



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Concretização do Direito Social à Saúde pelo Poder Judiciário

Leonardo Osório Teles

Rio de Janeiro
2009

Leonardo Osório Teles

A Concretização do Direito Social à Saúde pelo Poder Judiciário

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Neli Luiza C. Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2009

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Leonardo Osório Teles

Graduado pela Pontifícia
Universidade Católica. Pós-
Graduado em Direito Tributário
pela Escola Superior de Advocacia
/ OAB-RJ. Advogado.

Resumo: é inegável o crescimento de forma relevante do número de demandas que buscam compelir o Estado a garantir a prestação e o fornecimento de serviços relacionados à saúde, sob o argumento de se tratar de um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, pela Constituição Federal. O Poder Judiciário vem assumindo um papel decisivo em assegurar os meios necessários para garantir o direito fundamental à vida e à saúde. A essência do trabalho é revelar se ordenamento jurídico positivado garante os meios necessários à prestação da saúde, ou, se não estando dispostos plenamente pela Administração, poderia o Poder Judiciário, por sua vez, compelir o Poder Executivo, casuisticamente, a prestá-los.

Palavras-Chaves: Saúde, Garantia, Concretização, Poder Judiciário.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - Os Direitos Fundamentais e suas Gerações. 3 - A Constituição Federal de 1988 e a interpretação dos Direitos Sociais. 4 - O Direito à Saúde. 5 - A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial como limites à eficácia e efetividade dos Direitos Sociais. 6 - A Concretização do Direito à Saúde pela atuação do Poder Judiciário. 7 - Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

O trabalho, ora proposto, tem o objetivo de abordar a forma de concretização de um dos direitos sociais essenciais previstos na Constituição Federal, o direito à saúde, naquilo

que diz respeito à sua implementação como política pública, matéria em que vigora a discricionariedade do administrador público.

O presente estudo tem por mira traçar alguns delineamentos acerca da relação entre a Administração Pública, sua política de implementação de direitos públicos voltados à saúde e a concretização judicial de tais direitos.

É inegável o crescimento de forma relevante do número de demandas que buscam compelir o Estado a garantir o preceito normativo previsto na Constituição Federal de 1988, de modo a se obter a prestação e o fornecimento de serviços relacionados à saúde, sob o argumento de se tratar de um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas pela Constituição Federal.

O Poder Judiciário, dia após dia, vem assumindo um papel decisivo, notadamente, na área da saúde pública, às voltas em assegurar os meios necessários para assegurar o direito fundamental à vida e à saúde.

Nessa breve referência, já é possível ver os contornos deste trabalho, que analisa a forma em que são, na prática, ofertados os direitos essenciais à população, em respeito à saúde, bem como, se podem ser restringidos em algumas situações, mesmo que em assim acontecendo, se vulnerarem os direitos fundamentais aludidos.

O que se pretende revelar é se o administrador detém íntegro o seu juízo de valor, o mérito administrativo, a conveniência e a oportunidade em implementar as políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, ou se, já foram deliberadas previamente, pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração, devendo assim, tão-somente serem executadas. Em outras palavras, se quer compreender se deve o nosso ordenamento jurídico garantir os meios necessários à prestação da saúde, ou, se acaso não dispostos plenamente pela Administração, poderia o Poder Judiciário, por sua vez, compelir o Poder Executivo, casuisticamente, a fornecer tais medicamentos, muito embora, se pautando pela preocupação de limitação de custos orçamentários.

Por fim, pretende-se ampliar a discussão acerca do tema proposto, apresentando-se situações práticas enfrentadas pelos magistrados no dia-a-dia. Antes, entretanto, será feita uma breve análise das disposições constitucionais que tutelam o direito à saúde.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES.

No curso da evolução histórica foram formadas “gerações” de direitos que não se superam, mas convivem entre si. Os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade. MORAES (2000, p. 11)

Na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana. E, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais compõem a base da ordem jurídica, sendo certo que a afirmação e asseguração de tais direitos são condições de legitimação do Estado de Direito. MORAES (2008, p. 483)

Os primeiros direitos a serem reconhecidos - direitos individuais-, estabeleciam um dever de omissão, inibidora da atuação do Estado Liberal. Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Posteriormente, se verificou que diante de tanta liberdade, a opressão não se dava mais diretamente pelo Estado, mas sim pelo particular, surgindo, então, a necessidade de haver direitos voltados a atuações estatais específicas que visassem impedir tais condutas. Veio a segunda geração – direitos sociais -, que se caracterizou por um dever de ação, sendo estes direitos agora solucionados por uma prestação, por um agir, em atendimento às necessidades sociais, por parte do Estado.

Com efeito, cunhou-se denominar de direitos prestacionais, que, apesar da grande variedade na classificação e na denominação desses direitos, cabe mencionar os direitos prestacionais originários, que são aqueles concebidos pelo constituinte originário, retirando dos poderes constituídos a possibilidade de deles dispor. Diferenciando-se dos direitos prestacionais derivados, que são formulados pela via legislativa, cabendo aos poderes constituídos sua institucionalização.

Em suma, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente, a ampliação dos poderes do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda geração passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. BONAVIDES (2000, p. 518)

O passo seguinte foi o advento dos direitos de terceira geração - direitos coletivos e difusos -, inspirando-se no princípio da solidariedade entre as gerações. Os direitos de terceira geração apresentam dois pontos de contato com os direitos de segunda geração: a) impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas e b) são pressupostos para que os cidadãos exerçam plenamente sua liberdade e sua igualdade.

A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais, cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, como se passa a ver.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida por ser uma constituição dirigente, sendo uma das mais amplas em termos de direitos individuais e sociais assegurados.

A expressão constituição dirigente significa uma “objetiva mudança social, indo além, por conseguinte, de representar um simples elenco de ‘instrumentos de governo’, haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.” TOJAL (2003, p. 22)

Assim, a Constituição de 1988 define não apenas um estatuto de poder, mas também cuida de estabelecer programas e metas que deverão ser concretizados pelo Estado

enquanto Poder Executivo e também pela própria sociedade, e é sob esse viés que se tem o estabelecimento de uma nova ordem social, com base no primado do trabalho e com objetivo de promover bem-estar e justiça sociais.

A Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes em nosso País a inviolabilidade do direito à vida, o qual vem a ser, o mais fundamental de todos os direitos, já que a sua existência e preservação constituem pré-requisitos para o exercício dos demais direitos.

Contudo, para que a vida seja garantida a um nível adequado à condição humana, também é indispensável que os direitos sociais, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, sejam respeitados e efetivados pelo Estado.

Logo, é correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e o direito social ao acesso à saúde estão intimamente ligados, pois a existência de uma vida digna pressupõe o acesso a prestações necessárias e suficientes para preservar, manter ou restabelecer a saúde.

Importante salientar também que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim através do Estado (KRELL, 2002, p. 19), são direitos fundamentais próprios do homem-social, pois dizem respeito a um complexo de relações sociais, que o indivíduo desenvolve para a realização da vida, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita. TORRES (1987, p. 13)

Sendo assim, em um primeiro momento, historicamente, o Estado Social destinou os seus ideais ao Poder Executivo e, conseqüentemente, na Administração Pública, isso porque o chefe de Estado tinha a incumbência, ao governar a sociedade, de impedir e diminuir a desigualdade social e econômica com base nas normas constitucionais programáticas.

Porém, a confiança no Estado empreendedor e prestador de serviços foi abalada quando se percebeu que o dirigismo dos líderes, fundado em normas constitucionais desprovidas de imperatividade, não foi suficiente para cumprir com os objetivos a que se propôs. Então, de modo a superar a crise de legitimidade do Estado Social de Direito, concebeu-se o Estado Democrático de Direito.

Afortunadamente, no Brasil atual, vigora o Estado Democrático de Direito, que atua para garantir, preventivamente, os direitos básicos dos cidadãos positivados em normas jurídicas constitucionais, que são dotadas de imperatividade e eficácia. Com efeito, diante da

expressa disposição lançada na Carta de 1988, pode-se partir da premissa de que seu artigo 5º, § 1º, abrange todas as normas de direitos fundamentais garantidos, de plano, *verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Com isso, os cidadãos obtêm garantias jurídicas para que possam exercer todas as suas liberdades jurídicas, influenciar e participar efetivamente do exercício do poder estatal.

Nesta quadra, como a Constituição adota o modelo democrático de Estado de Direito (art. 1º), cumpre observar em seu texto as normas que imputam ao Poder Público o dever de oferecer prestações positivas, atribuindo aos cidadãos o direito subjetivo de exigir a atuação, de forma a garantir o pleno exercício das liberdades e faculdades jurídicas. São elas: art. 6º (que abarca amplamente os direitos sociais); art. 144 (segurança pública); art. 196 (saúde); art. 205 (educação); art. 225 (meio ambiente ecologicamente equilibrado); art. 230 (amparo ao idoso); art. 226, §7º (direito a recursos educacionais e tecnológicos necessários ao planejamento familiar); e art. 227 (amparo à criança e ao adolescente).

Os referidos dispositivos, ao estabelecerem o vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, investindo o primeiro em direito subjetivo, não fazem menção à lei ou à regulamentação posterior, ou seja, se reafirma que o poder constituído não pode dispor de tais direitos, senão agir para dar-lhes ainda mais efetividade. As funções legislativas e administrativas têm aqui a finalidade de propiciar a efetiva implementação de tais direitos, e não de outorgá-los, o que já foi feito pelo constituinte. Daí porque, se pode ver, que os poderes constituídos não podem, por inércia, revogar direitos definidos na Constituição, mormente quando esta não exige interposição legislativa como condição para fruição de tais direitos. As normas constitucionais referentes à saúde, por tratarem, indiscutivelmente, de um direito fundamental, têm aplicabilidade imediata. (STF, RE nº 195.192/RS)

4. O DIREITO À SAÚDE.

A palavra "saúde" é citada 24 (vinte e quatro) vezes no Texto Constitucional, sendo que o primeiro dispositivo a mencioná-la é o art. 6º, que a classifica como direito social,

juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Entretanto, foi no Título VII, Capítulo II, Seção II, art. 196 do Texto Constitucional que o direito fundamental à saúde ganhou os seguintes contornos: (a) foi reconhecido como direito de todos; (b) foi imposto ao Estado o dever de garantir o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos; e (c) esta garantia de acesso à saúde deve ser universal e igualitária às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Logo, se extrai a noção de que são então direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, o que imputa ao Estado o dever de implementá-los. Portanto, a omissão estatal se traduz em inadimplência perante a sociedade e mais ainda, àqueles que carecem dos bens jurídicos resguardados por esses direitos.

Nesse ponto, aplica-se a lição de Canotilho (1998), que, embora se refira ao Estado Português, encontra guarida em nosso ordenamento jurídico: “Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um ‘núcleo básico de direitos sociais’ (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas”.

Explica-se: a essencialidade dos direitos prestacionais é compreendida pelo fato de que, se o cidadão não possuir as mínimas condições de subsistência, os demais direitos, até mesmo os individuais, não serão passíveis de exercício. São direitos que objetivam a busca da real igualdade e liberdade, por meio de atuações do Estado que visam eliminar obstáculos socioeconômicos ao pleno exercício dos direitos individuais. Abaixo disso não haveria a liberdade.

Devem esses direitos ser preservados, pois foram priorizados pelo constituinte originário como fundamentais à verdadeira concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, notadamente a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana (esta escopo da Constituição Federal). Por isso, abrangem também os direitos que formalmente não se encontram no Título II da Constituição, mas que apresentam tais características, o que é confirmado pela não-taxatividade prevista no art. 5º, §2º, da CF.

Dada a amplitude do conceito de saúde em nível internacional e sua previsão como direito social e fundamental na Constituição de 1988, é de se afirmar que não se pode pretender atribuir caráter meramente programático à norma contida no artigo 196 da Constituição, conforme ensina José Afonso da Silva (1998).

Não é mais possível, nos dias de hoje, enquadrar o direito à saúde no conceito de norma meramente programática, pois a norma constitucional contida no artigo 196 da Constituição Federal vigente, em leitura conjunta com o *caput* do artigo 6º, institui um dever a sujeito determinado: o Estado. Não sendo essa obrigação satisfeita, não se trata de mero descumprimento, mas de desrespeito ao direito, à norma e ao Estado.

Nesse exato sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, e por isso, não deve ser convertida em “promessa institucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (STF, RE nº 267.612)

Contudo, infelizmente, não cabe ao Poder Judiciário ocupar o papel principal na busca da redução das desigualdades sociais, mas sim à sociedade que se faz representar pelos Poderes Legislativo e Executivo.

5. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITES À EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.

A essa altura é de se perquirir: se há previsão expressa constitucional no sentido de assegurar os mais diversos tipos de direitos sociais previstos pelo constituinte originário, se existe comando emanado pelo constituinte originário de se aplicar imediatamente normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, como se infere do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, se o ordenamento jurídico prevê esses direitos públicos subjetivos, ora, então, qual seria a dificuldade, qual seria o motivo (ou motivos) pelo qual não é implantado de forma plena o acesso (incondicionalmente) aos direitos sociais, e especificamente no que tange à

saúde? Não se vislumbra lógico, razoável, tampouco justo, que alguém que detém a direção da vontade política se negue a esse múnus.

Então, como se explica a enorme quantidade de processos que se avolumam nos cartórios, trazidos por cidadãos que, de alguma forma, não obtiveram, por outros meios, assegurada a prestação positiva do Estado?

Existem as mais variadas respostas a tais questionamentos, tanto em sede doutrinária, como jurisprudencial. Não obstante, diante da notória divergência de opiniões, ainda permanece atual o debate sobre uma eventual ‘cisão’ entre direitos da liberdade que, sendo “negativos”, têm sede constitucional, ao passo que os direitos sociais, que seriam “positivos”, dependeriam de meios materiais e, assim, a mediação legislativa e orçamentária.

A inescapável discussão gira em torno das possibilidades orçamentárias do Estado. Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais são caras e dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta disso, sustenta-se que os direitos a prestações encontram-se condicionados pela assim designada “Reserva do Possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo. Este precisamente o tópico a ser abordado neste segmento.

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”. Não é difícil compreender que o Brasil dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que o endividamento público, a limitação dos recursos constituem limites de fato à efetivação desses direitos.

É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais, sob o que se denominou de uma “reserva do possível” (TORRES, 2001, p. 278 e 290), que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva. Pois bem, a construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades

financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Ainda, a reserva do possível é dividida em seu aspecto fático e jurídico. A visão fática é bem sintetizada por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236), ao ponderar que: “*A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.*”

No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas, inicialmente, há de se ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações.

No afã de solucionar a indigitada limitação de recursos, vem à baila a idéia do “mínimo existencial”, do que poderia ser garantido, isto é, apenas o conjunto formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou porque decorrem do direito básico da liberdade seria de observância obrigatória a todos.

No ponto, a melhor abordagem sobre a questão do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, encontrada na doutrina nacional, foi a empreendida por Ingo Wolfgang Sarlet (2008). Para ele, o “mínimo existencial” é compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.

Sarlet conclui que, em todas as situações em que o argumento da “reserva do possível” e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos esbarrar no

valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poderá ser reconhecido um direito subjetivo definitivo, isto é, dotado de plena vinculatividade e que implicaria na possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização da prestação assegurada por norma de direito fundamental. Onde tal mínimo for ultrapassado, haveria tão-somente um direito subjetivo *prima facie*.

Neste contexto, também assume relevo o princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares havendo de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência (“reserva do possível” – “mínimo existencial”), como parâmetro dos órgãos jurisdicionais.

Diante do conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Ao se adotar o postulado da razoabilidade e o princípio de proporcionalidade, se entende que deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas, ainda que para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual.

Não se pretende, com essa postura, menosprezar a importância do orçamento e do direito financeiro, todavia há que se verificar até que ponto os empecilhos formais podem impedir a materialização da essência da Constituição. Cabe lembrar que a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Vale lembrar que, na elaboração da Constituição, discutindo-se o problema das omissões no cumprimento da Constituição, chegou a ser aprovado em Subcomissões (SOUZA, 2004), um parágrafo que previa que na hipótese de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de ato de administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade de prestação por falta ou insuficiência de recursos financeiros, bem como pela inexistência de planejamento em execução para a erradicação da impossibilidade, o Tribunal Constitucional a declarará, só para o efeito de firmar a prioridade e fixar prazos limites da etapa de execução.

A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente. Exemplo dessa situação pode ser a decisão judicial que determina que seja realizada a construção de uma escola. Ora, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da

construção da escola pode ser materializada no próximo ano, evitando-se o conflito com a falta de previsão orçamentária.

Por outro lado, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou cirurgia, haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou outra regra que serviu para a implementação da política. Nesses casos, haverá de ser feita a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.

O que será visto a seguir vem a ser exatamente o cerne da questão, é dizer, da atuação do Poder Judiciário diante de todas essas dificuldades existentes na Administração Pública, no que concerne à diretriz orçamentária e discricionariedade da Administração Pública.

O importante, nesse momento, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa”, pelo menos num Estado Democrático de Direito, é a Constituição, de modo que aos poderes constituídos se impõe o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos aos elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência) da liberdade do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

6. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

À luz da Constituição de 1988, se extrai o entendimento de que todo juiz é um juiz constitucional e por força dessa investidura é guardião da aplicabilidade direta e imediata do direito fundamental à saúde, não sendo crível se questionar a legitimidade ou competência do juiz para dirimir as questões atinentes à saúde.

Ao Judiciário, como poder autônomo e independente que é, cabe não só a administração da Justiça, mas a guarda da Constituição, com a finalidade de preservar os

princípios e as garantias de um Estado Democrático de Direito, é dizer o exercício do direito subjetivo de todo o cidadão de exigir da Administração o cumprimento de seus deveres.

Por conseguinte, no tocante à aplicabilidade imediata do direito à saúde, a matéria está diretamente ligada à teoria da programaticidade de algumas normas constitucionais. José Joaquim Canotilho (2003, p. 1176/1177) explica que “às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.”

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, como exemplo o direito ao fornecimento de medicamentos não entregues pelo SUS aos cidadãos que deles necessitam, decorre, uma vez mais, da Constituição, não sendo possível desprezar os direitos fundamentais sob o argumento pífio e simplista da inexistência de positivação legal – até porque se a lei, quando existente e vigente, não se sobrepõe à Constituição, imagine-se uma lei que sequer exista?

Assim, ainda que ausente a lei, cabe ao juiz promover a integração da norma constitucional ao caso concreto (teoria da concretização da constituição) e não se há de falar aqui em ofensa à função precípua do Poder Legislativo, ao artigo 2º da Constituição, nem a ocorrência da substituição do Estado-administração pelo Poder Judiciário, pois o magistrado estará apenas suprimindo omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no tocante ao cumprimento e à concretização do direito à saúde, em homenagem ao que o texto constitucional consagrou, respectivamente, como as teorias da separação dos poderes e dos freios e contrapesos.” MORAES (2003, p. 137)

O Supremo Tribunal Federal, em decisão pertinente ao direito social à educação (STF, RE nº 436.996/SP), o que permite a sua aplicação analógica ao tema do direito social à saúde, decidiu, em breve resumo, que, embora seja inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, se revela possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a

sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Como é sabido, a intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas em situações alheias à discricionariedade do administrador, ao seu juízo de conveniência e oportunidade quanto à atuação da Administração. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as da competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada, previamente, pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios que o compõem.

De modo a impulsionar a Administração no cumprimento de seu dever de implementar os direitos prestacionais, releva notar o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição). Por assim dizer, a atividade administrativa deve se desenvolver no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do "dever de boa administração." (STJ, MS nº 7765/DF)

Considerando que a vida e a saúde dos cidadãos são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, promover a devida e correta concretização desses direitos com adequação às normas constitucionais, através de determinações judiciais, são medidas que buscam corrigir desvio de conduta vinculada esperada da Administração.

Importante dizer que a atuação dos órgãos jurisdicionais – sempre provocada – não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo em geral, e principalmente dos cidadãos individualmente considerados.

Neste diapasão, na busca da satisfação do pedido levado ao Judiciário, não basta a parte valer-se do argumento teórico de que se trata de direito fundamental, de ser um direito público subjetivo, de que devem ser sopesados os princípios com o favorecimento da garantia da saúde, enfim, de tão-somente, fundamentações jurídicas que lhe socorram. Ou seja, não basta a simples manifestação de vontade, para que a parte se invista dos predicados que almeja. Mais que isso é necessário. Estará sujeita à demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento.

Portanto, a mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento, ou mesmo a existência de alternativa, seja de opção que, embora igualmente eficiente, se apresente mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou o que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar.

A propósito, a gratuidade dos serviços de saúde pode se revelar um problema, na medida em que seja deturpada pelo jurisdicionado, pois, uma vez que seja prestada a um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado, não seria de bom tom que este particular pudesse acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema de saúde, nas mesmas condições de alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. E, afinal, quem deve analisar a situação será o magistrado.

É que a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos.

Tais considerações, contudo, não afastam a necessidade de se reconhecer sempre um direito subjetivo em casos de urgência, normalmente compreendidas como aquelas em que a vida humana se encontrar em risco iminente, a exigir providências efetivas e imediatas.

De outro ângulo, não se configura razoável a condenação do Estado em ser compelido a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes ou que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, mas pelo contrário, o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, ou ainda, condenado ao fornecimento ou custeio de uma obrigação genérica, a todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou

descoberto, conforme a evolução científica. Efetivamente, um juiz não pode determinar que o Estado cure um doente de AIDS se ainda hoje a doença não tem cura. Lembre-se que nem sempre o “novo” é sinônimo do melhor (mais eficiente e seguro), seja em termos de tratamentos terapêuticos, seja em termos orçamentários propriamente ditos.

Sem dúvida, não é razoável, ademais, a imposição de prestação de determinada marca de remédio, quando existente outra opção, similar em segurança e eficiência, mas de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio sistema público de saúde, devendo aí, se optar pelos medicamentos popularmente conhecidos como “genéricos”, desde que, convém repisar, assegurada a eficiência e segurança.

Tudo isso, portanto, converge com a exortação já lançada da necessidade de averiguação (e, portanto, produção de prova e sujeição ao contraditório) do que efetivamente representa o mínimo existencial em cada caso e qual a necessidade (não apenas financeira) em dar atendimento ao pleito.

Um outro problema que ganha contornos cada vez mais complexos (e que aqui se aborda superficialmente), pelo menos em face das crescentes demandas judiciais a este respeito, é a pretensão de condenação do Estado à prestação de medicamentos e tratamentos não previamente elencados nas listas do sistema de saúde e normalmente indicados por profissionais sem qualquer tipo de vínculo com esse sistema (“particulares”, na linguagem coloquial).

De efeito, se por um lado as listas asseguram segurança e eficiência às indicações que contêm, conforme comprovado pelas autoridades sanitárias competentes, do outro, não são capazes de dar resposta a todas as demandas.

Desse modo, o delineamento de uma política de fornecimento de medicamentos pode ensejar uma limitação aos direitos fundamentais à vida e à saúde, na medida em que seleciona (opção política) os remédios que serão distribuídos a toda população.

A pergunta a se fazer é: essa limitação é constitucional? É evidente que sim, pois em um Estado Democrático de Direito incumbe aos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos pelo povo, traçarem a Política Nacional de Medicamentos.

Logo, é correto afirmar, em princípio, que os cidadãos não têm o direito subjetivo de pleitear judicialmente o fornecimento de medicamentos não incluídos em lista e que não cabe ao Poder Judiciário influir na Política Nacional de Medicamentos, ao argumento de que os direitos fundamentais à vida e à saúde são tutelados constitucionalmente.

Em termos mais pragmáticos, entretanto, mesmo se o tratamento não se incluía em nenhuma das listas oficiais, deve o Juiz assumir um papel mais ativo na condução da demanda. Nesse sentido, deve formular dúvidas, solicitar o auxílio de profissional especializado, sempre no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada. Há necessidade de prova robusta a embasar a postulação feita, o que, não resta (sempre) atendido apenas mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional da saúde, que por sua vez, tem relação direta com o interessado.

Ana Paula de Barcellos (2002) explica as modalidades de eficácia acima mencionadas elencando aquilo que seria o núcleo duro, inalterável: *dentre as várias interpretações deverá ser escolhida aquela que mais amplamente realiza o propósito de atender à saúde da população em geral e dos indivíduos em particular (interpretativa)*. Noutra passagem, arremata: *não poderá o Poder Público extinguir uma ação, ou revogar uma norma que proporcione um determinado benefício ou prestação na área da saúde, reduzindo o status geral já alcançado na matéria, sem uma medida correspondente ou substituta, sob pena de agir inconstitucionalmente (vedativa do retrocesso)*.

O certo, porém, é que a discussão sobre o fornecimento de medicamento – não incluído na lista do Poder Público – não deve ser feita em sede de ação individual, já que não existe o direito subjetivo em postular perante o Estado o fornecimento de todo e qualquer medicamento disponível no mercado nacional ou internacional. Muito embora, na maioria das vezes é o que acontece, importando, em última análise, na intervenção pelo Poder Judiciário na Política Nacional de Medicamentos, uma vez que direciona os recursos públicos para quem ingressou em juízo, trazendo a reboque, conseqüências como a preterição de milhares de cidadãos que sequer sabem da existência de tal possibilidade. E isso não deve ser permitido, pois se isso fosse admitido, teríamos necessariamente de admitir que todos possuiriam o direito subjetivo de postular em juízo, por exemplo, as seguintes prestações, que, sem dúvida alguma, são necessárias para efetivação de vários direitos fundamentais: (a) alimentação; (b) educação; (c) moradia; (d) trabalho; (e) segurança; (f) salário mínimo nos moldes do art. 7º, IV; (g) saneamento básico etc;

7. CONCLUSÃO.

Por todo o exposto se pode condensar as premissas esposadas que, no tocante à concretização do direito social à saúde, a Constituição Federal de 1988, enquanto constituição dirigente que é e adequada ao conceito de Estado Democrático de Direito, a qualifica como direito social e fundamental do povo brasileiro.

O tema escolhido é constantemente discutido nos Tribunais Pátrios, cujas decisões, ainda que oscilantes, vêm favorecendo a parcela da população que vem garantindo o acesso aos mais variados medicamentos, tão-somente porque ingressaram com ação judicial. Aliás, em alguns casos, em que é inconciliável o conflito entre o direito fundamental à saúde e a impenhorabilidade dos recursos do Estado, está sendo considerada legítima a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas para aquisição imediata de medicamentos como meio de efetivação do direito dito prevalente (saúde). (STF, RE nº 570.633/RS)

Diante desse panorama, foram abordados os aspectos mais relevantes que giram em torno do assunto, concluindo que o nosso ordenamento jurídico garante o acesso universal a todo e qualquer direito fundamental, notadamente à vida e à saúde, competindo ao Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a implementar tais políticas públicas com a urgência necessária, sem qualquer restrição legal ou orçamentária, com base no argumento de que o direito à vida e à saúde prevalece sobre todos os demais, influenciando, assim, de forma direta na discricionariedade do administrador.

Pensar diferente violaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, na ponderação dos valores em questão, não se pode dar primazia à interpretação literal de uma norma em detrimento de direitos fundamentais, como o relativo à saúde, prevalente nesse caso.

Assim, o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, merecendo, portanto, a atenção e o zelo do Poder Público no sentido de que seja realmente efetivado através da adoção de condutas eficientes e adequadas a garantir resultados.

A questão prática, do dia a dia, desafia os operadores do direito a arregaçarem as mangas e a empreenderem um esforço hermenêutico inovador na tarefa de tornar esses direitos fundamentais efetivos elementos de um Estado Social no Brasil.

Em grau de arremate, conclui-se que o Poder Judiciário não se deve acanhar, no sentido de que a efetividade aos princípios e valores contidos na constituição devem ser zelados, o que revela, não de hoje, uma preocupação dos operadores do direito. Em tempo, vale trazer a lição de Rui Barbosa, que, com sua inteligência ímpar disparou: “quem dá as Constituições realidade não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a Magistratura que as defende”. BONAVIDES (2001, p. 84)

REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

(STF, RE nº 195.192/RS, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 31/03/2000, p. 60)

(STF, RE nº 267.612/RS, Relator: Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2000, p. 50)

(STF, RE nº 436.996/SP, Relator: Min. Celso de Mello, DJ 07/11/2005, p. 291-300),

(STF, RE nº 570.633/RS, Relator: Min. Ellen Gracie, DJ 02/02/2009, p. 26)

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

(STJ, MS nº 7765/DF, Relator: Min. Paulo Medina, DJ 14/10/2002, p. 183)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 7. ed., 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Jurisdicional no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1. ed., 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Niterói, RJ: Impetus, 2. ed., 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: conflitos e soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 1. ed., 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

SOUZA, Luciane Moessa. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o direito sanitário*. Artigo publicado na obra *Direito Sanitário e Saúde Pública* v. 1: coletânea de textos – Série E. Legislação de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos Sociais*. Brasília: Senado Federal, 1. ed., 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Renovar, 2001.