nem sequer fez menção à saúde pública, a qual não se enquadrava com a política governamental da época¹¹.

Após a disposição do regime ditatorial encabeçado por Vargas e bem como o término da Segunda Guerra Mundial, trouxeram novas perspectivas ao país, entretanto a Constituição de 1946 não dispôs de forma expressa sobre a saúde¹².

Em 1967, promulgada mais uma Constituição, entretanto o direito à saúde pouco foi apreciado. Porém, com a Constituição Cidadã, a Constituição de 1988 se familiarizou com a norma do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹³, isto é, fazendo previsão do direito à saúde¹⁴.

⁹ Silva. Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P. 81

¹⁰ Idem. Ibidem. P. 81

¹¹ Idem. ibidem P. 82

¹² Idem. Ibidem. P. 83

¹³ Art. XXV.1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Portanto, o direito à saúde é um instituto recente, comprovando que esse atraso legislativo marca uma inércia, que com a evolução a saúde alude á um direito fundamental do homem.

Com o advento da definição de saúde ser um direito fundamental social, deu-se a prerrogativa que todos os cidadãos brasileiros possam desfrutar, uma vez que se trata de um direito subjetivo, não sendo relevante a condição social e econômica do paciente/indivíduo para que este tenha ingresso ao atendimento das necessidades básicas.

Ao preocupar-se com a saúde, o legislador de 1988 reconheceu que são direitos de relevância pública as ações e serviços que versem sobre a saúde, atribuindo de tal sorte o caráter de serviço público essencial.¹⁵

Conclui-se então que com o avanço constitucional pertinente ao direito à saúde está intimamente relacionado a proteção da dignidade da pessoa humana, o que se torna o “o fio condutor de uma ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo sua razão de ser”.¹⁶

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

¹⁴ Idem. Ibidem. 86

¹⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 5.ed. Livraria do Advogado Editora, pg. 442.

2.2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático é um Estado em que há predomínio da vontade popular na sua organização política, social, econômica e ideológica. É aquele que procura a concretização do bem estar social sob o escudo de uma lei justa e que certifique o conhecimento mais amplo possível do povo, no âmbito do processo político decisório.¹⁷

De tal maneira que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, ou seja, direitos coletivos, como, liberdade, segurança, saúde, trabalho, educação, segurança, igualdade, dignidade da pessoa humana.

Estado Democrático de Direito é aquele que permite a eficaz participação do povo na administração da coisa pública, visando alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, em que todos (inclusive os Governantes) estejam igualmente submetidos à força de leis que representam os anseios da maioria¹⁸.

Destarte, o Estado Democrático é caracterizado pela presença da limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem, e ainda deve apresentar a questão da soberania popular, esta por sua vez representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle de decisões.¹⁹

¹⁷ Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P. 112-113

¹⁸ Idem. Ibidem. P. 113

¹⁹ Idem. ibidem. Pg. 115

Assim o conceito de Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma estrutura jurídica e política, em que os direitos sociais seriam tratados como direitos fundamentais.

Portanto, Estado Democrático de Direito é um conceito que visa garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos [direitos humanos](#) e pelas liberdades fundamentais, através de uma protecção jurídica. E nesse Estado de Direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito da regra de direito.

Assim, Estado de Direito é aquele em que vigora o império da lei; neste tipo de Estado, as leis são criadas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos; uma vez que o Estado criou as leis e estas passam a ser aplicáveis, o próprio Estado fica adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo impostos; no Estado de Direito, o poder estatal é limitado pela lei, não sendo absoluto, e o controle desta limitação se dá através do acesso de todos ao [Poder Judiciário](#), que deve possuir autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e limites ao exercício do poder estatal.²⁰

No Estado Democrático de Direito, apenas o [direito positivo](#) poderá limitar a ação estatal, e somente ele poderá ser invocado nos tribunais para garantir a preponderância das leis²¹.

Vale aqui ressaltar o papel exercido pela [Constituição](#), já que nela limitam-se e distinguem-se os limites e as regras para o exercício do poder estatal, onde estão inseridas as garantias fundamentais, restando assim que o

²⁰ Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P. 118

²¹ Idem. Ibidem. 119

Estado Democrático de Direito não pode prescindir da existência de uma Constituição.

O Estado Democrático de Direito é ao mesmo tempo um princípio constitucional e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio, os quais privilegia a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e, o pluralismo político.

A poder deste Estado se justifica para promover os direitos fundamentais, restando claro o papel excepcional de desempenhar a aplicação da norma constitucional, sendo que essa norma é a emanção da vontade do povo e não sendo a expressão da vontade do governante²².

Assim, construiu uma sociedade livre, justa e solidária, garantidora do desenvolvimento nacional, erradica a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituindo objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 4º Constituição Federal).

²² Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2002. P. 120.

2.3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Os princípios são os elementos essenciais dentro do pensamento jurídico, uma vez que abrigam um direito fundamental, isto é, são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.

São nos princípios constitucionais que se resumem os bens e valores considerados fundamentais de validade de todo o sistema jurídico.

Para Celso Bastos tem-se que os princípios:²³

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Os princípios constitucionais são critérios para futuras normas e serão concretizados à medida que tais normas são editadas para sua efetivação.

Sobre os ensinamentos de Luis Roberto Barroso²⁴ temos que os princípios constitucionais são:

(...)precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se

²³ BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2000. Pág. 57

²⁴ BARROSO. Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo.Saraiva, 1996, p. 142-143

superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Na doutrina temos como princípios norteadores das normas constitucionais o Estado de Direito, soberania nacional, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, e os demais princípios elencados em nossa Carta Magna.

O princípio jurídico é um embasamento de um sistema, uma disposição que possibilita um critério de compreensão, uma vez que são encontrados em todo ordenamento jurídico, entretanto os princípios constitucionais refletem valores supremos e superiores já havidos numa sociedade.²⁵

E ainda, como princípio norteador do direito tem o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo inclusive fundamento da República Federativa do Brasil, objetivam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro, tal que impõe um núcleo básico e garantidor do ordenamento jurídico pátrio, possuindo como critério o parâmetro de valorar e orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional atual²⁶.

A dignidade humana e os direitos fundamentais vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.²⁷

²⁵ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do principio da igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 200. P. 68.

²⁶ PIOVESAN Flávia. Temas de Direitos Humanos. Max Limond. 1998. P.34

²⁷ PIOVESAN Flávia. Temas de Direitos Humanos. Max Limond. 1998. P.34

Pois bem, assim o intérprete da norma terá por obrigação interpretar a Constituição se pautando neste paradigma, pois qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana deverá ser tida como inconstitucional.

Os princípios constitucionais usufruem de posição hierárquica superior em relação às demais normas jurídicas, uma vez que representam os valores coordenativos, objetivando uma adequação da realidade material de um fato submetido a uma regra formalmente prescrita.

Os princípios constituem a base, o alicerce de um sistema jurídico. São verdadeiras proposições lógicas que fundamentam e sustentam um sistema. Eles têm uma função estruturante dentro do sistema jurídico. Na sistemática constitucional brasileira, observa-se desde os princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras²⁸.

Nos princípios jurídicos fundamentais, por exemplo, aqueles que estruturam o Estado Democrático de Direito, encontram-se fundamentos para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo constitucional e infra-constitucional²⁹.

Contudo os próprios princípios constitucionais em determinado caso podem entrar em conflito, o que não significa a prevalência de certo princípio sobre o outro ou então, de modo algum, que venha a ser considerado como inconstitucional.

²⁸ Barroso. Luis Roberto . Interpretação e aplicação da constituição. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P.350

²⁹ Idem. Ibidem. P. 350

As questões da colisão de princípios constitucionais exigem uma complexa avaliação sobre os valores intrínsecos existentes em outros princípios, devendo estabelecer os limites específicos da validade jurídica³⁰.

Enfim, como essas normas têm a mesma hierarquia devem ser aplicadas de acordo com a dimensão de peso que elas assumem no caso concreto. Cabe ao intérprete proceder a ponderação dos princípios e fatos relevantes, sendo que os direitos por eles regidos são exercidos em princípio e na medida do possível.³¹

2.3.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este princípio surge para equilibrar a colisão dos princípios fundamentais, preponderando valores que deverão prevalecer em cada caso. É na verdade um meio adequado para solucionar conflitos entre normas, visando concretizar os direitos humanos, impedindo a violação do texto constitucional, isto é, deve conciliar valores com o fim de atingir o respeito e a proteção da dignidade humana³².

³⁰ Mendes. Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: saraiva, 2004. P. 77

³¹ Barroso. Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em 20/02008.

³² Barroso. Luis Roberto . Interpretação e aplicação da constituição. 6. Ed. São Paulo: saraiva, 2004. P. 46

O princípio da proporcionalidade visa uma ponderação dos direitos fundamentais, de acordo com a importância destinada a cada um deles, assim a primazia do princípio se vale sobre a ponderação acerca dos valores que trará mais benefícios ou prejuízos, buscando dar ao caso concreto uma solução que vise o equilíbrio entre os bens em colisão.

O direito constitucional desenvolveu então um método de decisão, isto é a proporcionalidade em sentido amplo, devendo analisar a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³³.

Assim tem por fim estabelecer limites à um bem que é inviolável, isto é as garantias individuais, causando um menor prejuízo, evitando desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais.

O fim almejado está na razoável correspondência entre a intensidade da sanção que se pretende aplicar e a ação que se objetiva punir, pois não há hierarquia dos princípios constitucionais, assim todas as normas detêm a mesma igualdade e importância, isto no plano teórico.

Pois no plano fático a incidência no que tange as normas constitucionais pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais, e o critério da proporcionalidade serve para solucionar os conflitos fundamentais através de juízos comparativos de ponderação de interesses envolvidos no caso concreto.

Portanto, a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo, juntamente com o princípio da igualdade, com o escopo de justiça concreta, permite que os direitos sociais constitucionais sejam efetivados.

³³ Barroso. Luis Roberto . Interpretação e aplicação da constituição. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 48

2.3.2. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A dignidade da pessoa humana possui um elevado teor interpretativo, traduzido como fundamento de direito, havendo uma preocupação na tutela da dignidade que contrapõe uma possível lesão de toda a ordem que envilecem essa dignidade.

A idéia do mínimo existencial propõe estabelecer um rol de direitos que comportaria o mínimo vital que visa evitar a uma ineficácia jurídica de alguns dispositivos sobre os direitos sociais.

O mínimo existencial corresponde a uma série de condições indispensáveis à existência humana, uma sobrevivência digna, física, espiritual e intelectual, representando de tal sorte os direitos sociais, econômicos e culturais³⁴.

Isto é, está dentro das prioridades orçamentárias, e a não realização do mínimo de considerações viola ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim sendo tem-se que o Estado deve garantir condições mínimas para que os indivíduos possam desenvolver-se possibilitando que os mesmos tenham

³⁴ Barroso. Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em 20/05/2008.

meios de assegurar sua própria dignidade. Nada mais que buscando outro princípio constitucional, o da igualdade³⁵.

Ou seja, o mínimo existencial é garantidor dos direitos básicos das pessoas, analisando, contudo o binômio necessidade/capacidade, não somente daquele provedor, mas também daqueles a quem fora prometido a satisfação das necessidades. O que vem sendo reconhecido que esses mínimos direito são as necessidades básicas de cada um, neste caso sem sombra de dúvida incluso o acesso sem barreiras ao direito à saúde³⁶.

Enfim, a questão do mínimo existencial cria controvérsias acerca da identificação de quais prestações tornam-se indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, qual seria a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial, isso se dá pelo fato de que os direitos fundamentais são mutuamente compatíveis e complementares.

Essa polêmica pode ser solucionada quando forem abandonadas posturas absolutas, buscando reformular formas para atingir e satisfazer direitos distintos.

Pois, a questão do mínimo existencial esbarra numa referência ideal para a consecução de condições mínimas indispensáveis para a manutenção digna da vida, entretanto faz-se necessário o reconhecimento de determinados recursos mínimos para a existência e sobrevivência de um cidadão. Isto é, está intimamente ligada à prestação de recursos essenciais, devendo ser analisada

³⁵ Barroso. Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em 20/05/2008.

³⁶ Sarlet. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. P. 320.

a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e ao direito à saúde.³⁷

É preciso haver uma padronização da atuação dos poderes estatais na realização dos direitos sociais, proporcionando assegurar o mínimo existencial, para que se evite a falta de vontade política. Porém, não se pode pensar apenas no mínimo próprio para cada cidadão, uma vez que tal conduta estaria nivelando por baixo os direitos que não foram hierarquizados pela Constituição.³⁸

Já no que tange ao princípio da reserva do possível, diz respeito as possibilidades financeiras do Estado, a qual analisa a disponibilidade de recursos materiais para dar ao indivíduo condições de ter acesso aos princípios constitucionais, como por exemplo o acesso a assistência farmacêutica.

Uma barreira encontrada pelo cidadão para o não fornecimento pelo Estado, de medicação e acesso à saúde igualitária, está na desculpa dada pelo próprio ente federativo acerca do princípio da reserva do possível, alegando que o ponto de partida da Constituição se pauta nesta reserva, alegando que esses direitos sociais só podem ser respeitados quando houver recursos financeiros públicos suficientes para isso.

Sobre a matéria Canotilho não admite o uso desse princípio para o não cumprimento dos direitos sociais:³⁹

“Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica” sustentando que “os

³⁷ Sarlet. Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. P. 322-323.

³⁸ BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. P. 280.

³⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Almedina. P.481-482

direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional”, asseverando que “as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos” e que “as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão”, acrescentando que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não promessas vagas e abstratas”.

Assim, tem-se que ter máximo zelo quando o Poder Executivo se apega ao argumento da reserva do possível para justificar a sua falta de comprometimento com a saúde, deixando de cumprir o que dispõe a emenda Constitucional n. 29/2000, a qual prevê a destinação no orçamento de recursos mínimos para a área da saúde.⁴⁰

A questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser uma forma absoluta, pois sim deve ser administrado com a idéia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos mencionados.

É o princípio que versa que o Estado deve garantir educação, saúde, moradia, segurança, lazer, na medida de suas disponibilidades orçamentárias, sob a pena de comprometer o desenvolvimento das políticas públicas. É na verdade decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

A solução eficaz deveria ser de harmonizar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, buscando parâmetros ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois não pode-se esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para gastar em forma de prestação de serviços, é exatamente realizar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal.

Deve-se atingir os elementos essenciais da dignidade, pois é viável que o princípio do mínimo existencial juntamente com o estabelecimento de prioridades orçamentárias sejam produtivos no que tange o princípio da reserva do possível.

Ingo Wolfgang Sarlet questiona até que ponto o postulado da reserva do possível, na esfera dos direitos fundamentais, tem o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e a realização destes direitos, assim esclarece que:⁴¹

[...] a crise da efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal. Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, significa que a reserva do possível é que a consagração pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional,

⁴¹ Sarlet. Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 373.

imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e os fatos dessas razões, mas sendo-lhe proibido entrar no mérito da escolha, se reconhecida à razoabilidade.⁴²

⁴² AMARAL. Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 116-119.

3. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Conseqüência natural do mais relevante dos direitos humanos é o direito à vida, enquadrado no mesmo patamar do direito à saúde.

Com a Constituição Federal de 1988, após colocar como um dos princípios basilares do Estado Democrático, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) – evidencia o rol dos direitos fundamentais como ponto de partida a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, caput), e, por conseguinte a Constituição anuncia o rol dos direitos sociais, incluindo nele o acesso a saúde, fazendo-se a preservação de uma vida digna.

De tal forma a constitucionalização do direito a saúde ocasionou em um aumento formal e matéria de sua força normativa.⁴³

Sempre bom lembrar que nossa Constituição, promulgada em 1988, rompeu com uma tradição que era mantida nas Constituições anteriores, e cuidou dos direitos fundamentais no seu início, antes mesmo de cuidar da organização do Estado e do Governo, numa clara demonstração de que se tratava de uma Constituição garantista, preocupada antes com o indivíduo do que com o Estado, resgatando, assim, idéias liberais que remontam à Revolução Francesa e que estavam adormecidas durante o nefasto período

⁴³ BARROSO. Luis Roberto. O direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3.ed. São Paulo. 1996. P.83.

ditatorial por nós vivido. Por isto é chamada de “Constituição Cidadã”, já que promoveu o resgate da democracia em nosso país⁴⁴.

3.1. O SISTEMA NORMATIVO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde a um direito social, garantindo o acesso universal e igualitário dos cidadãos às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Para tanto, é dever do Poder Público organizar as ações que garantam o direito à saúde, respeitando-se os princípios da universalidade de cobertura e do atendimento e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais⁴⁵.

Aqueles que se propõe a cumprir os objetivos traçados pela Constituição Federal devem criar condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto a viabilidade da vida implica a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por esta razão a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços, destinado à seguridade social.

⁴⁴ Silva. José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. Editora Malheiros: São Paulo. P. 418.

⁴⁵ Idem. Ibidem. P. 285

O art. 6º elenca dentre os direitos sociais à saúde, direito este que, ainda na forma da Carta Política, constitui direitos de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

O 7º possui dois incisos que garantem a saúde, o inciso IV estabelece que o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, incluindo o direito à saúde; e o inciso XXII impondo uma redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança.

O artigo 23 dispõe em seu inciso II a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde e assistência pública da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Tem-se ainda o artigo 24, inciso XII, que a União, Estados e Distrito Federal detêm competência concorrente para legislar sobre a defesa e o acesso à saúde. Contudo, o Município – conforme art. 30, I, pode legislar sobre a saúde, pois trata-se de igual sorte de um inegável interesse local.

O inciso VII art. 30 dá ao Município competência para prestar serviços de atendimento à saúde da população, cooperando assim com a União e os Estados.

Com a edição da Emenda constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, acrescentou a alínea “e” ao artigo 34, inciso VII, permitindo a intervenção da União nos Estados e também no Distrito Federal, quando for o caso de não

ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, objetivando assim melhores condições de saúde.

Essa emenda modificou o inciso III do art. 35, dando a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, no mesmo caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal.

De acordo com artigo 196 a saúde tornou-se um direito de todos e dever do Estado, o qual deve garantir através de políticas sociais e econômicas que visem á redução do risco de doença e de outros agravos, promovendo o acesso universal e igualitário para o acesso a saúde.

Já o artigo 197 reconheceu os serviços que versem sobre saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, cabe ressaltar que o art. 129, II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pela efetiva prestação de serviços de relevância pública com a intenção de atender aos direitos garantidos na Constituição Federal, promovendo medidas cabíveis a concretização da saúde. Podendo identificar neste contexto o cuidado que o constituinte teve em garantir a efetividade do direito à saúde.

O art. 198 deu a estrutura geral do Sistema Único de Saúde, considerando-o em uma rede regionalizada e hierarquizada, a qual será brevemente discutida.

Entretanto, o art.199 facultou a assistência privada, podendo as instituições participar de modo a complementar o sistema único de saúde.

Já o art. 200 traz um rol exemplificativo das atribuições do sistema único de saúde, as quais seriam: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos

e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

E ainda, o art. 208 colocou a assistência a saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental.

De menor expressão o art. 220, § 3º, inciso II, que através de uma lei federal passa ser restringida a propaganda de produtos, prática e serviços que passam ser nocivos á saúde.

E ainda, o art. 227 determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar á criança e ao adolescente o direito à saúde.

Assim verifica-se que são vários os dispositivos legais que tratam diretamente da saúde, o que demonstra a preocupação do legislador em dar efetividade ás ações e programas na área da saúde, pois essas normas possuem eficácia jurídica e podem ser utilizadas para a concretização desse direito e dever do Estado, visando a máxima efetivação das normas constitucionais.

Por derradeiro o Poder público, entes estatais, 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.

Vê-se, no entanto que a nossa Carta Magna pressupõe a integralidade da assistência, de forma coletiva ou individual para atender a cada caso, em todos os níveis de complexidade.

As normas constitucionais devem ser respeitadas no Estado Democrático de Direito, vez que tem a finalidade de ensejar à melhoria das condições de vida das pessoas desprovidas de recursos materiais, almejando de tal modo a igualdade social.

O direito a saúde acorda no princípio de que o direito á vida, inerente a pessoa humana, pressupõe o direito ao tratamento da saúde sempre que for necessário, devendo se observar os avanços da medicina e independentemente da situação econômica da pessoa adoecida ou enferma.⁴⁶

Posto que, cabe ao Estado prover as condições, indispensáveis ao pleno exercício, promovendo meios de torná-los efetivos.

⁴⁶ Silva. José Afonso da. Curso de direito Constitucional Positivo. 20. Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.P. 768.

3.2. A AUTO-APLICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

As normas constitucionais são dotadas da qualidade imperatividade, não sendo simplesmente programáticas, mas sim definidoras de um direito fundamental e com aplicação imediata. Isto pelo fato que a saúde é um direito assegurado pela lei fundamental (art. 5º, CF) e conforme § 1º art. 5º de aplicação imediata e eficácia plena, isto é, não dependendo, a sua fruição, de lei ou outra norma subalterna, editada por qualquer ente, para que sejam aplicados e obedecidos por todos.

Outrossim, ao negar a eficácia plena à norma constitucional destinada à saúde contraria uma evolução histórica acerca da celebração e efetivação dos direitos fundamentais, pelo simples fato que a Lei maior prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais tem aplicação imediata” (art. 5º § 1º).

Mediante art.5º § 1º tem-se que:⁴⁷

Mesmo sob o ponto de vista da mera efetividade, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagrados na nossa Constituição, nem mesmo aos assim, equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do artigo 5º.

Aplicar o direito é torná-lo efetivo, e ao afirmar que um direito é imediatamente aplicável significa que independe de qualquer ato legislativo ou

⁴⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. p. 387.

administrativo que preceda a decisão na qual se consume a sua efetividade, cabe ao Judiciário decidir a sua imposição.

Luis Roberto Barroso diz que efetividade constitui a realização do Direito, a atuação concreta de sua função social.⁴⁸

“Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”

A aplicabilidade da norma constitucional se dá em razão de sua natureza, é primária, fundamental e hierarquicamente superior às demais, a fonte do ordenamento jurídico.

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 ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (Constituição Federal, art. 196).

Portanto, é dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. Tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata. A saúde é um direito assegurado constitucionalmente às pessoas, dado que inerente à vida, e o direito à vida, assegurado pela lei fundamental (art. 5º CF), de aplicabilidade imediata ao teor do disposto no § 1º, do art. 5º da Constituição Federal.

Muito embora não exista norma legal que imponha à Administração Pública o dever de fornecer gratuitamente à população todo e qualquer

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79.

medicamento prescrito por seus médicos para o tratamento de problemas de saúde, não se pode perder de vista os princípios maiores que norteiam a conduta do Estado no atendimento às necessidades primordiais dos administrados, quais sejam, o direito à vida, inscrita no caput do art. 5º, aliado ao direito à saúde, que se estende a todos e constitui dever do Estado, nos termos do disposto no art. 196, ambos da Constituição da República.

3.3. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Constituição Federal e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde, nº. 8.080/90, tem por escopo através de políticas sociais e econômicas, visando assegurar uma saúde mais igualitária.

A lei federal que institui o SUS deu o mesmo status à saúde conferido pela carta Constitucional:

A divisão de atribuições dada pela Lei 8.080/90, que constituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, não exime os entes federativos de suas responsabilidades garantidas pela Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu artigo 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS) como sendo ações e serviços de saúde que integram uma rede

regionalizada e hierarquizada, estabelecendo o princípio da diversidade da base de financiamento desse sistema, assim sendo:

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

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

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

III – participação da comunidade.

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

Diante disto, verificamos que a União Federal, os Estados e os Municípios têm o dever de fornecer a todos os tratamentos de saúde que forem necessários para a manutenção da vida destes, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Tal regra é válida tanto para o financiamento do atendimento e tratamento médico, quanto também para a aquisição dos medicamentos destinados aos pacientes e usuários do Sistema Único de Saúde, tendo como fonte de financiamento, entre outras, as da seguridade social e as orçamentárias da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante disposição da Carta Magna brasileira.

Com o fim de atender à diretriz da descentralização estipulada no art. 198 CF, as leis e normas infralegais que regem o SUS têm previsto diferentes formas de gestão para os Estados e Municípios; sendo que a devida

habilitação dos entes federativos caracteriza que a União repassará recursos de maior valor para tais entes.

O SUS tem como suas atribuições distribuir medicamentos gratuitamente – e, como a própria sigla nos revela, caracteriza-se por desenvolver ações sinérgicas, isto é, funcionalmente coordenadas: logo, os demandados são co-legitimados a responder pela presente demanda e têm responsabilidade patrimonial a ser partilhada por igual. Não é a toa que o SUS possui um comando em cada esfera de governo.

Perante tais argumentos, fica o Estado compelido a arcar com suas responsabilidades dentro de um sistema que é único e hierarquizado. Pois a solidariedade é um instituto, previsto nos artigos 265 e seguintes do Código Civil de 2002.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera constitucional de sua atuação, no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente, ou omissa, em relação ao problema da saúde da população, sobretudo dos mais desamparados da sorte e, por isso, mais carentes, sob pena de incidir em grave desvio de comportamento institucional.

A fonte de custeio e as questões orçamentárias, estas muitas vezes argüidas para justificar a propositada, ou descuidada ausência de previsão, não podem, ou não devem impedir o implemento da política pública que tenha por superior objetivo o cumprimento da norma constitucional, à luz da legislação comum disciplinadora da matéria, de acordo com o seu verdadeiro espírito e nos limites de seu verdadeiro alcance.

O usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) tem o direito ao atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, independentemente dos problemas orçamentários apontados pela Administração. Caso contrário, estará ferindo o princípio de igualdade de condições entre os cidadãos.

A saúde é um direito constitucionalmente assegurado a todos, indistintamente. Pois, inerente à vida, o bem maior do ser humano; portanto o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira legislação do gênero a positivizar o direito a saúde como direito fundamental.

O art. 196 de nossa Constituição estabelece:

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 a sua promoção, proteção e recuperação.

Os óbices burocráticos opostos pelos gestores do SUS não são aptos a afastar o dever constitucionalmente imposto ao Estado (na forma de Poder Público) de garantir o pleno direito à saúde, uma vez que tal dispositivo obriga esse poder público a garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, bem como a exercer ações e serviços de forma a promover, proteger e recuperar a saúde.

Como se pode verificar o direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar todas as providências necessárias e indispensáveis para a sua promoção.

No Brasil é aplicada a dimensão *positiva* do Direito fundamental à saúde, ou seja, é direito subjetivo do cidadão, que pode ser exigido da União Federal, dos Estados e dos Municípios, solidariamente, por meio de uma ação judicial, o fornecimento de um determinado tratamento médico, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia ou mesmo o fornecimento de um medicamento ou qualquer outro meio para proteger a sua saúde.

Ressalte-se ainda que a Constituição da República impede à Administração erguer barreiras burocráticas que impeçam o tratamento adequado do paciente carente portador de moléstia gravíssima e que necessita do uso dos medicamentos, sob pena de ter a condição clínica agravada de modo imprevisível.

Portanto, é dever do Estado – aqui entendido como conjunto das três esferas de atuação (Federal, Estadual e Municipal), imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde e a todos os cidadãos, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei 8.080/1990 vai mais longe e fazendo jus a denominação Lei Orgânica da Saúde, traz inúmeras outras disposições que efetivamente asseguram o direito à saúde, e conseqüentemente o acesso aos medicamentos, posto que o Estado tenha o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Desta forma, a lei reconhece que o dever do Estado de garantir a saúde pressupõe condições econômicas e sociais que favoreçam o bem-estar do cidadão, confere a tarefa de promoção da saúde aos dirigentes do SUS e

salienta a integração da assistência e da prevenção, modalidades de proteção à saúde indissociáveis, que, certamente, englobam o acesso aos medicamentos necessários para a proteção e restabelecimento da saúde.

A referida lei dispõe acerca do SUS e promove a descentralização e municipalização, no que diz respeito ao dever de garantir a saúde da população. Nesse sentido, sobre o fornecimento do medicamento temos que:

Art. 9º. a direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera do governo pelos seguintes órgãos:

- I – no âmbito da União da União, pelo Ministério da Saúde;
- II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Diante das alegações acima, deduz-se que o Sistema Único de Saúde ramifica-se, sem, contudo, perder sua unicidade, de modo que de quaisquer de seus gestores podem ser exigidas ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

Ora, aqueles que se propõem a cumprir estes objetivos, com tais princípios, devem criar as condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por isso, a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Em cumprimento das disposições constitucionais retro, a Lei Federal nº. 8080, de 19.09.1990, igualmente assegura a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis e afirma que a saúde é um direito

fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. E em mesma legislação garante que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício, estando em seu campo de atuação a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Torna-se inquestionável que o fornecimento gratuito de serviços de saúde e medicamentos constitui responsabilidade do Estado, segundo vem derivado do mencionado artigo 196 da Constituição Federal, o que por si só viabiliza a concessão de tutela, inclusive de forma antecipada.

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.

O Estado é responsável pelo fornecimento gratuito de medicamentos e exames para doentes comprovadamente hipossuficientes. Ao paciente não pode ter negado o direito garantido na Constituição da República de receber o tratamento adequado, fundando-se apenas na mera competência de outro ente federativo.

É inegável que a nossa Carta Magna pressupõe a integralidade da assistência, de forma coletiva ou individual para atender a cada caso em todos os níveis de complexidade, devendo fornecer ao paciente necessitado o medicamento, bem como todas as condições básicas que garantam a sua vida.

Neste sentido entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI

N. 8.080/90. O v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal a quo decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido. Recurso especial provido. Decisão unânime. (Resp 212346/RJ; D.J. 04/02/2002, pg.: 00321, Rel. Min. Franciulli Netto, STJ, 2a Turma)

Cada vez mais se consagra o direito à saúde e, em consequência disto, o correlato direito de acesso aos medicamentos indispensáveis à proteção e manutenção da saúde, por parte de todos.

E fica cada vez mais consolidado que União, Estados e Municípios são devedores solidários deste direito, podendo ser demandados juntos ou isoladamente, de nada valendo, para a Justiça frente ao cidadão que dela se socorre, os atos normativos, tais como portarias e resoluções, que pretendem repartir entre esses entes Federativos as atribuições por tipos de medicamentos. Quando muito, como já dito, servirão tais atos para, em posterior ação regressiva, garantir o ressarcimento do ente que foi chamado a suprir a omissão do outro.

Visando concretizar o mandamento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador estabeleceu preceitos que tutelam e garante o direito a saúde. Neste sentido, tem-se a Lei Federal n. 8212/91, que dispõe acerca:

Art. 1º. A seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações da iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social

[...] 2º. 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 a sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

- a) Acesso universal e igualitário;
- b) Provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;
- c) Descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

A lei federal nº. 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, que assim estabelece:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação

(...)

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgão e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das funções mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – Sus.

O art. 7º da citada lei estabelece que as ações e serviços públicos que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 CF, obedecendo aos seguintes princípios:

Art. 7º. [...]

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

II – integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado;

III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

[...]

XI – conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, mátrias e humanos da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

Como pode se analisar a própria norma disciplinadora do Sistema Único de Saúde elenca como princípio a integralidade de assistência, definindo-a como um conjunto articulado e contínuo de serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A medicina avança cada vez na luta pela descoberta de novos tratamentos. Seria insensato o corte dos medicamentos somente pelo fato dos mesmos não estarem disponibilizados pelo SUS ou não constarem em suas listas padronizadas, que, pela exagerada burocracia, demora, em muito, as suas atualizações, enquanto a medicina avança a cada dia.

Não se poder admitir a limitação do fornecimento dos medicamentos ao rol dos que estejam disponibilizados pelo SUS nas unidades de saúde credenciadas, porquanto cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa decisão médica, ou seja, com as condições existentes no momento de seu tratamento.

Ora, conforme premissa constitucional é direito social de todo e qualquer cidadão a saúde. A referida premissa, por certo, obriga o Poder Público ao fornecimento de atendimento médico adequado e, por óbvio, entrega da medicação de que carecem os necessitados (art. 196, da CF), estando envolvidos no cumprimento do encargo União, Estados e Municípios.

É cristalino o dever que incumbe ao Poder Público de fornecer medicamentos, especialmente os essenciais, aos cidadãos que porventura deles dependam para a manutenção e recuperação de sua saúde. Em perfeita consonância com esse sistema de proteção à saúde, formado pelo texto constitucional, Lei Orgânicos da Saúde e demais dispositivos referidos no corpo do texto, e inúmeras decisões das Colendas Cortes do Poder Judiciário brasileiro.

Mas, segundo preceitua o art. 4º da Lei 8080/90:

Art. 4º - o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde.

Resta claro que a divisão de atribuições dada pela Lei 8.080/90, que constitui o Sistema Único de Saúde – SUS, não exime os entes federativos de suas responsabilidades garantidas pela Constituição Federal.

Assim, cada vez mais se consagra o direito à saúde e, em consequência disto, o correlato direito de acesso aos medicamentos indispensáveis à proteção e manutenção da saúde, por parte de todos.

Assim, a responsabilidade pela saúde pública, imposta pela Constituição Federal, não pode ser considerada de maneira fracionada, na medida em que cabe a qualquer dos entes da federação.

4. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO

Os Tribunais Superiores têm atribuído ao Poder Público a obrigação de fornecer medicamentos a particulares, de modo individual sob o argumento de que se estaria resguardando o direito à vida. Na verdade não se discute que o dever de fornecimento de medicamentos, em seu núcleo, relaciona-se diretamente com o direito à vida, uma vez que, a falta do tratamento adequado pode causar a morte do pretendente.

No tocante à atuação do Poder Judiciário na materialização do direito fundamental à saúde, especialmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos pelos entes estatais, verifica-se que os órgãos jurisdicionais têm se deparado com tutelas visando o fornecimento de medicamentos constantes nas listas, bem como medicamentos que não estão nelas. A crise atual na saúde, reveladora de que o Estado não está conseguindo atender às necessidades básicas relacionadas a este direito, é considerada um dos mais graves problemas atuais do Brasil⁴⁹.

Realmente, a norma constitucional garante de forma genérica o direito à saúde. No entanto, quem delineará o tipo de prestações a abranger este direito é a legislação infraconstitucional, não obstante, uma vez que a legislação não considere satisfatoriamente uma definição de qual tipo de prestação será fornecida, incumbirá ao Poder Judiciário dirimir os conflitos⁵⁰.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de direito processual Civil. 24.ed.v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 678

⁵⁰ Idem. Ibidem. 670

Enquanto ao legislador caberá a função de dispor sobre a forma da efetivação do direito à saúde, aos tribunais caberá decidir os casos em que houver desvio da finalidade ou até mesmo a omissão do Poder Público na concretização do disposto na norma constitucional.

4.1. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE MEDIANTE A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O papel do Poder Judiciário está adstrito a interpretação da legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio, isto é, cabe ao judiciário interpretar entre outras normas a Constituição Federal, preservando direitos e certificando que as leis serão efetivamente cumpridas⁵¹.

Se o indivíduo não recebe os serviços de saúde o que a Constituição lhe garante, procurará o seu direito na Justiça. Assim, a colocação nas mãos dos juízes de problemas de saúde reflete a extensão e a profundidade da crise do sistema nacional de saúde.

E é por esta razão que caberá ao juiz o papel de construção no que tange a aplicação de conceitos jurídicos que versem sobre os direitos fundamentais, realizando a ponderação entre esses direitos e os princípios constitucionais.

⁵¹ Silva. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2002. P. 551

O controle jurisdicional acerca da entrega de medicamentos tem por finalidade uma norma jurídica. E por base nesta finalidade que o Poder Judiciário tem por desempenho primordial reparar eventuais desigualdades na esfera da saúde, entre outras, mediante provocação das partes, posto que detém competência para tal função⁵².

O Poder Judiciário atua em seguida da não atuação do poder estatal com a saúde, o que faz buscando soluções dentro da própria Constituição, analisando se o Estado está agindo com seu papel, arquitetando políticas sociais e econômicas para a efetivação do direito à saúde, e no caso deste desempenho não ocorrer, pode o judiciário, através de intervenção para a consecução do direito sanitário⁵³.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A falta ou mesmo a deficiência dos serviços gera uma ameaça do direito à vida, e possivelmente acarrete em lesão irreparável a esse direito, é neste contexto que a intervenção jurisdicional visa coibir a lesão e a ameaça ao direito.

Considerando a atuação do Poder Judiciário, observa-se uma enorme demanda no que se refere ao tratamento judicial de questões políticas. Em um primeiro momento, a atuação Poder Judiciário restringe-se à limitação e

⁵² BARROSO. Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicilização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Acesso em 20/05/2008.

⁵³ Silva. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2002. P. 552

regulação das atividades das instituições legislativas. Assim, ao analisar as leis os juízes realizam o controle de constitucionalidade⁵⁴.

Como as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação sócio-econômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário é conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade da atuação governamental⁵⁵.

De tal forma que o Judiciário atua como um legislador implícito, aplicador de políticas públicas, mostrando a deficiência do sistema político em cumprir com as demandas sociais requeridas ao Estado.

Os princípios de justiça social fazem com que os juízes, enquanto aplicadores das normas se manifestem acerca das políticas públicas tidas como meio para efetivação das garantias sociais da Constituição. Ao observar a Constituição estando no topo da pirâmide normativa positiva, significa dizer que todos os atos normativos, são passíveis de revisão judicial acerca de sua constitucionalidade⁵⁶.

⁵⁴ BARROSO. Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicilização excessiva: direito â saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a autuação judicial. Acesso em 20/05/2008

⁵⁵ MENDES. Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. P. 447

⁵⁶ BARROSO. Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicilização excessiva: direito â saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a autuação judicial. Acesso em 20/05/2008

4.2. A ATUAÇÃO DO JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO

O juiz não pode deixar de julgar e dar o direito a quem o busca, mesmo que para isso, tenha que preencher lacunas, utilizando para tanto dos princípios fundamentais do direito.

Assim como os governantes também os magistrados possuem obrigações positivas, disposto no artigo 126, capítulo IV do Código de Processo Civil que trata dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz que dispõe:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Conforme este dispositivo legal, o juiz não pode deixar de sentenciar ou despachar sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe aplicar, conforme o caso, não havendo normas legais, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ao se deparar com encontrar com uma limitação legislativa, pode, sem dúvida, socorrer-se da Lei Magna, para efetivar o direito que lhe é apresentado.

Portanto, se o juiz encontra pela frente a omissão do Poder Legislativo e supre essa lacuna, criando uma lei que respeite a Constituição, não se pode dizer que existe uma interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo.

Isto pelo fato de que a intenção do magistrado era criar no caso concreto a realização de um direito.

As constituições realizam promessas constitucionais de direitos, no caso em tela a universalização da saúde, e por esta razão torna-se claro que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa⁵⁷.

Essa posição se justifica pelo fato que se o juiz constitucional não tiver meio para forçar a ação dos demais poderes constituídos para o cumprimento da Constituição ou se não tiver meio para atuar supletivamente, então não executará as normas contidas na Constituição.

A vedação da atuação do judiciário como legislador positivo ainda se funda em uma visão do Princípio da Separação dos Poderes, que tinha por finalidade proteger o indivíduo contra intervenções discricionárias do Estado⁵⁸.

É no âmbito do Poder Judiciário, que a busca da máxima eficácia das normas constitucionais acontece, pois cabe ao jurista, ao se deparar com a inércia do Poder Público ante a um caso concreto de manifesto desrespeito à Constituição, estabelecer mecanismos aptos para dar efetividade á saúde⁵⁹.

Incumbe ao Juiz, ao sentenciar, deve encontrar meios de tornar a norma constitucional eficaz, e não deve negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe na legislação pátria normas regulamentadoras de tais direitos. Os Juízes são os tradutores dos sentimentos que foram expressos tanto na Constituição.

⁵⁷ Silva. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. P. 553.

⁵⁸ Idem. Ibidem. P. 554

⁵⁹ Idem. Ibidem. P. 554.

Cumpra a cada um dos poderes constituídos, ou seja, ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, o respeito, a defesa e a proteção aos direitos e garantias estipulados em nossa Constituição, sendo cada um deles responsáveis pela sua efetivação⁶⁰.

E no caso de um desses Poderes se omitirem, cabe aos demais elaborar meios que obriguem o que se omitiu a realizar os anseios da população em cumprir a norma Constitucional.

O juiz deve sempre dizer o direito. Se o poder responsável pela elaboração das normas é omissivo não pode o Poder Judiciário, guardião dos ideários da constituição, também se omitir.

E ao “legislar” o magistrado impõe ao legislativo uma ação, ou seja, obriga o poder competente a estabelecer norma própria sobre o assunto, defendendo os direitos e garantias fundamentais elencadas na Constituição.

Por fim, o Judiciário precisa posicionar-se de forma ativa naquilo que está sob seu alcance, intervindo quando ver a saúde está sendo indevidamente abreviada, dando providências cabíveis para cessar a restrição, sendo irrelevante quem figure no pólo passivo da relação processual, mesmo nas hipóteses onde o demandado seja pessoa jurídica de direito público interno.

A função jurisdicional do Estado, quando provocada, funciona como última esperança capaz de impedir a prevalência de ações ou omissões lesivas, quando não solucionadas na esfera extrajudicial, e a atuação do Judiciário está justamente na falta de respeito daquilo preconizado na ordem pública.

⁶⁰ MENDES. Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. P. 456

Aliás, merece especial destaque o fato de que, apesar da Carta Constitucional assegurar outros direitos fundamentais, como a segurança e à propriedade, sem sombra de dúvidas existe a manifesta hegemonia do direito à vida frente aos demais, especialmente porque se trata de bem jurídico que, uma vez desprotegido, esvazia a proteção de todos os outros.

Vale ressaltar que a vida de um ser humano é posta em discussão toda vez que há intervenção do Poder Judiciário. Por esse prisma, é inconcebível o entendimento de que a negativa no fornecimento de terapias de alto custo - inclusive através de suspensão de liminares - ou, em outras palavras, a morte de um cidadão (conseqüência inevitável da interrupção do tratamento), seja a ponte de ouro necessária para se atingir níveis satisfatórios de integralidade e universalidade nos serviços oferecidos pelo SUS.

Tal entendimento assenta-se numa visão contemporânea de saúde, como resultado de um processo de produção social que expressa a qualidade de vida da população.

5. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário não pode ser menos do que deve ser, isto é, não pode deixar de tutelar os direitos fundamentais, deve procurar dar efetividade ao direito à saúde com base nos ditames na Constituição Federal.

O que não pode ocorrer é a inércia dos Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários no que se refere à saúde de seus cidadãos, o que se tem é a necessidade de ações positivas estatais de políticas sociais e econômicas para cumprir o dever constitucionalmente imposto.

O direito à saúde é um direito fundamental, como tanto exposto no desenvolvimento deste trabalho, e com base nisso esboça uma atuação estatal no sentido de dar a qualidade de vida almejada pelo constituinte.

As políticas sociais e econômicas que devem ser realizadas pelo ente estatal devem explicar um acesso igualitário e universal para o ser humano, sem restrições de raça, cor, credo ou religião.

O fato é que o Estado deve atuar positivamente na consecução de políticas que visem à efetivação do direito à saúde. Contudo na falta dessa atuação os cidadãos se vêem obrigados a buscar esse direito junto ao Judiciário, que deve atuar sem preocupação efetiva com as verbas orçamentárias.

O judiciário está adstrito a legislação, a todo um ordenamento jurídico, e não decide com bases políticas e nem planejamento orçamentários, ele decide com o que o poder Legislativo lhe conferiu.

Querer que um juiz decida com base no princípio da reserva do possível é tirar do cidadão a dignidade da pessoa humana, haja vista o fundamento da previsão constitucional confortar sobre a efetivação da preservação dos direitos fundamentais, já que ao garantir o acesso a saúde o juiz esta preservando o direito à vida.

Não deixar um juiz decidir com base na legislação implica uma verdadeira abdicação do Judiciário de sua função de protetor dos direitos fundamentais e conseqüente desvalorização do direito à saúde, que ficaria totalmente à mercê da vontade política de nossos governantes.

Não resta dúvidas de que o Judiciário é posto em situação extremamente difícil quando é chamado a proteger o direito à saúde e outros direitos sociais estabelecidos na Constituição. Entretanto ignorar esses direitos e deixá-los a mercê de políticas públicas não é adequado pois retira a função primordial do direito: garantir o acesso á justiça.O direito à saúde deve ser interpretado como um direito à igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde que determinada sociedade pode fornecer com os recursos disponíveis. É essa a interpretação mais adequada do artigo 196 da Constituição, que garante "acesso universal e igualitário" aos serviços e ações de saúde.

Não se planeja que o Judiciário arque com a política de saúde do poder público, o que se busca com as decisões judiciais ao concederem medicamentos, internamentos entre outros tipos de acessos à saúde é que o Poder Executivo reformule sua demanda, isto é, analise seus procedimentos, mude suas políticas econômicas e sociais, pois enquanto um número reduzido da população tem conhecimento de que podem entra no judiciário para

conseguir seu acesso a justiça, tem-se a grande maioria da população que se resigna a adoecer e morrer sem um tratamento justo e correto, a qual é uma preocupação do legislador e deveria ser dos governantes que regem o Executivo.

Porém, o direito subjetivo à saúde, no seu aspecto prestacional, deve ser compatível com a realidade econômica do nosso País, não sendo possível se deferir, em ações judiciais, por exemplo, o custeio para tratamento no exterior, de altíssimo custo, que em regra são experimentais.

Assim o Judiciário, devendo, na medida do possível, conceder o acesso à saúde quando houver risco de comprometimento da saúde de forma irreversível.

Deste modo, enquanto o direito à saúde estiver sendo relaxado pelo poder público, caberá ao Judiciário a tarefa assegurar, pela via coercitiva, que o Executivo desincumba-se das prestações a ele constitucionalmente atribuídas, dentre as quais se destacam as prestações na área dos direitos sociais, em benefício da população a que deve servir. E é por meio do Sistema Único de Saúde que o Estado deve tornar efetivo este direito, proporcionando aos seus usuários um atendimento médico, hospitalar e farmacêutico integral e de qualidade.

Enquanto os Poderes Legislativos e Executivos não tiverem a consciência de que devem sobrepor e priorizar a política pública de saúde, como instrumento básico de respeito ao princípio constitucional dos seus cidadãos, deve, por imperativo da justiça, o Poder Judiciário intervir na questão, a fim de garantir o mínimo indispensável, ou seja, a necessidade básica e um pouco de dignidade aos cidadãos, sobretudo aos mais

desamparados de sorte, além da peça já lhe reservada pelo destino, de terem de se submeter ao Sistema Único de Saúde deste país.

E, mais ainda, enquanto as políticas públicas de saúde não forem eficientes, e enquanto o cidadão aguarda a implementação dessas novas políticas, confiando nas medidas adequadas daqueles que foram eleitos, inclusive, para tal fim, a ordem judicial é a única forma de garantir a dignidade da população, obrigando-se ao Estado o cumprimento da Constituição Federal vigente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AMARAL.Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 2 BARROSO. Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da constituição. 6 ed. rev.atual. e ampl, - São Paulo: Saraiva, 2004.
- 3 _____. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição Brasileira. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- 4 _____. DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 20/05/2008.
- 5 BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo. Saraiva. 2000
- 6 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- 7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. Brasília 05/10/1988.
- 8 Brasil. Lei 8.080/90 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. D.O.U. 20/09/1990.
- 9 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constitucional. 7 ed. Coimbra. Portugal. Edições Almedina.2003.
- 10 COMPARATO. Fábio Konder. Afirmção Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2005.

- 11 GRAU. Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12 ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.
- 12 HESSE. Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1001.
- 13 KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1994.
- 14 _____. Teoria Geral do Direito e do Estado. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1994.
- 15 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Schwarz, 1988.
- 16 MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros editora, 2000.
- 17 MENDES. Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito Constitucional. 3. Ed. rev. e amp. – São Paulo: saraiva, 2004.
- 18 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- 19 PIOVESAN. Flávia. Temas de Direitos Humanos. Max Limond. 1998.
- 20 SARLET. Ingo Wolfong. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 5. Ed. Livraria do Advogado Editora. 2006.
- 21 _____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2001
- 22 _____.Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 23 SCHWARTZ. Germano A. e GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. A tutela antecipada no direito á saúde. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- 24 SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. Edição. Revista atualizada. Malheiros Editores. 2002.

25 THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de direito processual Civil. 24.
Ed.v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1999.