

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito Sanitário

Débora Maria Barbosa Sarmiento¹

DIREITO À SAÚDE – INTRODUÇÃO

Apesar de o homem desde a Antiguidade reconhecer a importância da saúde, o Estado Moderno, na consagração das declarações de direitos, limitou-se a garantir aqueles direitos relacionados à noção de liberdade e igualdade formal, representando a saúde, neste contexto, apenas a preservação da vida.

Com o surgimento do Estado Social, foram incorporados pelo direito positivo os denominados direitos sociais, cuja efetivação depende da adoção de políticas públicas pelo Estado.

Propugnava-se uma maior intervenção do Estado no domínio público bem como a prestação de serviços públicos que viabilizassem a fruição dos direitos sociais, como a saúde.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 reconheceu o “direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir” e estabeleceu, ademais, medidas a serem adotadas pelos Estados para assegurar tal direito.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi incluída no rol de direitos sociais, sendo espécie de direito fundamental, consagrando o artigo 196 os princípios do acesso universal, igualdade e integralidade.

Estabelece o art. 196 da Constituição da República:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de do-

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Madureira.

ença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Por se tratar de direito subjetivo, tem eficácia plena, direta e imediata, não dependendo da edição de outras normas para que produza efeitos. Dessa forma, doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade da exigência de prestações materiais do Estado pelo indivíduo.

Dado seu caráter fundamental, tal direito não pode ser subtraído da Constituição, nem pela via de emenda constitucional, o que exige do Poder Público a adoção de políticas para que possa ser efetivado.

Tanto o Poder Legislativo como o Executivo devem atuar de modo a garantir ao cidadão, de modo igualitário, o gozo do direito à saúde.

De igual modo, o Poder Judiciário deve atuar para garantir ao cidadão os direitos subjetivos decorrentes da norma fixada no art. 196 da CF, nas hipóteses em que o Legislativo e Executivo forem omissos.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Universalidade

Segundo o princípio constitucional da universalidade nas políticas públicas de saúde, a prestação de serviço público de saúde deve alcançar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5º, *caput* da CF/88).

Formulado como garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, artigo 196), tal princípio também se encontra inserido no inciso I, do artigo 194, da Carta Magna, que dispõe sobre a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social.

No direito brasileiro, à universalidade se relaciona a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde, englobados a cobertura e o atendimento, inclusive assistência farmacêutica.

Igualdade

O acesso à saúde, além de universal, deve ser igualitário, o que importa respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando do desenvolvimento das políticas públicas.

Numa sociedade plural, para se cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presentes nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde, capaz de atendê-los, de modo a garantir igualdade material e não meramente formal.

Integralidade

O art. 7º. da Lei 8.080/90 definiu integralidade “como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Em razão da integralidade, os serviços de saúde pública devem oferecer tratamento efetivo para todas as moléstias.

O princípio da integralidade encontra-se insculpido no inciso II, do art. 198 da CF, que determina:

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

A integralidade da assistência à saúde foi expressamente consagrada, ainda, no recente Decreto 7.508/11, que regulamentou a Lei 8.080/90, o que demonstra sua relevância na prestação eficaz do serviço de saúde.

CONCEITO DE DIREITO SANITÁRIO

Para permitir a eficácia da norma fixada no art. 196 e dos princípios nela estabelecidos, através da efetivação de políticas públicas, a Constituição Federal instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, que posteriormente veio a ser regulamentado pelas Leis 8.080/90 e 8.042/90 e por diversas Portarias, Decretos e Resoluções.

Tal normatização, destinada a garantir a eficácia do art. 196 da CF, gerou o aprofundamento do estudo do tema, fazendo surgir um novo ramo do Direito, denominado, Direito Sanitário, que pode ser conceituado como o conjunto de princípios e normas que regulam a proteção, promoção e recuperação tanto da saúde individual como da pública.

Sueli Dallari, por sua vez, em sua festejada obra “**Direito Sanitário**”, ressalta que:

“O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõe o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado.”²

O novo ramo do Direito tem como escopo garantir a efetivação do direito social à saúde, viabilizando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

CASO CONCRETO

Cumprindo sua missão constitucional, o Poder Judiciário tem garantido a eficácia da norma fixada no art. 196 da CF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no Recur-

² Sueli Dallari, **Direito Sanitário**, Ed. Verbatim, p. 148.

so Extraordinário nº 271.286-8, DJU 24.11.2000, em que foi relator Ministro Celso de Mello, ao interpretar o conteúdo do art. 196 da CF, reconheceu que não se trata de norma de natureza programática, mas sim direito público subjetivo, que gera efeitos independente da edição de norma infraconstitucional.

Em recentíssimo voto, proferido no julgamento do AgR-STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, em consonância com a hodierna jurisprudência do STF, ratificou o caráter fundamental dos direitos sociais, ressaltando que, ao contrário do que ocorre em outros países, a Constituição de 1988 não deu a estes regime jurídico diverso de outros direitos fundamentais. Apesar da necessidade do cauteloso exame do caso concreto e de ter o constituinte conferido prioridade *prima facie* à concretização do direito à saúde em sua dimensão coletiva e mediante políticas públicas, reconheceu-se a possibilidade de sua efetivação pelo Poder Judiciário em demandas específicas. Lembrou-se, ademais de que a dimensão individual do direito à saúde já havia sido destacada pelo STF no AgR-RE nº 271.286, que teve por relator o Ministro Celso de Mello, em que se reconheceu o direito à saúde como direito público subjetivo:

“AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 CEARÁ

EMENTA. Suspensão de Segurança. Agravo Regional. Saúde Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 96 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde; Responsabilidade solidária dos entes da Federação em material de saúde. Fornecimento de medicamento : Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade

de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.401/2011

Em uma clara tentativa do Governo Federal de reduzir a intervenção do Poder Judiciário no tema, fenômeno conhecido como “Judicialização da Saúde”, foi editada a Lei no. 12.401/11, que introduziu modificações na Lei 8.080/90.

Estabelece a Lei no. 12.401 em seu art. 19-M, item I, que a assistência médica integral constitui o fornecimento de medicamentos e produtos de interesse para saúde “cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P”.

A despeito de tal norma objetivar a otimização dos recursos públicos, privilegia o custo como condição para inclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos na lista do SUS, importando inobservância do princípio da integralidade e a liberdade de prescrição médica.

Tal norma só contribuirá para o melhoramento da saúde pública se os marcos foram eficientes, de modo que o Judiciário venha a ser o último poder a definir o que deve ser financiado pelo Sistema Único de Saúde, o que hoje ocorre por sua própria ineficiência e reiteradas fraudes nos processos de aquisição de insumos.

A regra de dispensação de medicamentos e produtos constantes na tabela do SUS só poderia ser considerada constitucional se não eximisse o Poder Público de fornecer outros medicamentos não listados, quando não há tratamento eficaz incorporado no SUS. Nas hipóteses em que haja tratamento eficaz para a doença, regulamentado através de protocolo, não se vislumbra qualquer ilegitimidade na observância de tais protocolos.

Do modo como foi editada, a lei assegura a prestação sanitária pública apenas nas hipóteses em que existam tabelas e prescrição de acordo com diretrizes terapêuticas instituídas em protocolo clínico elaborados

pelo gestor do SUS.

Além disso, a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, protocolo ou diretriz é atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS. Vedou-se, ainda, expressamente, que o SUS pague por medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais ou não autorizados ou não registrados pela ANVISA.

Oportuno salientar, por sua vez, que o sistema jurídico brasileiro não permite que o Judiciário seja impedido de intervir nas hipóteses em que verificar ofensa ou inobservância de direito social.

Consoante destacou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do STA 175, antes da edição de tal norma, *“a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação do princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre (...) rede pública e (...) rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais, como coletivas”*.

Ressalta, ainda, o Ministro que *“o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”* (STA 371).

As normas contidas na Lei 12.401/2011 representam verdadeira limitação ao direito de saúde, importando inobservância da regra fixada no art. 196 da CF.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 não se contentou em definir um estatuto de organização do Estado. Ao revés, o texto constitucional impôs programas,

metas e fins que devem ser buscados pelo Estado objetivando a implementação de uma nova ordem econômica e social. Seu conteúdo é vinculante para o Estado e toda a sociedade, que devem se orientar pela busca dos objetivos constitucionais.

A fruição do direito à saúde é condição indispensável para o desenvolvimento econômico e social do país, cabendo ao Estado implementar ações e serviços de saúde, buscando construir a nova ordem.

Nas ações em que se busca o fornecimento de medicamentos, o provimento jurisdicional deve confirmar a eficácia do direito à saúde, obrigando a Administração a prestar medicação além daquilo definido e previsto nas listas oficiais de medicamentos.

Sustentar diversamente, negando qualquer possibilidade de eficácia originária do direito à saúde, implica ofensa ao Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sujeitando a força normativa da Constituição à legislação e à administração, o que não pode ser admitido em um Estado democrático e legalista.

Ressalte-se, por fim, que grande parte dos medicamentos solicitados nas ações judiciais fazem parte de listas de medicamentos dos programas do SUS. Assim, pode-se concluir que a intervenção do Poder Judiciário diminuirá apenas quando o Estado apresentar maior eficiência no gasto do dinheiro público, tornando efetivos seus programas, sendo tal atuação proporcional à ineficiência do sistema de saúde pública. ◆