

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

CAROLINE HENRIQUE BARBOZA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS VIA JUDICIAL**

**CURITIBA
2014**

CAROLINE HENRIQUE BARBOZA

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A CONCESSÃO DE
MEDICAMENTOS VIA JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Renata Estorilho Baganha

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINE HENRIQUE BARBOZA

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS VIA JUDICIAL

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: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata da questão da judicialização do direito de proteção à saúde, principalmente no que toca a função atribuída ao Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.080/90, de fornecer à população assistência terapêutica, inclusive farmacêutica. O propósito é entender como tal fenômeno vem ocorrendo nos dias atuais, quais os problemas decorrentes da busca do Poder Judiciário para a solução de conflitos e o que justifica a sua atuação. Para tanto, será tratado da dignidade da pessoa humana, da função dos direitos fundamentais, da efetividade dos direitos sociais, do direito à saúde, da estrutura do SUS, do poder discricionário do juiz e do princípio da segurança jurídica. O presente trabalho ainda relatará as medidas empregadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será utilizado o método lógico-dedutivo.

Palavras chave: direito à saúde, Sistema Único de Saúde, assistência farmacêutica, Poder Judiciário, judicialização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 DIREITOS SOCIAIS.....	9
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	9
2.2 TEORIA DOS QUATRO STATUS DE GEORGE JELLIEK E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	17
2.4 A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	21
3 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	24
3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A SAÚDE NO BRASIL.....	24
3.2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	30
3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO UMA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE	34
3.4 ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA INTEGRAL, INCLUSIVE FARMACÊUTICA ..	38
4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE	42
4.1 O PODER DISCRINIONÁRIO DO JUIZ.....	42
4.2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	45
4.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS	48
4.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE	52
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Teoria dos Quatro Status de Jellinek, o homem pode estar em quatro posições perante o Estado. A primeira posição é a de sujeição ou status passivo, na qual o indivíduo deve observar e cumprir mandamentos e proibições instituídas pelos Poderes Públicos. A segunda posição é a de defesa ou status negativo, que impede interferências estatais desnecessárias no campo de liberdade dos homens, ou seja, garante que estes tomem suas decisões e exerçam os seus direitos sem maiores restrições. A terceira posição, por sua vez, permite que o indivíduo cobre do Estado uma atuação, a prestação de um favor, fazendo surgir, assim, um status positivo. E, por fim, tem-se a quarta posição chamada de status ativo, que possibilita a participação do homem na formação da vontade estatal através do exercício dos direitos políticos, por exemplo.

A teoria de George Jelliek, embora tenha enfrentado inúmeras críticas e sofrido adaptações ao longo do tempo, serviu como base para outros estudos. E foi considerando todo o exposto pelo filósofo que a doutrina pátria mais rigorosa criou uma nova maneira de classificar os direitos fundamentais. Tais prerrogativas passaram a ser catalogadas de “direitos de defesa”, “direitos de prestação” e, segundo a alguns autores, “direitos de participação”.

Enquadrados nos direitos à prestação, os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal e apresentam certas peculiaridades que serão narradas no primeiro capítulo do presente trabalho. Ganha destaque a efetividade dos direitos sociais, a forma como serviços públicos ligados à educação, à cultura, à alimentação, ao lazer, por exemplo, são disponibilizados pelo Estado à população. Isso ocorre, basicamente, através da atuação do Poder Legislativo, responsável por conhecer as necessidades do povo e por eleger os direitos sociais que devam ser priorizados. Ademais, a concessão de tais prerrogativas deve obedecer à reserva do possível, ao princípio da proibição do retrocesso, bem como à teoria do mínimo existencial.

Dentre os direitos sociais citados no texto constitucional, tem-se o direito à saúde. Por tratar de um direito fundamental ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde deve ser promovido por todos os entes da

Federação através do desenvolvimento e cumprimento de políticas sociais que visem à redução de doenças, à proteção e à recuperação do bem-estar da população. Ademais, fica a cargo de todos os cidadãos e da sociedade como um todo preservar tal direito, por meio da tomada de medidas de prevenção, de higiene e de respeito para com o próximo. Quanto à saúde, podemos conceituá-la como “ausência de doença; como reserva corporal; como fundo de saúde” e ainda como “estado de equilíbrio físico, mental e social, que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social”¹.

Como forma de melhor atender as necessidades da população brasileira no âmbito da saúde, o Poder Constituinte Originário optou por instituir no país um modelo básico de organização e procedimento a ser desenvolvido por cada ente da Federação. Tal sistema ganhou o nome de Sistema Único de Saúde. Dentre as suas funções, nos termos do artigo 200 da Constituição Federal, podemos citar: I - a de controlar e fiscalizar procedimentos produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte guarda e utilização d e substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Outras funções ainda podem ser encontradas no artigo 6º da Lei 8.080/90. Dentre essas, tem-se a de executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, que consiste, basicamente, na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde a ser tratado. A distribuição de medicamentos pelo

¹AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 13/35 p.

Sistema Único de Saúde é norteada pela Portaria 3.916/98 e ocorre de acordo com listas como a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME. Outrossim, deve seguir os princípios da universalidade, da equidade e da integridade.

O direito à saúde, o Sistema Único de Saúde e a sua função de prestar ao povo brasileiro assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica serão detalhadas ao longo do segundo capítulo.

Considerando que a atuação do SUS na disponibilização de medicamentos ocorre de acordo com o princípios da integridade, que assegura a cobertura total das necessidades dos indivíduos, desde as mais básicas até as mais complexas, teria direito um cidadão ao recebimento de outros remédios além dos previstos em políticas públicas? Este é o ponto chave a ser desenvolvido no presente trabalho, principalmente no que toca a participação do Poder Judiciário na solução deste impasse.

Inúmeros são os processos em que as partes buscam a concessão dos medicamentos necessários para a cura de suas doenças, que são negados pelo SUS em virtude de não estarem previstos na RENAME por exemplo. E mesmo sem uma visão consistente a respeito da disponibilidade financeira do país, podem os magistrados atender a esses pedidos? Com base em quais fundamentos isso seria possível? Qual as medidas e as soluções empregadas pelo Supremo Tribunal Federal? Tais questões serão desenvolvidas no terceiro capítulo da presente monografia

2 DIREITOS SOCIAIS

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Estudiosos afirmam que por volta do século IV a. C., na China Imperial, muito já se discutia acerca do ser humano e, mesmo que de forma diversa da atual, da dignidade que lhe era inerente. Na época, o homem era visto como um ser diferenciado dos demais encontrados na natureza, era dotado de características advindas de um poder divino, que impediam a sua instrumentalização.

Na antiguidade, por sua vez, a posição social, a admiração e o respeito que os demais cidadãos alimentavam por um indivíduo eram fatores determinantes para definir a sua dignidade. Com isso, a sociedade era marcada pela separação entre pessoas dignas e não dignas. No período da Escolástica, Santo Tomás de Aquino retomou o conceito de dignidade pregado durante o século IV a. C., colocando o homem na posição de ser livre, dotado de vontade e autonomia, especial e semelhante a Deus.

Tal visão divina seria combatida por Kant durante o iluminismo alemão, que trataria o homem como o fim das relações sociais, o objeto principal destas. Tal análise influenciaria os constitucionalistas atuantes da época, que, a partir daí, passariam a consagrar a singularidade e individualidade do ser humano, bem como a reconhecer a importância do indivíduo para o direito.

Já Hegel, atingindo o imperativo categórico, criaria a visão do homem como um ser dotado de racionalidade, capaz de tomar decisões.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana é tida como um super princípio, pois tem o condão de unir direito e moral. Além disso, é consagrada tanto pelo direito interno, quanto pelo direito internacional, sendo, inclusive, mencionada no Estatuto da Organização da Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e na Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949)².

No que tange ao seu conceito, este não assume forma fixa em virtude do fato de que cada sociedade consagra diferentes conjuntos de valores e de prioridades. E é por conta da dificuldade de encontrar uma definição universal, que muitos

²FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010. 222/224 p.

doutrinadores se referem ao princípio da dignidade da pessoa como uma tese ainda não interpretada. Dentre os conceitos estudados, julgando-a como a mais pertinente, cito a desenvolvida por Sarlet (2012, p. 160):

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Além de tratar de uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, a dignidade da pessoa humana mostra-se alheia à conduta social desempenhada pelo indivíduo, ou seja, mesmo que este não seja dotado de uma reputação ilibada ou venha a praticar condutas reprováveis pelo ordenamento jurídico, a sua dignidade continua preservada, devendo ser observada, inclusive, durante a fixação e aplicação de sanções. Outros fatores que de nada interferem no dever de respeito para com o ser humano é a posição social que assume e os bens que possui³.

Outrossim, trata a dignidade da pessoa humana da capacidade potencial que cada indivíduo possui de realizar escolhas, sem a interferência do Estado ou de terceiros. Aqui é importante esclarecer o termo “potencial” e perceber que o princípio em comento está ligado à possibilidade de tomada de decisões e não da sua efetiva realização. Entendimento contrário colocaria em cheque a dignidade dos absolutamente incapazes, considerando-os menos dignos em relação a pessoas capazes, o que não ocorre.

A dignidade da pessoa humana não é construída somente em uma dimensão ontológica. Fatores históricos, sociológicos e culturais também interferem na construção do seu conceito. Tal afirmação decorre do fato de que, como já dito anteriormente, cada Estado e cada sociedade nele inserida criam uma definição sobre dignidade, uma percepção sobre esta e, a partir daí, classifica condutas como

³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 165 p.

toleráveis ou não. A título de exemplo, podemos citar a pena de morte, que em algumas nações é aceita e amparada por lei, e por outras não.

Ademais, a dignidade da pessoa humana apresenta uma dimensão negativa e outra prestacional. A dimensão negativa trata da influência que o princípio exerce na atuação estatal, vedando a tomada e a execução de decisões pelos órgãos públicos que desrespeitem a autonomia e a integridade física e moral dos cidadãos. Corroborando, a dimensão prestacional também vincula o Estado, forçando-o a proporcionar à população serviços públicos que garantam condições existenciais mínimas para uma vida saudável, para o exercício de liberdades e para o desenvolvimento social⁴.

Vale ressaltar que as funções supramencionadas de preservação e promoção do homem, com fulcro no princípio da dignidade, devem ser sustentadas também pela ordem comunitária e pelo próprio indivíduo, que tem o dever de respeito e auxílio para com o próximo⁵. Sobre o assunto, ensina Silva (2009, p.44):

“A proteção efetiva do valor humanidade é fundamental para o desenvolvimento das nações do mundo e das sociedades modernas. Do contrário, o ser humano estará fadado a conviver com o egoísmo e a vaidade, o que conduzirá ao desrespeito aos semelhantes, com a conseqüente violação da dignidade dos homens no estado natural e cívico. A proteção dos direitos humanos, que implica o respeito à dignidade humana, permitirá maior grau de desenvolvimento social de determinada sociedade. Isso significa que o desenvolvimento integral do homem não pode acontecer sem o desenvolvimento solidário da humanidade. O homem deve encontrar o homem, as nações do mundo devem encontrar-se num objetivo comum e único, trabalhando juntas para construir o futuro comum da humanidade. A solidariedade ajuda-nos a ver a outro, seja uma pessoa, um povo ou uma nação, não como um instrumento qualquer, como meio, e sim como um fim em si mesmo. Neste modo de ver, explora-se, a baixo preço, a capacidade de trabalho e a resistência física do homem, abandonando-o quando já não serve mais. Devemos ver o outro como nosso semelhante, dotado de valores, como um auxílio, devendo tornar-se participante, como nós, no banquete da vida, para o qual todos os homens são igualmente convidados por Deus (daí a importância de despertar a consciência religiosa dos homens e dos povos). É necessário que haja uma elevação da consciência individual e universal, para que a humanidade alcance uma sociedade mundialmente livre de preconceitos e valores. O homem deve buscar elevar o respeito à dignidade humana ao mais alto grau, assim como desmistificar o egoísmo e o orgulho exarcebado. Deve buscar efetivamente uma reforma íntima e lutar por uma causa justa – o bem comum de todos e da humanidade – buscar a solidariedade entre os indivíduos, os povos e as nações do mundo, construindo todos juntos o pilar da justiça social”

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 168 p.

⁵SILVA, Roberta Soares da. **Direito social**. aposentadoria. São Paulo: LTr, 2009. 41/44 p.

Não poderia deixar de ser mencionada aqui a interferência da dignidade da pessoa humana no trabalho desempenhado pelo juiz no julgamento de um processo. Ao prolatar uma sentença, tomar uma decisão, resolver um impasse, fixar e aplicar uma punição, o magistrado deve observar o que aconselha o super princípio e atentar se a liberdade, a autonomia, a integridade e a igualdade das partes do processo e de terceiros estão sendo preservadas⁶.

Restando demonstrado o caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, é importante discorrer ainda acerca da interferência que este exerce na conceituação dos direitos fundamentais.

2.2 TEORIA DOS QUATRO STATUS DE GEORGE JELLIEK E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que toca aos direitos fundamentais, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao apontar o que é indispensável ao indivíduo para que ele tenha uma vida saudável, livre e íntegra, desempenha papel fundamental na conceituação e classificação destas prerrogativas. Nas palavras de Mendes (2011, p.159): “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Já Araujo e Júnior (2009, p.130) afirmam que: “Os direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões”.

Foi a partir da intenção de proteger os seres humanos, de lhes proporcionar uma vida digna e da necessidade de tutelar diversos bens jurídicos que os direitos fundamentais foram surgindo ao longo do tempo. Com as revoluções francesa e americana, por exemplo, vieram os direitos fundamentais de primeira geração, dentre os quais cito o direito à vida, à propriedade, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de locomoção, de consciência, expressão e religiosa. Todos, em suma,

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 167 p.

voltados a combater um Estado autoritário e a conter interferências na autonomia dos indivíduos⁷.

Já em decorrência da revolução industrial, marcada pela concentração dos meios de produção e de um crescimento democrático acentuado, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, que buscaram contrapor as contingências vividas pelos homens e combater situações de pobreza. Aqui estão enquadrados os direitos sociais como: o direito à saúde, à educação, à previdência social e entre outros⁸.

Sobre este processo histórico, ensina Fernandes (2010, p. 461):

“Os direitos sociais constituem-se no segundo grau integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes. Sua origem histórica está na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito, que, rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade. Destaque, portanto, para as Constituições do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919. É nesse prisma que os direitos sociais serão compreendidos como uma segunda geração de direitos fundamentais. A partir desse movimento vai se desmitificando o preceito da igualdade formal instituída pelo Liberalismo e demonstrando que o Estado pode ser compreendido não mais como um inimigo da sociedade, mas como um possibilitador de sua existência. Seu traço principal é a mudança de comportamento esperado/exigido do Estado; isto é, abandonaram a percepção de uma postura abstencionista por parte do Estado, para, ao contrário, afirmar a necessidade desse intervir, gerando condições de implementação de programas públicos (acerca de saúde, trabalho, educação, etc). Através desses programas o Estado interfere na esfera dos indivíduos a fim de garantir-lhes o mínimo de condições de existência, notadamente, buscando eliminar ou pelo menos apaziguar as desigualdades existente.

Por fim, vieram os direitos de terceira geração: o direito à paz, à auto-determinação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao meio ambiente, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação, voltados à coletividade, à vida social sadia e pacífica⁹.

Percebe-se pelo exposto que os direitos fundamentais possuem natureza poliédrica, pois se prestam a resguardar os seres humanos de várias maneiras. E foi com fulcro nas inúmeras atuações e funções dos direitos do homem já vivenciadas

⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 155 p.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009. 47 p.

⁹ Ibidem 48/49p.

no final do século XIX, que surgiu a teoria intitulada de “Teoria dos Quatro Status de George Jelliek”. Segundo a teoria desenvolvida pelo filósofo e juiz Jellinek, o homem pode assumir quatro status em relação ao Estado: 1º) o de subordinação, no qual o indivíduo deve observar e cumprir mandamentos e proibições instituídas pelos Poderes Públicos; 2º) o negativo que lhe garante o exercício de liberdades e o direito de conter a atuação do Estado, de exigir uma abstenção; 3º) o positivo que, em contrapartida, concede-lhe a prerrogativa de requerer dos Poderes Públicos “o cumprimento de determinadas prestações positivas que visem a satisfação de necessidades”¹⁰ 4º) o ativo, no qual o homem possui a chance de participar, por meio do voto, na formação da vontade estatal, assumido o papel de cidadão ativo¹¹.

A teoria de George Jelliek, embora tenha enfrentado inúmeras críticas e sofrido adaptações ao longo do tempo, serviu como base para outros estudos. E foi considerando todo o exposto pelo filósofo que a doutrina pátria mais rigorosa criou uma nova maneira de classificar os direitos fundamentais; estes passaram a ser enquadrados em direitos de defesa, direitos de prestação e, segundo alguns autores, direitos de participação¹².

Os direitos fundamentais que possuem a função de impor ao Estado um dever de não interferir na área de autodeterminação do indivíduo estão enquadrados nos direitos de defesa. Neste campo, uma vez caracterizadas ameaças ou violações efetivas, os indivíduos devem buscar soluções e medidas no âmbito jurídico. Mesmo com o emprego de termos vagos, esta espécie de direito é autoexecutável¹³. Como exemplo, aqui, podemos citar o direito de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei, o direito à liberdade de crença, de exercício de culto, de expressão artística, científica e intelectual, de locomoção, o direito de propriedade, de não se submeter a tratamento desumano ou degradante e entre outros¹⁴.

Quanto aos direitos fundamentais de defesa, ensina Mendes (2010, p. 179):

¹⁰FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010. 242 p.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 177 p.

¹²FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010. 242 p.

¹³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 177 p.

¹⁴FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010. 241 p.

“Os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos. O Estado está jungido a não entorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. Desse modo, ao Estado, veda-se criar censura prévia para manifestações artísticas, ou impedir a instituição de religiões, ou instituir pressupostos desmensurados para o exercício de uma profissão. Os direitos de defesa também protegem bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem. Assim, em face do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano. Em face do direito de privacidade, o Estado não pode divulgar certos dados pessoais dos cidadãos. O direito de defesa, neste passo, ganha forma de direito a não afetação dos bens protegidos”.

Já os direitos fundamentais denominados de direitos à prestação exigem a participação estatal no combate das desigualdades sociais. Aqui o Estado deixa de lado o papel não intervencionista e assume um de garantidor, ficando obrigado a fornecer serviços à população com o intuito combater situações de necessidade, de proporcionar aos indivíduos uma vida digna e de dar efetividade a direitos sociais. Como resultado desta atuação, tem-se a construção de uma igualdade efetiva e solidária entres os membros de uma sociedade.

Os direitos à prestação se subdividem em: direitos à prestação jurídica e direitos a prestações materiais.

Não são raras as vezes que a Constituição Federal traz direitos fundamentais “cujo objeto que se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica”. Necessitam, assim, da criação de normas de organização ou de procedimento para que venham a funcionar e a produzir efeitos. Por tais motivos, estas prerrogativas são denominadas de direitos à prestação jurídica. A título de exemplo, podemos citar o direito à justiça que necessita de leis para tratar da estrutura dos órgãos prestadores de tal serviço, bem como de normas processuais que determinem as fases a serem percorridas em processo¹⁵.

Sobre o dever de legislar do Estado referente aos direitos à prestação jurídica, discorre Fernandes (2010, p. 246):

[...] algumas vezes a Constituição estabelede normas de proteção não a sujeitos, mas a um complexo organizado de normas, que por sua vez, configuram um instituto jurídico – por exemplo, a propriedade, o casamento, a religião, a imprensa (e os meios de comunicação) etc. Nessa lógica, falar em um direito de associação somente tem sentido, se antes de falar em

¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 2011. 181/182 p.

instrumentos de defesa do instituto das sociedades (normas estas que garantem a sua consituição, organização e, principalmente, a sua atribuição de personalidade – aqui como pessoa jurídica, é claro). Outros institut que poderíamos apontar como exemplos sao o Tribunal do Juri, os Partidos Políticos, a lingua portuguesa, entre outras. O importante aqui é a noção que a atuação do Legislador é fundamental para a concretização efetiva desses institutos. Gilmar Ferreira Mendes fala, então, de um autêntico dever constitucional de legislar , obrigando o órgão a expedir normas ‘conformadoras’ e concretizadoras dos mesmos enquanto direitos”

Os direitos a prestações materiais, também denominados de direitos de prestação em sentido estrito, abrangem os direitos sociais, os quais têm como função amparar o indivíduo quando este não possui condições financeiras para viver de forma digna, com um mínimo existencial. Tais direitos fundamentais são valorados diante do raciocínio de que ninguém exerce liberdades e contribui com o crescimento de uma nação vivendo de maneira instável, sem garantias. O ser humano precisa ser amparado pelo Estado ao enfrentar situações de contingência, precisa ter certeza de que os serviços públicos postos à sua disposição irão funcionar¹⁶.

Sobre o tema, têm-se as palavras de Mendes (2010, p. 182):

“Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direito a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência”.

Por fim, têm-se os direitos fundamentais de participação, classificação esta que, como já dito anteriormente, é reconhecida apenas alguns dos doutrinadores brasileiros. Tratam, basicamente, dos direitos políticos, da já citada participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado.

Ressalta-se que um só direito fundamental pode encontrar respaldo em mais de uma das categorias citadas, por assumirem caráter ambivalente. O direito à vida, por exemplo, se enquadra tanto como direito à prestação, quanto direito de defesa, pois ao mesmo tempo que o Estado deve tutelar a sobrevivência de um indivíduo,

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 2011.184/185 p.

não pode também interrompe-la. Em suma, “é possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação”¹⁷.

O presente trabalho desenvolverá um estudo acerca dos direitos de prestação material, mais especificamente do direito à saúde no que toca a concessão de medicamentos pelo Estado. Assim, passo ao próximo tópico: direitos sociais.

2.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Assim prevê artigo 6º da Constituição Federal¹⁸:

“Art. 6º - São direito sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

Através do exposto, percebe-se que os direitos sociais cuidam do bem-estar do ser humano, proporcionando-lhe melhores condições de vida, igualdade, segurança para o desempenho de suas liberdades, para o exercício de outros direitos, bem como para a superação de aversidades. Ademais, são classificados como : “direitos sociais relativos ao trabalhador”, “direitos sociais relativos à seguridade”, “direitos relativos à educação e à cultura”, “direitos sociais relativos à moradia”, “direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso” e “direitos sociais relativos ao meio ambiente”¹⁹.

No que toca aos direito sociais, é importante tratar de sua efetividade, de como os serviços ligados à educação, à cultura, à alimentação, por exemplo, são disponibilizados à população pelo Estado, no exercício do seu papel de garantidor, de principal atuante no combate das desigualdades sociais.

Dentre os direitos sociais narrados no texto constitucional, existem aqueles que apresentam alta densidade normativa, que a previsão no texto constitucional já

¹⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 2011. 188 p.

¹⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abril 2014.

¹⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007. 285/287p.

é suficiente para produção de efeitos. Porém, a maioria possui baixa densidade normativa, necessitando da atuação do Poder Legislativo para atingir os indivíduos, beneficiá-los. Isso, veja bem, não significa que tais prerrogativas não sejam imediatamente aplicáveis, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, pois, mesmo que de forma mínima, os direitos sociais sempre gerarão efeitos jurídicos. Corroborando: inexistem normas constitucionais livres de eficácia e aplicabilidade.

Nota-se que a efetividade dos previstos no artigo 6º da Constituição Federal ocorre de acordo com a disponibilidade financeira do Estado, o que faz com que assumam status de norma programáticas. Em suma, considerando a ideia de que não se pode conceder à população o que não se possui, o que não se tem condições de financiar, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível. E é aqui que entra a participação do Poder Legislativo, pois fica a cargo dos órgãos políticos, nos termos de suas competências, conhecer as necessidades do povo e, a partir destas e do dinheiro disponível nos cofres públicos, eleger os direitos sociais que devem ser priorizados²⁰.

Sobre a legitimidade do Poder Legislativo para atuar na efetividade dos direitos sociais, ensina Mendes (2010, p. 184):

“Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgãos políticos, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Sua legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração. A satisfação desses direitos é, pois, deixada, no regime democrático, principalmente, ao descortino do legislador”.

A atuação do Poder Legislativo nestes casos, todavia, é norteada, limitada e impulsionada por inúmeros princípios. O primeiro trata do princípio da proibição do retrocesso, segundo o qual, uma vez proporcionado um certo grau de efetividade aos direitos sociais através da atividade legiferante, estes não poderão ser posteriormente suprimidos ou desfavorecidos sem a implantação de medidas alternativas. Tal proteção, que decorre do Estado Democrático e Social de Direito, transforma o direito social em direito negativo ou direito de defesa, e, além disso,

²⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 180/186 p.

preserva um estado de segurança jurídica, que é fundamental para o indivíduo no desempenho de um plano de vida²¹.

Sobre o princípio em comento, têm-se as palavras de Fernandes (2010, p. 469):

“Um outro ponto importante do tema direitos sociais se refere ao que comumente a doutrina nacional, orientada na doutrina europeia, vem intitulando de princípio da proibição do retrocesso. Sem dúvida alguma, o princípio da proibição do retrocesso ou princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais (também chamado de efeito cliquet) de matriz europeia (presente em debates, sobretudo, na Alemanha, Espanha e Portugal), e que vem sendo desenvolvido na doutrina (por autores) como: Ingo Sarlet, Lenio Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula Barcelos, entre outros) e jurisprudência pátria. Nesses termos, para boa parte da doutrina o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser atendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos sociais já constitucionalmente assegurados não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão. Nesses termos, certo é que o princípio da proibição do retrocesso possui conteúdos positivo e negativo. O conteúdo negativo, que para a doutrina majoritária ainda prevalece sobre o conteúdo positivo (vide o clássico conceito de proibição do retrocesso usado pela maioria dos doutrinadores), refere-se à imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não supressão ou não redução, do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançados por meio da normatividade constitucional e infraconstitucional, salvo, como afirma Canotilho, se forem desenvolvidas prestações alternativas para de forma supletiva resguardarem direitos sociais já consolidados. Já o conteúdo positivo encontra-se no dever dos Poderes Públicos de implementação dos direitos sociais através de efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais para a constante redução das desigualdades fático-sociais. Aqui, diga-se, não se trate de mera manutenção do status quo, mas conforme a doutrina mais avançada, de imposição da obrigação de avanço social”.

Além do Poder Legislativo, o princípio da proibição do retrocesso vincula a Administração e os órgãos jurisdicionais. É o que expõe Sarlet (2012, p. 456):

“Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quanto os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que permitido pelos limites do presente estudo. Negar conhecimento aos princípios da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas

²¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 442/455 p.

decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte [...] A partir do exposto, verifica-se que a proibição do retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais à às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade”.

Nota-se que o princípio da proibição do retrocesso, como qualquer outro princípio, está sujeito a ponderações, o que implica dizer que, no que toca aos direitos sociais, modificações serão aceitas desde que preservado o núcleo essencial destes. Entendimento contrário comprometeria o papel revisional que possui o Poder Legislativo, bem como seria como desconsiderar a realidade de que metas públicas precisam ser revistas em momentos de crise, quando prejudicadas as riquezas de um Estado.

Além de sempre preservar o núcleo essencial dos direitos sociais, qualquer flexibilização promovida pelos órgãos políticos deverá ainda observar os princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade e da isonomia, que demandam a regulamentação da prerrogativa atingida, mantendo-a mais próxima do que era antes²².

Como norte e impulso do Poder Legislativo acerca da efetividade dos direitos sociais, podemos citar a teoria do mínimo existencial, segundo a qual os órgãos políticos, independente do fator econômico, devem proporcionar à população serviços que promovam as necessidades básicas de um ser humano como: saúde, alimentação, vestuário, moradia e entre outros. Sobre o tema, ensina FERNANDES (2010, pg. 463):

“Em sentido contrário ao disposto pela teoria clássica, muitos autores desenvolveram a chamada teoria do mínimo existencial, segundo a qual, para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessário a implementação e garantia de um piso mínimo de

²²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 442/455 p.

direitos. Esses direitos protegidos sobre tal rótulo voltam-se para o atendimento e concretização das necessidades básicas de um ser humano, notadamente, quanto à saúde e à autonomia individual (o que reflexamente faz também referência à alimentação, educação, vestuário, moradia etc).”

Aliado ao princípio da proibição do retrocesso e da teoria do mínimo existencial, têm-se os já mencionados princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais, que impulsionam toda assistência prestada pelo Estado ao indivíduo no sentido de garantir a este o desenvolvimento de uma vida digna e saudável. Além disso, proíbem que qualquer dos direitos narrados no artigo 6º da Constituição Federal fique sem gerar efeitos práticos²³.

Feitas essas considerações gerais acerca dos direitos sociais, passo para a análise da previdência social e posteriormente do direito à saúde.

2.4 A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Prevê o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos que²⁴:

“Todo homem 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 em circunstâncias fora de seu controle”.

Corroborando, artigo 194 da Constituição Federal de 1988 assim determina: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações iniciativa dos Poderes Públicos da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”²⁵.

A partir do exposto, verifica-se que quando da elaboração do texto constitucional, o Poder Constituinte Originário, com o intuito assegurar o bem-estar

²³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 442/455 p.

²⁴BALERA, Wagner. **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Grupo Conceito, 2011. 157 p.

²⁵BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abril 2014.

do povo brasileiro, combater desigualdades e erradicar a pobreza, fez a escolha de instituir, no país, um modelo de seguridade social. Assim, é por meio desta que o Estado implementa medidas voltadas ao amparo do desemprego, da perda da capacidade laborativa, da morte, da prisão, ao fornecimento de consultas médicas gratuitas, de remédios e à concessão de aposentadoria, de benefícios assistenciais e entre outros. Sobre a seguridade social, explica SILVA (2009, p. 71):

“Do exposto, pode-se dizer que a seguridade social é uma instituição de caráter público que agrupa toda a sociedade, com o fim imediato de prover as necessidades básicas decorrentes de acontecimentos futuros e incertos que acarretam a falta ou a carência de recursos individuais para uma vida honrada, digna, tendo por objetivo maior realizar o bem comum e a justiça social. Pode-se citar, em um primeiro momento, como necessidades básicas a serem protegidas pelo Sistema de Seguridade Social, os riscos sociais, como a saúde, a velhice, as doenças que provocam a perda da capacidade para o trabalho, seja parcial ou total, a invalidez, o desemprego, os acidentes do trabalho, enfim, os riscos que podem afastar o trabalhador temporária ou definitivamente da vida laborativa”

Corroborando, têm-se as palavras de Zélia Luiza Pierdoná²⁶:

“A partir dos dispositivos constitucionais, conceituamos seguridade social como o sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro, em especial, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda sociedade”

Dentre os princípios que norteiam a seguridade social na sua organização, bem como na execução dos seus serviços, tem-se o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que, em síntese, coloca a seguridade como uma instituição dotada de um sistema protetivo amplo, garantidor de um padrão mínimo de vida e determina que todas as situações de adversidade citadas no artigo 201 da Constituição Federal sejam amparadas e que todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer distinção, recebam proteção social.

Corroborando, tem-se o princípio da uniformidade e equivalência dos serviços às populações urbanas e rurais, que surgiu com o intuito de compensar a situação

²⁶PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Proteção social brasileira: diferença entre previdência e assistência social.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/previdencia-social/Diferencas_entre_previdencia_e_assistencia_social.pdf> Acesso em: 14 junho 2014.

vivida por um longo período no Brasil, no qual o trabalhador da cidade assumia posição de vantagem em relação ao trabalhador do campo. Tal princípio foi responsável por igualar os níveis de tratamento e proteção dessas duas espécies de trabalhadores²⁷.

Já o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços sociais tem como escopo justificar a escolha das contingências a serem tuteladas pela seguridade, bem como determinar em que grau ocorrerá a proteção. É com base nas situações elencadas no artigo 201 da Constituição Federal e na ordem social, que os órgãos políticos devem definir prioridades e eleger os riscos sociais a serem combatidos.

A seguridade social é influenciada também pelo princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, que preserva o poder aquisitivo da ajuda concedida ao cidadão quando esta assume natureza pecuniária. Aqui, busca-se afastar efeitos inflacionários.

Segundo o artigo 195 da Constituição Federal, a seguridade será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, incidentes sobre a o faturamento e o lucro destes. Ademais, contribuem ainda o trabalhador, os demais segurados da previdência social e o importador de bens ou serviços do exterior ou equiparados, bem como há a incidência sobre receitas de concursos de prognósticos²⁸.

As contribuições sociais assumem natureza de tributos vinculados, ou seja, devem ser, obrigatoriamente, repassadas à atividade para a qual foram criadas. Tanto o administrador, quanto o legislador ficam impossibilitados de dar destino diverso à quantia arrecada, sob pena de crime de responsabilidade e nulidade do ato. Outrossim, somente poderão ser exigidas dos contribuintes depois de passado o prazo de noventa dias contados da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado. Diante da inaplicabilidade do princípio da anterioridade da lei, aqui o exercício financeiro não é levado em consideração.

²⁷PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Proteção social brasileira: diferença entre previdência e assistência social.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/previdencia-social/Diferencas_entre_previdencia_e_assistencia_social.pdf> Acesso em: 14 junho 2014.

²⁸Idem.

No custeio da seguridade deve ser observado o princípio da equidade na forma de participação e custeio, segundo o qual a contribuição realizada pelo indivíduo deverá ser feita de acordo com o a sua capacidade contributiva. Ademais, segundo o princípio da diversidade da base de financiamento a seguridade não está adstrita a uma única fonte de custeio, podendo utilizar de várias além da mais comum: a folha de pagamento²⁹.

No financiamento da seguridade social rege, ainda, o princípio da contrapartida trazido pelo §5º do artigo 195 da Constituição Federal. Sobre este, ensina Silva (2009, p. 91):

“Pode-se dizer que a regra da contrapartida é um princípio da vedação constitucional ao poder de criar ou aumentar o benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio. É um poder de vedação dirigido ao legislador, de forma a manter o equilíbrio financeiro do sistema protetivo. É um princípio de segurança jurídica, de modo a impedir o legislador de ampliar a proteção social sem antes buscar o instrumental financeiro”.

No tange à administração da seguridade social, esta ocorre de maneira descentralizada e democrática, com a participação de trabalhadores, aposentados e dos agentes do Estado. Além disso, esta se divide em duas faces. A primeira abrange o direito à saúde, amparando o indivíduo quanto à sua integridade física e psíquica. Já a segunda se subdivide em previdência social e assistência social.

Considerando o propósito do presente trabalho, e é sobre o direito à saúde que versa o próximo capítulo³⁰.

3 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A SAÚDE NO BRASIL

Foi a partir da vinda da família real para o Brasil, no ano de 1808, que houve a necessidade de se construir uma estrutura sanitária mínima no país, voltada ao

²⁹SILVA, Roberta Soares da. **Direito social**. aposentadoria. São Paulo: LTr, 2009. 87/88 p.

³⁰PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Proteção social brasileira: diferença entre previdência e assistência social**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/previdencia-social/Diferencas_entre_previdencia_e_assistencia_social.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

amparo da nobreza, que viera de Portugal para se instalar no Rio de Janeiro. As primeiras e únicas providências tomadas na época foram a criação de duas instituições especializadas na formação de médicos: o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar na cidade de Salvador e a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro. Feito isso, por um longo período, as atividades de saúde pública se resumiram na fiscalização de navios e portos.

Com a vivência de uma fase marcada pelo alastramento de moléstias como varíola, malária, febre amarela e peste, que comprometia a economia cafeeira desenvolvida no Brasil, no início do século XX, houve a implementação, pelo presidente Rodrigo Aves, de um programa de saneamento no Rio de Janeiro e de combate de doenças em São Paulo. Sob a direção do médico Oswaldo Cruz, casas foram invadidas, roupas queimadas e colchões destruídos, isso sem a tomada de medidas de conscientização. A agressão vivida e a instituição de uma campanha de vacinação obrigatória desencadearam a revolta da vacina e, conseqüentemente, o afastamento do Oswaldo Cruz do cargo de diretor do Departamento Federal de Saúde Pública³¹.

A respeito desse período³²:

“O Rio de Janeiro, na passagem do século XIX, para o século XX, era ainda uma cidade de ruas estreitas e sujas, saneamento precário e foco de doenças como febre amarela, varíola, tuberculose e peste. Os navios estrangeiros faziam questão de anunciar que *não* parariam no porto carioca e os imigrantes recém-chegados da Europa morriam às dezenas de doenças infecciosas. Ao assumir a presidência da República, Francisco de Paula Rodrigues Alves instituiu como meta governamental o saneamento e reurbanização da capital da República. Para assumir a frente das reformas nomeou Francisco Pereira Passos para o governo municipal. Este por sua vez chamou os engenheiros Francisco Bicalho para a reforma do porto e Paulo de Frontin para as reformas no Centro. Rodrigues Alves nomeou ainda o médico Oswaldo Cruz para o saneamento. O Rio de Janeiro passou a sofrer profundas mudanças, com a derrubada de casarões e cortiços e o conseqüente despejo de seus moradores. A população apelidou o movimento de o “bota-abaixo”. O objetivo era a abertura de grandes bulevares, largas e modernas avenidas com prédios de cinco ou seis andares. Ao mesmo tempo, iniciava-se o programa de saneamento de Oswaldo Cruz. Para combater a peste, ele criou brigadas sanitárias que cruzavam a cidade espalhando raticidas, mandando remover o lixo e comprando ratos. Em seguida o alvo foram os mosquitos transmissores da febre amarela. Finalmente, restava o combate à varíola. Autoritariamente, foi instituída a lei de vacinação obrigatória. A população, humilhada pelo poder público autoritário e violento, não acreditava na eficácia da vacina. Os

³¹VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

³²REVISTA DA VACINA. **A Revolta da Vacina**. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/revolta.html>> Acesso em: 14 agosto 2014.

pais de família rejeitavam a exposição das partes do corpo a agentes sanitários do governo. A vacinação obrigatória foi o estopim para que o povo, já profundamente insatisfeito com o “bota-abaixo” e insuflado pela imprensa, se revoltasse. Durante uma semana, enfrentou as forças da polícia e do exército até ser reprimido com violência. O episódio transformou, no período de 10 a 16 de novembro de 1904, a recém reconstruída cidade do Rio de Janeiro numa praça de guerra, onde foram erguidas barricadas e ocorreram confrontos generalizados”.

Embora rejeitada pela população brasileira, as medidas implantadas erradicaram a febre amarela no Brasil. A colheita de informações acerca do modo de vida dos indivíduos, da construção de laboratórios especializados no diagnóstico de doenças e da produção de produtos profiláticos foram fundamentais, ainda, para o sucesso da campanha de ação e educação sanitária implantada por Carlos Chagas, o sucessor de Oswaldo Cruz.

A partir dos anos de 1917 e 1919, um processo de mobilização e organização da classe operária teve início no Brasil, e junto com este a conquista de direitos sociais ligados ao trabalho. Houve a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, espécie de seguro social organizado pelas empresas, que garantia aos trabalhadores benefícios como: I - aposentadoria integral desde que o trabalhador tivesse 30 anos de serviço e 50 anos ou mais de idade; II – aposentadoria com redução de 25% com o requisito dos 30 anos de serviço, mas idade inferior a 50 anos; III – indenizações por acidentes sofridos no locado do trabalho; IV – pensão por morte para dependentes; V – assistência médica³³.

As CAP's foram amplamente difundidas pelo país, chegando a beneficiar mais de 140.000 brasileiros, e o tratamento médico era um dos principais serviços utilizado pelos beneficiados³⁴.

Já por volta de 1930, em substituição às CAPs, surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP's), criados pelo então presidente Getúlio Vargas. Os IAP's tutelavam todos os trabalhadores que tivessem carteira assinada e, ainda que assumissem natureza particular posto que promovidos pelas categorias profissionais, contavam com um maior grau de incentivo e interferência do Estado. Tais institutos se dividiam em: Institutos Marítimos (IAPM), dos Comerciais (IAPC),

³³HOMCI, Arthur Laércio. **A Evolução Histórica da Previdência Social no Brasil**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12493/a-evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil> > Acesso em: 15 agosto 2014.

³⁴VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

dos bancários (IAPB) e entre outros. Nesta época o sanitarismo assumiu posição de destaque através da implantação do Serviço Nacional de Febre Amarela do Nordeste e da Baixada Fluminense. Em 1942, houve a criação do Serviço Especial de Saúde Pública direcionado a promover políticas sanitárias nas áreas mais afastadas do país.

Finda a segunda guerra mundial, com a queda e reeleição de Getúlio Vargas, verificou-se, no país, uma forte influência americana no campo da saúde, isso por meio do investimento em hospitais de grande porte e da criação de medicina de grupo. Postos de saúde, embora apresentassem menor custo, eram deixados de lado. Na época, embora as IAPs tivessem construídos seus próprios centros de atendimento médico, empregadores, insatisfeitos com o serviço prestado, optavam pela contratação de empresas particulares especializadas em atendimento médico para amparar seus funcionários.

Durante o regime militar, as constantes discussões acerca da saúde promoveram, por meio da Lei Orgânica da Previdência Social, a unificação das IAP's, como forma de garantir a todos os trabalhadores celetista um regime único de atendimento. Na época, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), ao qual todo funcionário com carteira assinada era obrigado a contribuir e que, devido ao progresso econômico vivido na época e ao baixo número de concessão de aposentadorias e pensões, arrecadou uma grande quantidade de dinheiro.

Com este acúmulo de verba, os governantes militares optaram por disponibilizar outros benefícios além de aposentadorias e pensões. Assim, por conta da INPS, a assistência médica também passou a ser um serviço ao alcance dos trabalhadores celetistas brasileiros. Esta ampliação acarretou a criação do Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), responsável pelo investimento na rede privada de hospitais por meio da concessão de empréstimo com juros relativamente baixos, e, posteriormente, o surgimento do Instituto Nacional de Assistência médica da Previdência Social (Inamps), órgão responsável pelo repasse de dinheiro à iniciativa privada atuante na área da saúde³⁵.

Até o ano de 1984, por conta dos investimentos supramencionados, houve um aumento de pessoas jurídicas especializadas no fornecimento de assistência

³⁵VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

médica. Nesta época, o número de leitos privados passou de 74.543 para 348.255. Ademais, pouco se investia em uma medicina preventiva e sanitária, o foco era a medicina curativa.

Na década de 80, diante do envelhecimento da população e do aumento no repasse de verbas ligadas a aposentadorias e pensões, o sistema de Previdência Social criado pelos militares começou a enfraquecer e a se comprometer por endividamento. Tal processo acarretou o movimento pela reforma sanitária brasileira em 1979, ocorrida no I Simpósio Nacional de Política de Saúde, no qual profissionais passaram a discutir uma proposta de reorganização do sistema de saúde³⁶.

Estourada de vez a crise no sistema de saúde previdenciário e passado o período da ditadura militar, convocou-se a VIII Conferência Nacional de Saúde voltada a discutir novamente a construção de um novo sistema de saúde no Brasil. Sobre esta, explica Vargas (2008, pg. 19):

“Com a participação de cerca de cinco mil pessoas, entre profissionais de saúde, usuários, técnicos, políticos, lideranças populares e sindicais, a VIII Conferência criou a base para as propostas de reestruturação do Sistema de Saúde brasileiro a serem defendidas na Assembléia Nacional Constituinte, instalada no ano seguinte. O relatório da Conferência, entre outras propostas, destaca o conceito ampliado de saúde, a qual é colocada como direito de todos e dever do Estado. ‘Direito à saúde significa garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em individualidade’. A Assembléia Constituinte na elaboração da nova Carta Magna, incorporou boa parte da proposta da Conferência, concretizando propostas da Reforma Sanitária no plano jurídico-institucional. A Constituição-Cidadã, como ficou conhecida, incluiu no capítulo da Seguridade Social, a saúde como direito de todos e dever do Estado, moldando as diretrizes do SUS”

Foi sob influência dos estudos ocorridos na VIII Conferência Nacional de Saúde que a Assembléia Nacional Constituinte, na elaboração da Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Estado o dever de zelar pela saúde dos brasileiros. É o que explica Paim e Travassos (2010, pg. 8):

“Em 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde aprovou o conceito de saúde como um direito do cidadão e delineou os fundamentos do SUS, com base no desenvolvimento de várias estratégias que permitiram a

³⁶VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

coordenação, a integração e a transferência de recursos entre as instituições de saúde federais, estaduais e municipais. Essas mudanças administrativas estabeleceram alicerces para a construção do SUS. Posteriormente, durante a Assembleia Nacional Constituinte (1987-88), o movimento da reforma sanitária e seus aliados garantiram a aprovação da reforma, apesar de forte oposição por parte de um setor privado poderoso e mobilizado (Figura 2). A Constituição de 1988 foi proclamada numa época de instabilidade econômica, durante a qual os movimentos sociais se retraíam, a ideologia neoliberal proliferava e os trabalhadores perdiam poder de compra. Simultaneamente a essa reforma, as empresas de saúde se reorganizavam para atender às demandas dos novos clientes, recebendo subsídios do governo e consolidando os investimentos no setor privado.

Porém, mesmo diante de conquistas, outras crises surgiriam no país e comprometeriam a garantia deste direito social. Na período que vai de 1991 a 1994, Fernando Collor de Melo, com o intuito de reduzir os gastos públicos, promoveu a privatização de empresas estatais. Esta contenção comprometeu o setor da saúde e promoveu a separação da saúde da previdência, fazendo com que a verba arrecada através da folha de pagamento dos trabalhadores fossem direcionadas ao custeio apenas da previdência social.

No governo de Fernando Henrique Cardoso, a crise no custeio do Sistema Único de Saúde se agravou. Como solução, implantou-se a CPMF, tributo cobrado sobre movimentação financeira, com duração de vigência de dois anos, voltado exclusivamente ao financiamento dos serviços de saúde. Ocorre que a dedução dos recursos do orçamento da União dos valores arrecadados e os inúmeros desvios de verbas por parte do governo comprometeram o objetivo de melhorar a assistência médica pública do país.

Após o CPMF, outros mecanismos foram implantados para melhorar o sistema de saúde, dentre estes podemos citar: as Normas Operacionais Básicas (NOB), que aprimorou a gestão do SUS, o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), o Programa de Saúde da Família (PSF). Houve ainda a criação da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Corroborando, aprovou-se a Emenda Constitucional 29/2000 que fixou percentuais mínimos a serem investidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios no campo da saúde. A partir desta, o Estados ficaram obrigados a direcionar, anualmente, 12% dos tributos

arrecadados à assistência médica, os Municípios 15% e a União 5% a mais do havia investido no ano de 1999³⁷.

A EC 29/2000 significou um avanço, construindo um quadro de estabilidade no custeio do setor de saúde com a vinculação dos entes federativos.

No governo Lula, as medidas implantadas no governo anterior foram seguidas. Em 31/10/2007, no entanto, o Projeto de Lei Complementar 01/2003 foi aprovado, esclarecendo que a verba arrecada para o custeio da saúde seriam aplicadas apenas em ações e serviços públicos de acesso universal, igualitário e gratuito, proibindo que qualquer valor servisse para o pagamento de servidores públicos inativos, programa de alimentação e de saneamento, instituindo mecanismos de fiscalização e outras medidas.

Embora a situação dos serviços de saúde tenha evoluído com a tomada das providências supramencionadas, é certo que muita coisa ainda precisa ser melhorada, pois ainda nos deparamos com a falta de medicamentos, de vagas em hospitais públicos, com funcionários mal-remunerados, demora no atendimento e muitos outros problemas³⁸.

3.2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta brasileira a tratar da proteção à saúde, consagrando-a com um direito fundamental. Nos textos constitucionais anteriores, a questão era tratada apenas de forma genérica. É o que acontecia com a Constituição de 1824, que fazia referência ao termo “socorros públicos”, sem muito enfoque. O fato é que somente nos tempos atuais que este direito tão relevante, ligado à vida humana e à dignidade da pessoa humana, deixou de assumir o sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias, para tratar de um direito do homem³⁹.

³⁷VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

³⁸Idem.

³⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 685 p.

A partir da Constituição Federal de 1988 todos os cidadãos foram agraciados com o direito à saúde, ou seja, independente de contribuições, de estarem ou não empregados e da situação econômica e social que possuíam, passaram a usufruir de ações e serviços de atendimento médico, fornecimento de medicamentos e entre outros. Esta evolução incorporada pelo texto constitucional corrobora o fato de ser a saúde um valor universal, consagrado por diversas sociedades, de diferentes culturas e modelos de organização social.

A conceituação de saúde está vinculada à definição de doença, de um modo de vida não saudável, podendo assumir inúmeras formas em virtude do ambiente social e das escolhas que o indivíduo faz ao longo de sua vida. Melhor explicando: inúmeros fatores como o ritmo de vida acelerado, o ambiente urbano com poluição atmosférica e visual, o trânsito, a pressão no trabalho, os hábitos alimentares, a prática de exercícios físicos e entre outros influenciam na concepção da saúde. Assim, a saúde pode ser enquadrada como “ausência de doença; como reserva corporal; como fundo de saúde” e ainda como “estado de equilíbrio físico, mental e social, que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social”⁴⁰.

A importância e o conceito do direito à saúde podem ser percebidos no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde⁴¹ que assim prevê:

“Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é

⁴⁰ AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 13/35 p.

⁴¹ NOVA IORQUE. Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 22 abril 2014..

essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas”.

E sobre o direito à saúde, dispõe o artigo 196 da nossa Carta Magna⁴²:

“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 a promoção, proteção e recuperação”

Ao proceder a leitura do artigo supramencionado, percebe-se que o direito à saúde, além de ser um direito individual, que estabelece uma relação obrigacional entre o Estado e o indivíduo, trata também de um direito coletivo⁴³. Assim, pode-se dizer que o direito à saúde assume forma ambivalente: ora pode ser pleiteado de forma individual, ora através de associações representantes de uma determinada parcela da sociedade, como ocorreu com o caso do fornecimento de tratamento para a Aids no início da década de 1990, ou por meio de ações públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública⁴⁴.

Ademais, a utilização do termo “dever do Estado” atribui a todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o dever de zelar pela saúde no país por meio do desenvolvimento de políticas públicas voltadas à redução de doenças, ao incentivo, proteção, prevenção e recuperação da saúde. Tem-se, assim, uma responsabilidade solidária⁴⁵.

Quanto à função de legislar sobre a saúde, o artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal a coloca como competência concorrente da União e dos Estados, cabendo àquela criar normas gerais e a estas normas que, além de

⁴²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abril 2014.

⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 686 p.

⁴⁴ALVES, Cândice Lisbôa. **A saúde como um direito fundamental difuso**. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13091&revista_caderno=9 > Acesso em: 20 de agosto 2014.

⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 686 p.

complementar o previsto na legislação federal, atendam as necessidade locais. As leis elaboradas pelo Estado tem aplicação limitada aos seus territórios e não podem contrariar aquelas desenvolvidas pela União, sob pena de perda de eficácia. Ainda quanto à matéria, nos termos do artigo 30, inciso II, da Carta Magna, os Municípios ficam autorizados a suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Fica por conta do Poder Executivo o dever de fiscalizar a execução das leis aprovadas e separar os recursos que serão aplicados na área da saúde através da aprovação das leis orçamentárias e plurianuais⁴⁶.

De maneira geral, as medidas a serem implantadas pelos poderes públicos no âmbito da saúde possuem ampla abrangência, envolvendo, por exemplo, saneamento básico, acesso à água potável, tratamento médico gratuito, distribuição de medicamentos e entre outros. Outrossim, devem alcançar a população sem qualquer distinção, vez que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. É o que se percebe também na leitura no artigo 7º, IV, da Lei nº 8.080/90⁴⁷:

“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 desenvolvidas de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”

Frente ao exposto, percebe-se ainda que o direito à saúde, na qualidade de um direito social, assume duas vertentes: uma de natureza negativa, que trata do direito de exigir do Estado, ou até mesmo de terceiros, que este deixe de praticar atos que violem tal prerrogativa; outra positiva que, em contrapartida, exige a atuação estatal narrada anteriormente: de construção de políticas públicas voltadas à redução e prevenção de doenças, incentivo e recuperação da saúde. Como medida de combate ao não cumprimento pelo Estado das medidas voltadas à satisfação do direito à saúde, tem-se a ação de inconstitucionalidade por omissão. E

⁴⁶ AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 31/32 p.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 687 p.

diante da falta de regulamentação sobre a matéria, deverá ser impetrado mandado de injeção⁴⁸.

Ressalta-se, por fim, que além dos entes federativos, o próprio indivíduo desempenha papel fundamental na preservação do direito à saúde. Isso por meio da tomada de escolhas que preservam a sua integridade física e psíquica como: uma boa alimentação, a prática de exercícios físicos, uma rotina de trabalho adequada e a manutenção de um nível básico de limpeza em sua casa e nos ambientes que frequenta. Além disso, fica a cargo dos cidadãos auxiliar no combate de doenças e participar de programas de vacinação.

Ademais, as famílias, associações de bairros, organizações não governamentais, pessoas jurídicas e a sociedade como um todo devem participar de forma ativa na proteção da saúde, impondo obrigações de forma consciente e definindo padrões estéticos e comportamentais nocivos à saúde. No âmbito das empresas, por exemplo, deve-se evitar a prática de trabalhos excessivos e proporcionar aos trabalhadores boas condições de trabalho. Quanto à família, mães e pais devem zelar pela alimentação e educação dos seus filhos⁴⁹.

No Brasil, o Poder Constituinte Originário determinou a instituição de um modelo básico de organização e procedimento para o direito básico de proteção à saúde, mais conhecido como o Sistema Único de Saúde (SUS). Isso com o objetivo de amparar a população de uma maneira ampla. É sobre esse sistema que passo discorrer.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO UMA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

O Sistema Único de Saúde implantado pelo Poder Constituinte Originário surgiu como consequência do Sistema Nacional de Saúde, anteriormente vigente nos termos da Lei 6.229/75. No entanto, diferente deste, o SUS foi adotado como uma rede regionalizada e hierarquizada, voltada a dar maior efetividade aos direitos

⁴⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007. 309 p.

⁴⁹AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 30 p.

sociais e a atender as necessidades da população brasileira como um todo⁵⁰. E é com fulcro nessas metas que tal instituto é formado “pela soma dos subsistentes de saúde federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal”, ou seja, cada ente federativo mantém um sistema único de saúde. No âmbito federal, por exemplo, tem-se o o Sistema Federal de Saúde; em cada Estado, o Sistemas Estaduais de Saúde; no Distrito Federal, o Sistema Distrital de Saúde; e nos Municípios, os Sistemas Municipais de Saúde⁵¹. Isso, com fulcro no artigo 198 e incisos da Constituição Federal⁵²:

“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”

Além de mapear a estrutura do Sistema Único de Saúde, o texto constitucional, no artigo 200, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII, enumera as suas atribuições, o que deverá ser desempenhado por cada ente da federação:

“Art. 200 – Compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras atribuições, nos termos da lei:
I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”

⁵⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 687 p.

⁵¹AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 33 p.

⁵²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abril 2014.

Complementando as atribuições previstas no texto constitucional, têm-se aquelas elencadas no artigo 6º da Lei 8.080/90: execução de ações de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, formulação da política de medicamentos, equipamentos imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção e formulação e execução de política de sangue e seus derivados⁵³.

Frente ao exposto, percebe-se que o Sistema Único de Saúde trata do conjunto de medidas e serviços públicos de saúde disponibilizados aos brasileiros e executados pelas instituições jurídicas estatais, dentre as quais podemos citar o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e as Agências Reguladoras. A implementação dessas medidas e serviços ocorre por meio de diferentes modelos jurídicos de organização e gestão, sendo que o mais recorrente é aquele em que há a prestação direta pelas pessoas jurídicas de direito público supramencionadas.

Ressalta-se que, , com base no artigo 199, §1º, da Constituição Federal, as medidas e serviços públicos desempenhadas pelo Sistema Único de Saúde também podem ser executados por meio da parceria com instituições privadas; mais especificamente de forma complementar, através de contratação ou convênios e desde que atendidas as diretrizes do SUS. Segundo o art. 3º da Lei Orgânica de Saúde, os convênios serão firmados frente à existência de interesse privado e público em prestar serviços voltados à promoção da saúde. Já os contratos administrativos serão realizados quando o objeto destes tratar da compra de serviços⁵⁴.

A participação de entidades privadas na promoção da saúde no país por meio da parceria com o Sistema Único de Saúde vem a ser de suma importância diante de casos de escassez de recursos. Ademais, quando da elaboração de convênios e contratos, deve-se dar preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos. E fica sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Saúde – CNS fiscalizar os critérios das instituições particulares, bem como aprovar os valores para a remuneração dos serviços prestados. Já os proprietários, diretores e

⁵³SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 1º ed. São Paulo: Saraiva. 2006. 53 p.

⁵⁴AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 34 p.

administradores das entidades privadas ficam vedados de desempenhar funções de chefia ou de confiança dentro do SUS. Por fim, quanto à participação complementar da iniciativa privada no âmbito da saúde, esta assume natureza de serviço público por delegação, ficando submetida à Lei nº 8.429/92.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é responsável por regular e controlar o desempenho da iniciativa privada no que toca aos serviços ligados à saúde. Em suma fica a cargo desta autarquia especial, vinculada ao Ministério Público, nos termos do artigo 4º da Lei 9.961/2000: propor políticas e diretrizes gerais ao CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar, estabelecer características gerais dos instrumentos de contratos utilizados pelas operadoras, fixar critérios para o credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços às operadoras, estabelecer normas para o ressarcimento ao SUS, normatizar os conceitos de doenças e lesões preexistentes e entre outros. Em virtude do poder de polícia desempenhado pela ANS, ficam obrigadas as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, por exemplo, ao pagamento da Taxa de Saúde Suplementar, instituída pelo art. 18 da Lei 9.961/2000⁵⁵.

No que tange ao financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 198, §1º, da Constituição Federal, este provém dos recursos recolhidos pela seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes. Nota-se que a Emenda Constitucional 29/2000, como já mencionado anteriormente, tornou obrigatória o direcionamento de verbas mínimas por parte dos entes federativos às ações e serviços públicos de saúde. Quanto à estas, atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 01/2003, que pretende afastar a subjetividade do conceito de “ações e serviços públicos de saúde”, bem como o gasto das verbas arrecadas através do investimento mínimo com ações estranhas à área.

Como forma de remediar o problema e elaborar um conceito mais claro do que vem a ser “ações e serviços públicos de saúde”, o Conselho Nacional de Saúde editou, ainda, a Resolução 322/2003. Tal medida foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, sob a alegação que caberia tão somente aos Estados-membros editar normas sobre a saúde diante da omissão do legislador federal.

⁵⁵AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 34 p.

Nota-se que a ação não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu tratar o caso de ofensa indireta à Carta Magna, vez que o ato impugnado deveria ser comparado com as Leis 8.080/90 e 8.142/90⁵⁶.

3.4 ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA INTEGRAL, INCLUSIVE FARMACÊUTICA

Além de ser um tema tratado no texto constitucional, o direito à saúde é regulamentado pela Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que, como já dito anteriormente, em seu artigo 6º, atribuiu ao Sistema Único de Saúde, dentre outras, a função de fornecer à população assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.⁵⁷

De acordo com o previsto no artigo 19-M da Lei nº 8.080/90, a assistência terapêutica integral consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde. Tal procolo clínico trata de documento que estabelece critérios para o diagnóstico de doenças, o tratamento e medicamentos a serem empregados, as medidas de controle clínico e a forma de acompanhamento dos resultados terapêutico, procedimentos estes que devem ser observados pelos funcionários do Sistema Único de Saúde. Ademais, os termos “produtos de interesses para a saúde” fazem referência a órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos.

Na falta de protocolo, a dispensação deverá ser realizada, nos termos do artigo 19-P: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas na Lei nº 8.080/90, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão

⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 690/691 p.

⁵⁷VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Demandas Judiciais e Assistência Terapêutica no Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7152> Acesso em: 08 outubro 2014.

Intergestores Bipartite; III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde⁵⁸.

Qualquer incorporação, exclusão ou a alteração de qualquer produto farmacêutico ou tratamento a ser disponibilizado pelo SUS, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica ficará a cargo do Ministério da Saúde, que contará com o auxílio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, composta por um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e por outro indicado pelo Conselho Federal de Medicina. Tais modificações serão realizadas por meio de processo administrativo, com prazo de duração de 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias se preciso⁵⁹.

No que tange à obrigação assumida pelo SUS de fornecer assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, não se pode deixar de mencionar a Política Nacional de Medicamentos desenvolvida pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria 3.916/98, que, em síntese, estabelece diretrizes para a aquisição e distribuição de remédios, bem como possui o objetivo de garantir a segurança e a eficácia dos produtos fornecidos, a promoção do uso ponderado e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

Em síntese, de acordo com a PNM, os entes da federação devem atuar na escolha e fornecimento de remédios que sejam indispensáveis para a solução dos maiores problemas de saúde do país e para a cura das doenças mais comuns. No âmbito federal, a distribuição destes produtos é realizada de acordo com a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, a qual serve, ainda, como norte para a organização das listas de medicamentos estaduais e municipais. Nota-se que a escolha dos remédios a serem distribuídos em nível federal, estadual e municipal

⁵⁸BRASIL. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 08 outubro 2014.

⁵⁹Idem

podem e devem divergir para melhor atender as diferenças regionais da população brasileira⁶⁰.

Para que um remédio seja fornecido pelo Sistema Único de Saúde, além de estar previsto na RENAME ou em outra lista, é necessário ainda a comprovação de que este é seguro, e seus efeitos e resultados devem ser demonstrados cientificamente. Na inclusão de um produto na lista de medicamentos, leva-se também em conta o critério do custo-efetivo, que aconselha a escolha dos remédios com menor preço, dentre aqueles com a mesma eficácia⁶¹.

Ainda no que toca ao ramo dos medicamentos, a PNM atribui ao SUS o controle dos medicamentos genéricos. Isso por meio da elaboração de requisitos para o registro dos produtos e para a demonstração de equivalência terapêutica, através da averiguação da capacidade do país para o desenvolvimento de estudos sobre a bioequivalência, bem como da regulamentação da venda, prescrição e a dispensação desses remédios.

A regulamentação sanitária de medicamentos, o fornecimento de autorização para o funcionamento de pessoas jurídicas especializadas na fabricação e comercialização de remédios, a restrição e a retirada do mercado de produtos inadequados e nocivos à saúde da população são também atividades a serem desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde. Tais medidas deverão, ser desenvolvidas, principalmente em âmbito federal.

De acordo com a PNM, o Sistema Único de Saúde deve atuar também na reorientação da assistência farmacêutica, ou seja, na escolha, planejamento, compra, estoque, distribuição, controle de qualidade e utilização de medicamentos⁶².

Em regra, atuação do Sistema Único de Saúde, com forma de melhor conhecer e atender as necessidades da população brasileira, bem como de manter atualizados os protocolos de intervenção terapêutica e dos respectivos planos de tratamento, é descentralizada. No entanto, quando a doença configurar problema de saúde pública, comprometer o bem-estar da coletividade e cuja solução seja o

⁶⁰SCIELO. **REVISTA DE SAÚDE PÚBLICA.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102000000200018&script=sci_arttext> Acesso em: 09 outubro 2014.

⁶¹RAMOS, Leandro Ferreria. **Fornecimento de Medicamentos Pelo Poder Judiciário.** Disponível em: <http://www.ambito-ridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7152> Acesso em: 09 outubro 2014.

⁶²SCIELO. **REVISTA DE SAÚDE PÚBLICA.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102000000200018&script=sci_arttext> Acesso em: 09 outubro 2014.

tratamento de seus portadores; quando a moléstia assumir natureza individual, mas demandar tratamento longo ou permanente, mediante a utilização de medicamentos de alto custo; ou quando a doença necessitar de remédios não disponíveis no mercado, deverá haver a concessão de medicamentos de forma centralizada.

Tal decisão de centralizar ou descentralizar a liberação de remédios deverá ser tomada de acordo com os seguintes fatores: disponibilidade financeira para a aquisição dos medicamentos, custo-benefício e o custo-efetividade da compra e da entrega dos destes, efeitos colaterais do fornecimento e da utilização dos remédios e a garantia de que a utilização ocorrerá de forma moderada por grupos específicos como crianças e idosos.

Junto com a entrega dos produtos farmacêuticos, o Sistema Único de Saúde, em todas as suas esferas, deverá promover a informação dos indivíduos beneficiados acerca dos riscos da automedicação, da importância da receita médica, das prevenções das doenças e do perigo da interrupção da alteração da medicação prescrita. Isso com o intuito de desenvolver um consumo consciente de remédios por parte da população. Outrossim, o SUS incentivará o desenvolvimento científico e tecnológico e a própria produção dos medicamentos listados na RENAME pela iniciativa privada, bem como a fiscalização da qualidade da mercadoria produzida⁶³.

No desempenho da função de fornecer à população assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, como também nas demais, o SUS deve seguir os princípios da universalidade, da equidade e da integridade. O princípio da universalidade trata da abrangência dos serviços de saúde, que devem ser proporcionados à população independente do nível de escolaridade, de renda, grupo social, contribuição e qualquer outra espécie de classificação ou requisito. Já o princípio da equidade garante que os mesmos sejam concedidos sem discriminações, de maneira uniforme. E, por fim, o princípio da integridade, ao tratar do exercício de atividades ligadas à promoção, prevenção e recuperação da saúde, faz com que o indivíduo seja amparado tanto nas suas necessidades mais básicas, quanto nas mais complexas⁶⁴.

⁶³SCIELO. **REVISTA DE SAÚDE PÚBLICA.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-8910200000200018&script=sci_arttext> Acesso em: 09 outubro 2014.

⁶⁴MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário.* A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 143 p.

Atualmente, percebe-se que muitas vezes os medicamentos listados na RENAME e em outras listas de âmbito estadual e municipal não contemplam todas as necessidades da população. Inúmeros brasileiros acometidos por enfermidades acabam ficando desamparados, sem o recebimento do remédio de que precisam para voltar a um estado saudável, por conta da ausência de previsão destes nas listas supramencionadas. A partir do princípio da integridade, estaria o Sistema Único de Saúde obrigado a fornecer todos os produtos e as prestações terapêuticas que venha a precisar um cidadão, ou somente aquelas mencionadas em políticas públicas?

Tal realidade faz com que inúmeras demandas sejam ajuizadas com o intuito de solucionar o impasse. Estaria o Poder Judiciário legitimado a atuar na efetividade do direito à saúde, no que toca ao fornecimento de remédios? Nesses casos, como ficariam os aspectos políticos e econômicos ligados a este direito social? É sobre o tema que passo a tratar⁶⁵.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE

4.1 O PODER DISCRINIONÁRIO DO JUIZ

Com o fim da ditadura militar, período marcado por opressões, o Brasil enfrentou um processo de redemocratização impulsionado por uma população insatisfeita, que buscava ampliar a sua participação nas tomadas de decisões do Poder Público, fazer valer as suas liberdades, bem como remediar uma época de violência injustificada. A Constituição Federal de 1988 muito significou para esta nova fase e além de instituir e fortalecer medidas democráticas enfraquecidas ao longo da ditadura, ainda ampliou a atuação do Poder Judiciário.

Tal modificação no âmbito da Justiça, além de acarretar a procura por servidores cada vez mais humanos, atentos às necessidades da população, fez com que muitas conquistas fossem alcançadas no âmbito dos direitos sociais. O Poder Judiciário passou a ser visto como uma ponte entre o particular e os Poderes

⁶⁵MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 147 p.

Executivo e Legislativo, um mecanismo de mediação. Inúmeras são as demandas ajuizadas, por exemplo, que pleiteiam a solução de conflitos envolvendo a concessão de remédios pelo Sistema Único de Saúde. Como ponto negativo, tal fenômeno acarretou o sobrecarregamento da Justiça⁶⁶.

Embora o Poder Legislativo desempenhe a função de, nos termos do princípio da reserva do possível, direcionar as verbas arrecadas pelo Estado, e o Poder Executivo a de promover as políticas públicas, não vejo com maus olhos o papel que vem desempenhado o Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais, vez que este já atua na invalidação de leis inconstitucionais. Assim não é de todo estranho que compense a inércia de outros poderes através do reconhecimento de uma omissão, da interferência na execução de políticas públicas e da sumissão de órgãos públicos a obrigações de fazer, desde que tais medidas sejam tomadas em prol da democracia, dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, explicou o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 45⁶⁷:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

No que toca ao poder discricionário do juiz este trata de valoração e balanceamento, e não arbitrariedade, ato tomado de forma ditatorial. Ao atuar de forma discricionária, o magistrado emprega outros meios além da linguística, dos

⁶⁶ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo poder judiciário.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=>> Acesso em 18 agosto 2014.

⁶⁷ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo poder judiciário.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=>> Acesso em 18 agosto 2014.

argumentos da lógica abstrata para prolatar uma sentença. Este considera o caso concreto, a história vivida, os costumes, a economia, a política, valores éticos, dados sociológicos, psicológicos e entre outros. Isso com o intuito de ligar o Direito ao fato, de trazer a melhor solução possível para o impasse narrado nos autos.

Embora o Código de Processo Civil promova a atuação do magistrado sem qualquer nível de discricionariedade, ante a impossibilidade do Poder Legislativo de tipificar todas as relações existentes em uma nação, isso se torna impossível. O poder discricionário nada mais é do que uma técnica indispensável à função jurisdicional, decorrente das brechas deixadas pelo legislador. Além disso, possui natureza de poder-dever.

É através do poder discricionário que o magistrado deixa de ser “a boca da lei”, podendo, inclusive, afastar a aplicação de uma norma por julgá-la inconstitucional, atentatória aos princípios e direitos fundamentais e ao bem-estar da população. Muitos ainda defendem que o poder discricionário do juiz desempenha a função de criar a vontade da própria lei, tomando como elementos o senso que o julgador possui de “certo ou errado”, “justo e injusto”, “desejável e indesejável”⁶⁸.

A possibilidade que tem o magistrado de adequar a norma ao caso narrado nos autos de um processo, todavia, enfrenta certas limitações. A primeira trata do princípio da legalidade, que faz com que a solução empregada pelo juiz esteja de acordo com os parâmetros da lei, com a finalidade para a qual esta foi criada. Ademais, o resultado que será alcançado através da medida também deverá ser cogitado pelo sentenciante. Tais limites evitam situações de abuso de poder.

Também atua como limite do poder discricionário do juiz, o princípio da proporcionalidade. De acordo com este, ao verificar a existência de várias soluções para um mesmo caso concreto, o magistrado deve optar por aquele menos gravoso às partes, que mais se encaixa ao problema. Ademais, a tomada de qualquer decisão deve sempre estar em consonância com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como deve ser fundamentada⁶⁹.

⁶⁸ ANDRADE, Sabrina Dourado França. **Discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/sabrinadourado/2011/10/18/discricionariedade-judicial-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em 19 agosto 2014.

⁶⁹ ANDRADE, Sabrina Dourado França. **Discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/sabrinadourado/2011/10/18/discricionariedade-judicial-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em 19 agosto 2014.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que o poder discricionário do juiz abre caminho para que este busque, por meio do seu trabalho, mudanças no ordenamento jurídico, evitando que este fique ultrapassado. Como já dito anteriormente, o magistrado não pode ficar alheio às necessidades da população, fazendo cumprir cegamente o que prevê a lei. As peculiaridades do caso concreto também devem ser valoradas quando da prolação de uma sentença ou da tomada de qualquer outra decisão nos autos de um processo.

4.2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Partindo da premissa de que o homem é um ser ativo, em constante contato com os outros integrantes da sociedade e com o Estado, seja através do usufruto de serviços públicos, do pagamento de tributos e da realização de negócios particulares, a segurança é tida como uma necessidade básica do indivíduo, essencial para o desempenho de suas atividades e planos de vida. Nota-se que o homem deve agir confiante de que suas expectativas e seus direitos serão respeitados, que não irá se deparar, futuramente, com imprevistos irremediáveis e com situações indignas, que suas liberdades serão asseguradas.

A situação de estabilidade supramencionada é garantida pelo Direito, o qual é o responsável pela organização da sociedade, da criação de normas de conduta, pela pacificação de conflitos, bem como pela garantia da justiça. Em outras palavras: é por meio da elaboração de leis, da prolação de sentenças, da prática de atos administrativos e da correção destes que o Direito ampara os indivíduos, cria certeza, protege bens jurídico e fixa comportamentos a serem seguidos em uma sociedade plural⁷⁰.

Sobre esta função desempenhada pelo Direito, explica Mendes (2010, p. 16):

“No dizer de Recaséns Siches: ‘O homem pode antecipar mentalmente o futuro’. Ainda acrescenta o sociólogo que, através da imaginação, o ser humano possui em seu mundo objetos cognoscíveis e procura conhecê-los e procura ajustar-se, para isto tenta prever o que pode esperar desses objetos e decidir sobre sua conduta. A isso, a esta espera acerca do mundo, Luchman atribui o nome de “expectativas cognitivas”. Todos temos

⁷⁰MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça da decisões judiciais em matéria constitucional** Disponível em: <file:///C:/Users/Caroline/Downloads/dissertacaoCLARISSABRAGAMENDES.pdf> Acesso em 20 agosto 2014.

expectativas sobre o mundo e sobre o comportamento do outro. Essa expectativa é formada pelas regras sociais, mas principalmente na “constância relativa” dos comportamentos. Se determinada conduta social é frequentemente repetida, é expectável que as pessoas ajam conforme tal conduta, mesmo que exista a possibilidade de um contrafacto, ou seja, de um comportamento contrário. Através dessa “constância relativa” (relativa porque nem sempre o comportamento é semelhante), as pessoas criam expectativas comportamentais sobre o comportamento de outras pessoas, e, por seu turno, isso ocorre com o outro, que cria expectativas sobre a conduta do primeiro, e, nesse sistema, há uma organização comportamental. Luhmann denomina de “dupla seletividade” a expectativa de expectativa, ou seja, a expectativa de uma pessoa sobre a expectativa que o outro tem sobre o comportamento daquela primeira pessoa, a “expectativa da expectativa”. Ocorre que, em uma sociedade complexa em que é assegurada e que deve ser respeitada a pluralidade, como o caso da brasileira, as escolhas comportamentais se diferenciam, o que é comportamento “normal” para alguém não o é para outro, daí surgem as contingências, incertezas acerca da conduta do outro e a expectativa do outro sobre minha conduta. A contingência é prejudicial à organização social, pois retona-se ao problema da insegurança, angústia generalizada, por não saber o que esperar do outro (já que diferente de mim, em uma sociedade de valores pluralistas), e nem mesmo saber o que o outro espera da minha conduta. Para amenizar esse problema, que se torna maior quanto maior a diferença de valores, quanto mais complexa é a sociedade, é necessária uma padronização de condutas que orientem as ações. Daí torna-se necessário um sistema que garanta a organização e a estruturação comportamental da sociedade. Esse instrumento é o direito. O direito é uma generalização congruente, afirma Niklas Luhmann, isso porque, generaliza comportamentos, que antes seriam diferentes, tendo em vista a complexidade da sociedade. Assim, todos deveriam seguir a orientação normativa. A minha expectativa sobre o outro é que este se comporte de acordo com a orientação normativa e a expectativa sobre o que outro espere de mim é que eu me comporte do mesmo, de acordo com o Direito. Para tanto, o Direito seleciona os comportamentos através de normas.

A estabilidade garantida pelo Direito tem como norte o princípio da segurança jurídica, o qual é dividido em uma dimensão objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva tutela o indivíduo nas relações estabelecidas com outros particulares, na elaboração de um contrato, na celebração de um casamento, de um divórcio, na compra de um bem e no aluguel de um imóvel por exemplo. Faz prevalecer o previsto na lei e o estipulado entre as partes de um negócio. Já a dimensão subjetiva vincula o Estado e evita que mudanças na política, no ordenamento jurídico e no desempenho das políticas públicas, sem o emprego de medidas alternativas e preparatórias, venham a prejudicar e a enfraquecer a sociedade⁷¹.

Diante da sua relevância, o princípio da segurança jurídica é protegido por todo o ordenamento jurídico. E embora não tenha previsão expressa na Carta

⁷¹THAUMATURGO, Felner Assis; LIMA, Roberto Vieira; SABINO, Francisca Vânia. **Princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica nos atos administrativos**. Disponível em: <<http://www.tce.ac.gov.br/portal/index.php/artigos/104-principio-da-legalidade-e-o-principio-da-seguranca-juridica-nos-atos-administrativos>> Acesso em 20 agosto 2014.

Magna, pode ser identificado em cada norma nela prevista. Quando o texto constitucional aponta as autoridades, as competências atribuídas aos entes federativos, os procedimentos a serem seguidos no desempenho de suas funções, os direitos fundamentais, a separação de poderes, o respeito de um período de tempo antes da cobrança de um tributo e entre outras situações, este busca, seja de forma indireta ou direta, trazer estabilidade à população e criar um caminho para o progresso. Sendo assim, a segurança jurídica trata das garantias das garantias, de um direito fundamental que proporciona aos indivíduos a certeza de que todos os outros direitos serão assegurados e preservados⁷².

Além de garantir tal proteção, o princípio da segurança jurídica também impulsiona a efetividade dos direitos sociais, isso de acordo com a situação fático-jurídico e de outros direitos e princípios envolvidos. Aqui entende-se que de nada vale a previsão de uma prerrogativa no ordenamento jurídico sem que esta atinja os seus objetivos, produza efeitos. Outrossim, o princípio em comento também atua no sentido de proibir retrocessos no que toca às conquistas alcançadas pela sociedade, atuando de forma conjunta com princípio da proibição do retrocesso⁷³.

Ademais as pessoas de uma nação devem programar a suas vidas podendo contar com a prestação de serviços públicos e com os direitos fundamentais narrados no texto constitucional. Devem estar certas de que terão acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, de que as suas liberdades serão respeitadas e de que poderão contar com a mão acolhedora do Estado diante de situações de dificuldades. Estes fatores tornam indiscutível a importância do princípio da segurança jurídica.

⁷²MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. **Características da segurança jurídica no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>> Acesso em 20 agosto 2014.

⁷³MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça da decisões judiciais em matéria constitucional**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Caroline/Downloads/dissertacaoCLARISSABRAGAMENDES.pdf>> Acesso em 20 agosto 2014.

4.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

A questão da judicialização das políticas públicas de saúde vem ganhando destaque nos dias atuais, tornando-se matéria constantemente discutida por acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e pela população brasileira. Tal fenômeno, basicamente, faz referência à atuação do Poder Judiciário na efetividade dos direitos sociais, o qual vem sendo, desde a promulgação da Constituição Federal, cada vez mais procurado para solucionar impasses entre particulares e o Poder Público, principalmente no que toca à concessão de medicamentos⁷⁴.

São inúmeras as situações narradas nas demandas ajuizadas por particulares em face do Estado no que toca ao dever deste de, nos termos do artigo 6º da Lei nº 8.080/90, prestar à população assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Em todas elas, cabe ao Poder Judiciário verificar os motivos que levaram a Administração a negar a concessão de tal benefício, se o texto constitucional está sendo observado, bem como se certificar de que políticas sociais e econômicas estão sendo cumpridas.

Há casos em que mesmo havendo a previsão do medicamento na lista do RENAME, por exemplo, este não está sendo fornecido à população por conta de uma falha na gestão. Partindo do princípio de que o cidadão não pode ser prejudicado por uma ação administrativa ineficaz, que deixa de providenciar o produto farmacêutico ou o adquirir em quantidade insuficiente, cabe ao magistrado solucionar a lide em favor do particular. Em contrapartida, pode ocorrer do medicamento requerido não ser disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, mas outro similar sim. Nessas situações, com fulcro nos critérios da razoabilidade e da ponderação, o juiz analisará os motivos que impedem o paciente de utilizar a droga listada pelo SUS e, a partir daí, optará por acolher ou não o pedido formulado na exordial.

Nas hipóteses em que o medicamento pleiteado estiver em fase experimental, não há dúvidas que a sua concessão via judicial deverá ser negada, ante eficácia

⁷⁴MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 143 p.

duvidosa do produto e do dever da Administração Pública de zelar pela segurança e qualidade dos remédios disponibilizados à população⁷⁵.

São mais frequentes e mais delicados, no entanto, os casos em que o fármaco pleiteado, embora seja reconhecido pela ANVISA, não esteja incluído e nem possa ser substituído por outro similar previsto no rol de medicamentos do SUS. A concessão de remédios pelo Poder Judiciário nestes casos vem sendo fortemente criticada, sob às alegações de que tal decisão judicial acarreta um inevitável impacto ao exigir a tomada de medidas não previstas em políticas públicas e em descompasso com o princípio da reserva do possível, ou seja, com a disponibilidade financeira do Estado. Ademais, acusam o Poder Judiciário de desviar verbas direcionadas ao atendimento da coletividade, em benefício de alguns brasileiros⁷⁶.

Acerca do problema, trata Marques (2011, pg. 147):

“Os Juízes vêm respeitando a indicação médica individual para o tratamento de determinada moléstia ou agravo à saúde, a despeito do tratamento que estabelece a política pública. Tal fato tem sido problematizado pelos gestores públicos de saúde, que acusam o Poder Judiciário de interferir no âmbito de atuação da Administração Pública, desviando os recursos estabelecidos pela política de saúde para o atendimento coletivo, em favor dos seletos cidadãos que acessam o Poder Judiciário. Ainda de acordo com Marque (2005), em pesquisa realizada no Estado de São Paulo, os gestores públicos sustentam em juízo, prioritariamente, a ideia de que o ‘o Estado possui limitações legais e orçamentárias que obstam a garantia de pretensão do Autor. Ou seja, sustentam que o Estado, em suas três esferas de governo, deve fornecer apenas aos cidadãos o que consta nos Protocolos e Listas Oficiais do SUS, a despeito das necessidades individuais colocadas no autos das indicações terapêuticas individuais (o que consideram, muitas vezes, ser fruto de lobby de indústria farmacêutica muito mais do que reais necessidades terapêuticas) é que atender a pretensão do autor é colocar em risco o atendimento global, de toda a comunidade que não acessa o Poder Judiciário para ver seu direito arantido”

Além dos problemas de falta de verba pública e da influência da indústria farmacêutica citados no trecho acima, a atuação do Poder Judiciário no âmbito da efetividade do direito à saúde encontra ainda obstáculo no fato de que a maioria das pessoas beneficiadas por decisões judiciais concedendo medicamentos possui boas condições socioeconômicas e acesso à informação. Tal constatação decorre da

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 707/709 p.

⁷⁶MARQUES, Sílvia Badim. *In* **Estudos de direito sanitário**. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 147 p.

apuração de dados como: o local de residência dos autores das demandas e a contratação de advogados particulares para atuar na causa⁷⁷.

Frente à polêmica aqui exposta, o Poder Legislativo vem buscando promover a limitação do Poder Judiciário no que toca à concessão de medicamentos. As primeiras iniciativas neste sentido partiram do Senado Federal, por meio do projeto de Lei do Senado Federal PLS 219 de 2007 e do Projeto de Lei do Senado Federal PLS 338/2007. Tanto um, quanto o outro, além de outras medidas benéficas à população brasileira, propuseram regulamentar o artigo 6º e 7º da Lei 8.080/90, no sentido de dificultar a oferta de remédios pelo SUS. O primeiro, o projeto 219, foi rejeitado pelo Plenário do Senado Federal, frente à existência de outro projeto de lei no Senado com o mesmo objetivo, e encontra-se arquivado desde a data de 07/06/2010. Já o segundo, o projeto 338/2007, após ser votado e acrescido de substitutivos, foi aprovado pelo Senado Federal. Atualmente, este permanece na Câmara dos Deputados para revisão.

Nota-se que além de regulamentar o artigo 6º e 7º da Lei 8.080/90, no sentido de dificultar a oferta de remédios pelo SUS, o projeto 338/2007 trata do processo de inclusão, exclusão ou alteração destes na lista de medicamentos, do processo de elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e, inclusive, da composição e funcionamento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS⁷⁸.

Mesmo diante de tantos pontos desfavoráveis, no que tange à assistência farmacêutica e terapêutica, a atuação do Poder Judiciário está amparado por garantias constitucionais claras e por princípios. O primeiro a ser citado aqui é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual reclama pela promoção de medidas indispensáveis ao desempenho de uma vida saudável e digna. Corroborando, tem-se o princípio da segurança jurídica, que, além de outras funções, impulsiona a máxima efetividade dos direitos sociais, a partir do raciocínio de que de nada adianta a positivação dessas prerrogativas, sem a existência de atos executórios, sem que possam amparar o indivíduo em situações de dificuldade.

Ademais, tem-se o princípio da integridade de assistência à saúde, previsto no artigo 6º e 7º da Lei 8.080/90 e posto como um “conjunto articulado e contínuo

⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 707/709 p.

⁷⁸MARQUES, Sílvia Badim. *In* **Estudos de direito sanitário**. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 147 p.

das ações e serviços preventivos e curativos”, que, como já narrado, anteriormente, faz com que, na promoção, prevenção e recuperação da saúde, o indivíduo seja amparado tanto nas suas necessidade mais básicas, quanto nas mais complexas. A desconsideração de tal princípio enfraqueceria o direito à saúde e o engessaria à política pública, bem como deixaria o indivíduo à mercê dos administradores⁷⁹.

Nota-se que a redução do princípio da constitucional da integridade de assistência à saúde, que é o que pretendem os projetos de lei mencionados anteriormente, acarreta um retrocesso no que toca à ampla garantia dos direitos humanos⁸⁰.

A atuação dos magistrados no âmbito da saúde encontra respaldo também no poder discricionário do juiz, que incentiva a consideração de outros fatores, além da linguística, na tomada de uma decisão, como: os resultados morais de uma ação, fatores históricos, costumes, dados econômicos, políticos, éticos, sociológicos, psicológicos e entre outros. Como a ordem jurídica nunca foi suficiente para amparar todas as situações problemáticas levadas à juízo, cabe ao magistrado, ante a brecha na lei e através da função discricionária, encontrar soluções ao caso narrado nos autos. Esta é a realidade vivida no que toca ao fornecimento de remédios pelos SUS, vez que, embora sejam elaboradas com base em estudos médicos, os protocolos e as listas de medicamentos não contemplam e nunca vão contemplar todas as necessidades de saúde da população brasileira. Além disso podem apresentar falhas e demora na atualização.

Reforça a atuação dos magistrados na concessão de medicamentos fora da lista elaborada pelo Sistema Único de Saúde o fato de ser a saúde uma consequência indissociável do direito à vida, que deve prevalecer diante de questões políticas, econômicas ou burocráticas. Ao analisar um processo em que o pedido trata da concessão de um remédio, o juiz está envolvido, antes de mais nada, com uma vida, que deve ser preservada independentemente do que é estipulado em uma política pública. Outrossim, o impasse deverá ser solucionado de acordo com a realidade individual posta nos autos.

⁷⁹BRASIL. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 08 outubro 2014.

⁸⁰MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 147 p.

O magistrado, durante o desempenho de suas funções e ao longo de sua carreira não pode ser indiferente às necessidades do povo, este deve assumir um papel ativo no Estado Social e contribuir com a realização das políticas públicas, ser corresponsável pelas transformações na sociedade. Intervir na efetividade dos direitos sociais é, para um juiz comprometido, inevitável ante a realidade em que vivemos, marcada por corrupção, violência, desigualdades sociais e entre outras adversidades.

Por fim, tem-se que o próprio sistema de separação de poderes não poderá ser utilizado para frear as atividades do Judiciário quanto à concessão de medicamentos, pois este tem como objetivo evitar abusos autoritários e assegurar os direitos fundamentais. Assim, colocá-lo como uma limitação na efetividade de qualquer direito social seria contrário à sua própria finalidade.

4.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE

Assim como nas instâncias inferiores, o direito à saúde, em seus vários desdobramentos, vem sendo objeto dos julgados do Supremo Tribunal Federal. E foi tomando por conta o número significativo de demandas judiciais relacionadas a este direito social e as polêmicas que o tema gera, que o Presidente da Suprema Corte promoveu uma Audiência Pública, que foi realizada entre as datas 27/04/2009 a 29/04/2009 e 04/05/2009 a 07/05/2009. O evento contou com a participação de pessoas especialistas, de autoridades ligadas ao Sistema Único de Saúde, acadêmicos, membros do Poder Judiciário, Promotores Públicos, Procuradores da União e dos Estados e Organizações da Sociedade Civil, todos voltados a esclarecer questões técnicas, administrativas, científicas, políticas e econômicas ligadas ao direito em comento⁸¹.

Sobre a importância da Audiência Pública, explica Mendes (2011, pg. 713):

“O grande número de pessoas que manifestaram interesse em acompanhar os trabalhos dessa audiência – foram mais de 140 pedidos evidenciou a necessidade e urgência do debate. Àqueles que não puderam ser ouvidos possibilitou-se a via da manifestação por meio de memoriais, artigos e

⁸¹MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011. 147 p.

documentos. Após ouvir os depoimentos prestados na Audiência Pública por representantes dos diversos setores envolvidos com a questão, restou clara a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, como já indicado, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas voltadas à proteção do direito à saúde, mas o cumprimento de políticas já existentes. Na audiência, ficou evidente que os casos de omissão e de falha de implementação do sistema como um todo não podem ser resolvidos com uma ação isolada de um único ente, eventualmente o próprio Judiciário. É necessário um tipo de concentração entre eles.

Findo o evento, como resultado das discussões, das exposições e das informações compartilhadas pelos participantes, houve a instituição pela Resolução n. 107/2010, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”, voltado à discussão de problemas como o aumento das ações judiciais na área da saúde, a obrigatoriedade de concessão, pelo Estado, de remédios, tratamentos médicos e leitos hospitalares. Outro resultado positivo advindo da Audiência Pública realizada foi a aprovação, também pelo CNJ, da Recomendação nº 31, que promoveu a divulgação de medidas para auxiliar os magistrados atuantes em demandas envolvendo o direito à saúde.

Além das movimentações supramencionadas, o próprio Supremo Tribunal Federal contribuiu com os problemas narrados na Audiência Pública realizada por sua Presidência através da formulação de alguns critérios a serem utilizados no julgamento de casos concretos envolvendo o direito à saúde. Os parâmetros foram fixados a partir da decisão proferida na STA 175. Em 17 de março de 2010, a Suprema Corte indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado no em agravo regimental interposto pela União, mantendo a decisão da 5ª Região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza a disponibilização de um remédio denominado de ZAVESCA a uma paciente portadora de uma doença chamada de Niemann-Pick Tipo C. Na época, o medicamento custava cerca de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais). Nesta hipótese, o Ministro Relator tomou sua decisão com fulcro nas provas anexas aos autos que demonstravam a necessidade do remédio para o tratamento da moléstia, bem como ante a ausência de demonstração de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública⁸².

⁸²MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 709/719 p.

Ao decidir o caso narrado, o STF estabeleceu as seguintes medidas a serem observadas em outros processos semelhantes:

1º) A verificação da existência de política estatal abrangendo a prestação requerida pela parte autora do processo. Havendo previsão, o Poder Judiciário não estaria criando políticas públicas, mas apenas determinando o cumprimento das medidas já disponibilizadas pelo Sistema Único de Saúde. Já diante da inexistência da medida pleiteada nas políticas do SUS, é preciso verificar se esta decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa de não concessão ou de vedação legal expressa à sua dispensação. Quanto a essa última hipótese, é importante ressaltar que à Administração Pública, salvo em casos excepcionais, é vedado fornecer medicamentos não registrados na ANVISA.

2º) Observadas as medidas supramencionadas, o próximo passo é analisar o motivo que levou o SUS a negar o serviço de saúde narrado nos autos. Um medicamento ou tratamento que não corresponda com o protocolo pode contrariar o consenso científico empregado. Ademais, deve-se levar em conta o critério da disponibilidade financeira antes conceder medidas além das previstas pelo SUS. O custeio de qualquer ação reivindicada em ação judicial, de maneira indiscriminada, prejudicaria ainda mais o amparo da população brasileira. Outrossim, medidas similares fornecidas pelo SUS devem ser preteridas em relação à pleiteada pelo indivíduo, salvo se demonstrada a sua ineficácia para a solução do caso concreto. Nota-se que apesar de todos esses critérios, os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS poderão ser discutidos judicialmente e, em casos excepcionais, medicamentos ou tratamentos diferentes dos previstos em política pública poderão ser concedidos.

Nos casos em que há ausência de tratamento ou remédio específico para tratar uma determinada moléstia, faz-se necessário “diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro”. Aqueles não possuem eficácia comprovada cientificamente, estão em fase de teste e, portanto, não podem ser concedidos à população brasileira pelo Estado. Já estes tratam de novos tratamentos e medicamentos ainda não incorporados pelo SUS e, em nome do princípio da integridade, podem ser demandados via judicial⁸³.

⁸³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 707/709 p.

Em todas as hipóteses supramencionadas e, em geral, na demandas envolvendo o direito à saúde é indispensável a instrução processual, ampla produção de provas. Isso para que o magistrado tome conhecimento da real situação do demandante e escolha a solução mais adequada ao caso concreto⁸⁴.

Dentre os casos tratados pelo Supremo Tribunal Federal, ganha destaque o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 717290/RS que, além de reconhecer a solidariedade entre os entes da federação no que toca ao fornecimento de medicamentos, autorizando ao ajuizamento de demandas em face de qualquer um destes, o acórdão ainda pugnou pela preservação do direito à saúde e do direito à vida com base em um caráter ético-jurídico. É o que se verifica da leitura da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL
NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO
DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS
ENTES DA FEDERAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A
JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. 1. O fornecimento de tratamento
médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado
e deve ser prestado de forma solidária entre os entes da federação.
Precedentes: ARE 772.150/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 17/10/2013,
RE 716.777-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ
16/5/2013, e ARE-AgR 744.223, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 11/9/2013. 2. In
casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "PACIENTE
PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA NEOPLASIA MALIGNA DE
BAÇO PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS DIREITO À
VIDA E À SAÚDE NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR
RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE
DIREITO ESSENCIAL FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS
INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE
DE PESSOAS CARENTES DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF,
ARTS. 5º, CAPUT, E 196) PRECEDENTES (STF) RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO
FEDERAL BRASILEIRO CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE
AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES
ESTATAIS RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." 3. Agravo regimental
DESPROVIDO. (RE 717290 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira
Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067
DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014).

Cabe ainda citar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 827.931/SC, no qual a concessão de um determinado medicamento foi negada à recorrente, ante a disponibilidade de outro produto similar pelo Sistema Único de Saúde:

⁸⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo:Saraiva, 2011. 707/709 p.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUBSTITUIÇÃO POR FÁRMACOS FORNECIDOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVAS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 827931 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014

Seguem aindas as seguintes ementas:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA -MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685)

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controversia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.(RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012)

Como visto, em repercussão geral, com julgamento sobrestado, tem-se a questão da necessidade de o medicamento pleiteado estar registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA para ser disponibilizado pelo SUS, bem como obrigatoriedade de o Poder público fornecer medicamento de alto custo.

5 CONCLUSÃO

Como visto ao longo do presente trabalho, a função atribuída ao Sistema Único de Saúde (SUS) pelo artigo 6º da Lei nº 8.080/90 de prestar à população assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica vem sendo discutida não só no âmbito do Poder Judiciário, que, uma vez provocado, é obrigado a dar solução ao impasse narrado nos autos. A questão é discutida também pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo, por juristas, economistas, médicos, funcionários públicos e até mesmo pela população. Tal movimentação é justificada pelo fato de que um direito tão importante como a saúde, ligado à vida, à dignidade da pessoa humana, ao bem-estar do indivíduo e da coletividade, não vem satisfazendo as necessidades de uma parcela significativa do povo brasileiro. Muitos se veem perdidos diante do fato de não possuir condições financeiras para custear um remédio e ao mesmo tempo não poder contar com o auxílio do Estado, pelo simples fato da concessão do produto não estar prevista em uma política pública.

E apesar de todos os esforços desempenhados, é o Poder Judiciário que acaba tendo um maior destaque no que toca ao tema. Isso, pois, como já dito, a partir da Constituição Federal, a Justiça passou a desempenhar o papel de ponte entre o particular e o Estado, o papel de mediador. É ele que vem atendendo as necessidades da população a partir da análise de cada caso concreto, desempenhando a função que, teoricamente, deveria ser realizada pelo Poder Legislativo. O problema dessa atuação se inicia com o fato de que possivelmente o magistrado não tem como aferir a capacidade econômica do país, o elemento da reserva do possível. E nessas situações a concessão desmedida de medicamentos acaba comprometendo, de certa forma, o desenvolvimento da política pública trilhada para atender a coletividade. Em outras palavras, verbas que poderiam estar atendendo as necessidades da nação como um todo, a partir das decisões tomadas pelo juiz em processo, estão sendo gastas para beneficiar apenas um grupo.

Apesar dos pontos negativos, verificou-se que muitos outros justificam a atuação do Poder Judiciário nesses casos, a começar pela dignidade da pessoa humana, que prega o respeito, a preservação da integridade física e moral de um ser humano. A partir desse princípio, torna-se estranho que um juiz, ao analisar as

peculiaridades de um caso concreto e constatar a necessidade da concessão de um medicamento para a sobrevivência de um indivíduo, possa tomar decisão diversa daquela de acolher o pedido formulado na exordial. O próprio direito à vida, posto por muitos doutrinadores como o ponto de partida para o desempenho de outros direitos,

A atuação dos magistrados no âmbito da saúde encontra respaldo também no poder discricionário do juiz, que incentiva a consideração de outros fatores, além da linguística, na tomada de uma decisão, como: os resultados morais de uma ação, fatores históricos, costumes, dados econômicos, políticos, éticos, sociológicos, psicológicos e entre outros. Nota-se que o Brasil é um país marcado pelo desvio de verbas públicas por pessoas eleitas pela própria população que, apesar de serem escolhidas para agir em nome da coletividade, acabam priorizando interesses particulares. A falta de verba para o custeio de serviços públicos também decorre daí. Esta realidade brasileira tem que ser considerada pelo juiz ao prolatar uma sentença.

Ademais, como a ordem jurídica nunca foi suficiente para amparar todas as situações problemáticas levadas à juízo, cabe ao magistrado, ante a brecha na lei e através da função discricionária, encontrar soluções ao caso narrado nos autos. Esta é outra realidade a ser considerada pelo juiz, pois embora sejam elaboradas com base em estudos médicos, os protocolos e as listas de medicamentos não contemplam e nunca vão contemplar todas as necessidades de saúde da população brasileira. Além disso podem apresentar falhas e demora na atualização.

Outro princípio que justifica a atuação do Poder Judiciário no que toca à concessão de medicamentos, anteriormente negados pelo Sistema Único de Saúde, é o da segurança jurídica. Este, como visto, além de outras funções, impulsiona a efetividade dos direitos sociais. A partir do momento que a Constituição Federal prevê que o Estado será um dos responsáveis pela preservação dos direitos do indivíduo, pela prestação de medidas voltadas a tutela do indivíduo no confronto de situações de contingência, isso tem que ser cumprido. O homem tem que construir a sua vida, desempenhar suas atividades, buscar o relacionamento com outras pessoas, celebrar negócios jurídicos, sabendo que será amparado por serviços públicos, que estes satisfarão suas necessidades.

No caso da assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, a própria Lei nº 8.080/90 determina que tal serviço seja concedido pelo Sistema Único de Saúde de

maneira integral. Isso reforça a ideia de que o indivíduo deverá ser amparado tanto nas suas necessidades mais básicas, quanto nas mais complexas. Descumprir o princípio da integridade, por conta da ausência de previsão de um medicamento em um protocolo, de fato, comprometeria o direito à saúde, nos termos em que este é previsto no texto constitucional, bem como colocaria o indivíduo à mercê da Administração.

Quanto à medidas propostas pelo Supremo Tribunal Federal a serem tomadas pelos magistrados brasileiros na solução dos problemas narrados nos processos envolvendo a concessão de medicamentos, dentre as quais podemos citar a verificação se o custeio do remédio pleiteado não está mesmo previsto na política pública, a existência de outro medicamento disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde de efeito similar, a confirmação de que o produto já foi testado e oferece segurança à população, é certo que estas, junto com a realização da Audiência Pública em 2009, significaram um avanço. No entanto, tais parâmetros ainda admitem exceções que necessitam ser analisadas. A exemplo disso, tem-se as situações descritas nos Recursos Especiais 566471/RN e 657718/MG, que tiveram seus julgamentos sobrestados ante ao reconhecimento da repercussão geral da matéria por eles discutidas: a concessão de medicamentos não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou de custo muito elevado.

Frente ao exposto, verifica-se que muito ainda deve ser debatido e aperfeiçoado a respeito da função desempenhada pelo Sistema Único de Saúde de prestar à população assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica e da participação do Poder Judiciário neste campo.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011.

ALVES, Cândice Lisbôa. **A saúde como um direito fundamental difuso**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13091&revista_caderno=9 > Acesso em: 20 de agosto 2014.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. **Discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/sabrinadourado/2011/10/18/discricionariedade-judicial-e-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em 19 agosto 2014.

BALERA, Wagner. **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Grupo Conceito, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abril 2014.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 08 outubro 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOMCI, Arthur Laércio. **A Evolução Histórica da Previdência Social no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12493/a-evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil> > Acesso em: 15 agosto 2014.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. **Características da segurança jurídica no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>> Acesso em 20 agosto 2014.

MARQUES, Sílvia Badim. *In Estudos de direito sanitário*. A produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal, 2011.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça da decisões judiciais em matéria constitucional**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Caroline/Downloads/dissertacaoCLARISSABRAGAMENDES.pdf>> Acesso em 20 agosto 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVA IORQUE. Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 22 abril 2014.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Proteção social brasileira: diferença entre previdência e assistência social.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/previdencia-social/Diferencas_entre_previdencia_e_assistencia_social.pdf> Acesso em: 14 junho 2014.

RAMOS, Leandro Ferreria. **Fornecimento de Medicamentos Pelo Poder Judiciário.** Disponível em: <http://www.ambito-ridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7152> Acesso em: 09 outubro 2014.

REVISTA DA VACINA. **A Revolta da Vacina.** Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/revolta/revolta.html>> Acesso em: 14 agosto 2014.

ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo poder judiciário.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=>> Acesso em 18 agosto 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário.** 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCIELO. **REVISTA DE SAÚDE PÚBLICA.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102000000200018&script=sci_arttext> Acesso em: 09 outubro 2014.

SILVA, Roberta Soares da. **Direito social.** aposentadoria. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THAUMATURGO, Felner Assis; LIMA, Roberto Vieira; SABINO, Francisca Vânia. **Princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica nos atos administrativos.** Disponível em: <<http://www.tce.ac.gov.br/portal/index.php/artigos/104-principio-da-legalidade-e-o->>

princípio-da-seguranca-juridica-nos-atos-administrativos> Acesso em 20 agosto 2014.

VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil.** Disponível

em:<http://www.essex.ensino.eb.br/doc/PDF/PCC_2008_CFO_PDF/CD52%201%BA%20Ten%20AI%20JEFERSON%20DUTRA%20DE%20VARGAS.pdf> Acesso em: 14 agosto 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Demandas Judiciais e Assistência Terapêutica no Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7152> Acesso em: 08 outubro 2014.