

A Saúde Como Direito Fundamental Social e as Objeções Habitualmente Dirigidas Pelo Estado Contra Sua Plena Efetividade Na Área Dos Medicamentos Excepcionais

Paulo César Vieira Tavares*

“Enquanto qualquer do povo, pelo só fato de ser cidadão, não puder receber adequada assistência em saúde quando dela necessite, o sistema de saúde não terá cumprido o seu papel e o Estado continuará devedor da Sociedade”.

Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos

I – INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social, ficando consignado que este direito à saúde é de todos, indistintamente, constituindo-se em dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num sistema único (SUS) organizado de acordo com a diretriz do **atendimento integral**, dentre outras.

Está se tornando cada vez mais freqüente o usuário do SUS procurar o Ministério Público diante da negativa do Estado em fornecer-lhe alguns medicamentos excepcionais (de alto custo), obrigando aquela instituição a lançar mão de medida judicial (ação civil pública ou mandado de segurança) visando o fornecimento da medicação necessária para a preservação da saúde e vida do paciente.

Na seara judicial, o Poder Público vem apresentando várias alegações para negar o fornecimento da medicação perseguida, com destaque para as seguintes: (a) que o art.

196 da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à saúde, sendo este um dever do Estado, não tem o alcance e a dimensão que lhe vem sendo atribuído pelo Judiciário, já que se trata de norma constitucional de eficácia contida ou limitada; (b) que o fornecimento de qualquer medicamento pelo Estado tem que observar a Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde, que estabelece Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas para cada doença; (c) que a Constituição Federal tem como ponto de partida a reserva do possível, significando dizer que os direitos sociais só podem ser respeitados quando houver recursos financeiros públicos suficientes para isso; e (d) que o Poder Judiciário não tem competência para decidir sobre a alocação e destinação de recursos públicos.

II - A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A caracterização da saúde como direito fundamental está prevista na Constituição Federal de 1988, sendo que esta previsão ocorreu pela primeira vez na história constitucional brasileira.

A saúde consta como um dos direitos sociais reconhecidos no art. 6º, o qual abre o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos Fundamentais”) da Carta Magna. Além disso, o art. 196 define a saúde como “*direito de todos e dever do Estado*”.

Destarte, com a definição da saúde como direito fundamental social, abriu-se o caminho para que todos os cidadãos brasileiros pudessem dele usufruir, na medida em a saúde passa a caracterizar-se como um direito público subjetivo, o qual é garantido pela existência do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 da CF), que se apresenta como meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, uma vez que o direito à promoção e à proteção da saúde passa a ser tratado como um direito social pessoal e também como um direito social coletivo.

Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, havendo a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, pouco importa a condição social e econômica do paciente para que este tenha acesso ao atendimento integral ofertado pelo SUS, uma vez que o direito à saúde, repita-se, é estendido a todos.

Não é necessário, pois, que a pessoa apresente um atestado de pobreza ou, de qualquer outra forma, prove que não tem condições de adquirir determinado medicamento, para que, desta forma, possa o Estado fornecê-lo gratuitamente.

Com efeito, fica o Estado, portanto, obrigado a garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar, repita-se, **atendimento integral** (inciso II do art. 198 da CF), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos (exames, cirurgias etc.) e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, pouco importando o seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do usuário do SUS.

Outrossim, verifica-se que o legislador constituinte reconheceu que “*são de relevância pública as ações e serviços de saúde*” (art. 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, atribuindo-lhe o caráter de serviço público essencial.

Deste modo, sendo a saúde direito fundamental, o Estado reveste-se do papel de garantidor positivo de uma política sanitária ampla, com o fito de desincumbir-se da sua responsabilidade, de seu dever constitucional de prestar.

Neste contexto, o legislador ordinário, em sintonia com o texto constitucional, definiu que está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, d, da Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080/90).

Sem dúvida, este avanço constitucional pertinente ao direito à saúde está relacionado à proteção igualmente constitucional da *dignidade da pessoa humana*, que, nas palavras de **Ingo Wolfgang Sarlet**¹, torna-se o “*fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser*”.

Explica-se, portanto, por que o legislador constituinte incluiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF), estabelecendo, mais adiante, que “*a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna*” (art. 170 caput) e que “*a ordem social tem...como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*” (art. 193).

A propósito, na lição de **Luiz Alberto David Araujo**², sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana é “*um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro*”.

No mesmo sentido é o pensamento de **Flávia Piovesan**³, para quem “*o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos*

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Livraria do Advogado Editora, pág. 442.

² ARAÚJO, Luis Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. Saraiva, 2000. p. 102.

do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Exatamente por isso, **Vladimir Brega Filho**⁴ assinala “*que o intérprete terá por obrigação interpretar a Constituição observando este princípio, ou seja, qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana, haverá de ser tida como inconstitucional*”.

Outrossim, a proteção absoluta à saúde decorre igualmente da importância que o constituinte atribuiu aos direitos sociais (arts. 6º e 7º da CF), os quais estão inseridos no rol dos direitos fundamentais e que se traduzem em prestações positivas que devem ser ofertadas pelo Estado, possibilitando, assim, melhores condições de vida aos mais necessitados.

Sobre a matéria, o festejado **José Afonso da Silva**⁵ leciona que “*a Constituição de 1988 abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana*”.

Destarte, não há qualquer dificuldade em associar a dignidade da pessoa humana com o direito à saúde, já que se tal direito não estiver sendo concretizado, a vida da pessoa, com certeza, não estará sendo digna, em desrespeito, pois, aos objetivos constitucionais do bem-estar e da justiça social.

III - APLICABILIDADE IMEDIATA DO DISPOSTO NO ART. 196 DA CONSTITUCIONAL FEDERAL

Freqüentemente, o Poder Público sustenta que o art. 196 da CF – que define a saúde como direito de todos, sendo um dever do Estado – não tem o alcance e a dimensão que lhe vem sendo atribuído, já que se trata de norma constitucional de eficácia contida ou até mesmo limitada.

³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Max Limonad, 1998. p. 34.

⁴ FILHO, Vladimir Brega. *Direitos Fundamentais da Constituição de 1988*. Juarez de Oliveira, 2002. p. 58.

⁵ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. Malheiros. págs. 121 e 277.

Com efeito, é por demais conhecida a teoria proposta por **Jose Afonso da Silva**⁶, segundo a qual as normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas imbuídas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo de qualquer legislação posterior para a sua completa executoriedade.

Ao passo que aquelas de eficácia contida, não obstante possuírem aplicabilidade direta e imediata, não têm a sua integralidade garantida, já que sujeitas a certas limitações impostas pela legislação infraconstitucional; sendo que as normas de eficácia limitada são todas aquelas que não produzem, a partir do início de sua vigência, todos os seus efeitos substanciais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de normatizá-las, visando sua operatividade.

Evidentemente, ao se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito, pautada que está no respeito aos direitos fundamentais, forçoso concluir que a norma constitucional que assegurou a todos o direito à saúde tem eficácia plena, merecendo aplicação instantânea e incondicionada, já que dotada de força normativa para produzir efeitos concretos independentemente de regramento posterior. Entendimento contrário, com certeza, despreza a proteção absoluta aos direitos fundamentais consignado no Magno Texto.

Outrossim, negar eficácia plena à referida norma constitucional contraria toda evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da efetividade dos direitos fundamentais; ainda mais porque a Lei Fundamental prevê que “*as normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata*” (§ 1º do art. 5º).

A propósito, leciona **Ingo Wolfgang Sarlet** que são considerados direitos sociais prestacionais básicos a saúde, educação, previdência e assistência social, sendo que na Constituição vigente tais direitos encontraram uma receptividade sem precedentes, de modo especial no capítulo dos direitos sociais.

De acordo com este autor⁷, “*em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma*

⁶ *Idem*. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 3ª ed. Malheiros, 1999.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, in Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº 1, 2001.

realização”. Acrescentando que “*os direitos sociais estão vinculados com a necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, além disso, para a garantia de uma existência com dignidade*”.

Por isso, assevera este renomado jurista, ao analisar a norma constitucional inserida no § 1º do art. 5º da CF, que, “*mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º*”⁸.

Ao contrário, segundo o autor, “*há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais*”⁹.

Sustenta ainda este publicista, mencionando os ensinamentos do Ministro Eros Roberto Grau (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 312 e ss.), que “*o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia*”¹⁰.

Finaliza o autor, tomando como exemplo o direito à saúde:

*“Ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada”*¹¹.

Ademais, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que a interpretação da norma programática do art. 196 da CF não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

⁸ *Idem. Ibidem.*

⁹ *Idem. Ibidem.*

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem.*

¹¹ *Idem. Ibidem.*

cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental¹².

Para a Corte Suprema¹³, a saúde caracteriza-se como sendo direito público subjetivo, representando prerrogativa jurídica indisponível de todos, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar; considerando que 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.

Neste sentido, ao analisar a eficácia das normas programáticas, o referido **Ingo W. Sarlet**¹⁴ assinala que *“faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais ... a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos”*.

Do mesmo modo, o festejado constitucionalista **Paulo Bonavides**¹⁵, ao abordar o tema dos direitos fundamentais sociais e o alcance das normas programáticas, nos ensina que *“tais direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade. A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração”*.

Sem embargo do que foi até aqui exposto, vale ressaltar ainda que a própria força normativa da Constituição, por si só, já nos autoriza a defender que a norma constitucional sob comento tem aplicabilidade imediata, plena e incondicional.

Konrad Hesse¹⁶, já em 1959 abordava a questão da força normativa da Constituição, afirmando que *“embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”*; aduzindo que *“a Constituição transforma-se em força ativa se estas*

¹² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, RS, Relator Ministro Celso de Mello, Diário de Justiça da União, 24/11/2000. Ver também STF, DJU 23.08.00, p. 37, RE 273.834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello e DJU 23.08.00, p. 50, RE 267.612-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello.

¹³ Agravo Regimental no RE nº 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/11/00

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Livraria do Advogado Editora. p. 294.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. Malheiros. págs. 641/642.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Fabris, 1991. p. 19.

tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem”. Concluindo que “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”.

Portanto, a Constituição tem força normativa própria, sendo norma em sentido material, devendo ser sempre interpretada em sintonia com a sua mais alta hierarquia; ou seja, a eficácia a ser dada à Lei Maior deve ser equivalente à sua importância no contexto do ordenamento jurídico.

IV – DA PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM RELAÇÃO A PORTARIAS E PROTOCOLOS CLÍNICOS

O Poder Público, amiúde, sustenta que todos os medicamentos excepcionais (medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos, na maioria das vezes com utilização por períodos prolongados), a serem fornecidos no âmbito do SUS, deverão estar incluídos nos Protocolos Clínicos e nas Diretrizes Terapêuticas definidos na Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde, sob a alegação de que o orçamento da saúde pública é limitado e que não é possível despendere recursos públicos para a compra de medicamentos de alto custo que não estejam incluídos nas suas listas oficiais, cuja eficácia não foi comprovada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Segundo o Poder Público, deve-se impedir o desperdício do dinheiro público.

Ocorre que, não raro, o usuário do SUS apresenta uma patologia extremamente grave, cujos médicos assistentes acabam prescrevendo o uso de algum medicamento excepcional, geralmente de alto custo, que muitas vezes não consta da Lista do SUS, muito embora tal medicação esteja sendo utilizada com sucesso em outros países; havendo suporte científico que recomende o seu uso, inclusive demonstrando a sua eficácia para determinado tratamento.

O Poder Público, invariavelmente, nega o fornecimento desta medicação excepcional não inserida em sua Lista Oficial de Medicamentos, mesmo tomando conhecimento que aqueles medicamentos incluídos nesta listagem, para aquela doença

específica, não provocaram os efeitos desejados no paciente, ao longo do respectivo tratamento.

Diante deste quadro, onde se apresentam Relatórios Médicos (é importante que se obtenha mais de um Relatório Médico) sustentando a importância do uso da medicação excepcional para a preservação da vida e saúde do paciente – documentos estes que se fazem acompanhar de estudos científicos que atestam sua eficácia -, apresenta-se inconcebível a negativa do Estado em fornecer tal medicamento.

Em face da Carta da República, o Poder Público está obrigado a arcar com o fornecimento da medicação “não-oficial” ao usuário do SUS, uma vez comprovada documentalmente que ela é fundamental para sua vida e saúde, pouco importando que não haja previsão deste medicamento específico nos referidos Protocolos Clínicos. Podendo ocorrer também deste medicamento estar presente num Protocolo Clínico, porém, inserido no tratamento de outra doença, o que igualmente tem levado o Poder Público a negar o seu fornecimento.

Com efeito, o Ministério Público tem plena consciência que o SUS deve apenas fornecer medicamentos mediante critérios consistentes (mas não inflexíveis), a fim de se evitar desperdícios. Não seria possível, por exemplo, solicitar-se do SUS um medicamento excepcional de alto custo sem eficácia comprovada, ou solicitar uma medicação também de alto custo, com eficácia comprovada, sem antes utilizar-se daqueles medicamentos similares já distribuídos pela rede pública de saúde.

Não é possível, pois, que uma Portaria Ministerial, ou um Protocolo Clínico do Ministério da Saúde, ou até mesmo normas de assistência farmacêutica do SUS se sobreponham à Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado, devendo as ações e serviços de saúde oferecerem **atendimento integral** aos que deles necessitarem; estando preservada, inclusive, a **igualdade** da assistência à saúde (art. 196 da CF e art. 7º, IV, da Lei nº 8080/90), devendo o Poder Público, por isso, oferecer condição de **atendimento igual** para todos, observada a necessidade de cada pessoa.

Diante da Carta da República, portanto, o Poder Público deve arcar sempre com o fornecimento da medicação excepcional ao usuário do SUS, desde que demonstrada, à evidência, a sua absoluta necessidade para preservação de sua vida e saúde, sendo irrelevante que a situação do paciente não esteja contemplada no Programa de Medicamentos Excepcionais ou na Política Nacional de Medicamentos.

Este entendimento aqui defendido é consentâneo com a legislação infraconstitucional, já que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como a Lei do SUS - Sistema Único de Saúde (Lei Orgânica da Saúde), dispõe, em seu Art. 2º, que “*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”.

Igualmente, está consignado no Art. 2º, inciso XXII, da Lei Estadual nº 14.254, de 04 de dezembro de 2003, que são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Paraná “*receber medicamentos básicos e também medicamentos e equipamentos de alto custo e de qualidade, que mantenham a vida e a saúde*”.

Ademais, no que concerne aos obstáculos burocráticos opostos pelo Estado ao fornecimento de determinados medicamentos excepcionais (leia-se: Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas), vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça que a existência, a validade, a eficácia e a efetividade da democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem; sendo que a ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir o acesso do cidadão à medicação que dela necessita, garantindo-se, assim, o maior de todos os bens, que é a própria vida; não havendo regra hermenêutica que possa sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”¹⁷.

A propósito, sobre a relevância do direito à saúde e sobre a responsabilidade do Poder Público no fornecimento de medicamentos, é farta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido; tendo sido firmada categoricamente a supremacia do direito à saúde e a extensão da vinculação e obrigatoriedade dos comportamentos que se impõem às autoridades em decorrência do valor constitucionalmente reconhecido à saúde¹⁸.

Com efeito, verifica-se que o Poder Público vem demorando demais para ofertar aos usuários do SUS novos medicamentos excepcionais de eficácia comprovada; demora esta que vem provocando o aumento de ações judiciais que buscam exatamente o fornecimento destes medicamentos (de alto custo), os quais asseguram a vida e a saúde destas pessoas¹⁹.

Deste modo, não é possível, pois, que Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde se sobreponham à Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito

¹⁷ STJ/RMS 11183/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.08.2000, DJ 04.09.2000 p. 121.

¹⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, RS, Relator Ministro Celso de Mello, Diário de Justiça da União, 24/11/2000.

¹⁹ Folha de S. Paulo, de 1º de agosto de 2005, Cotidiano 6

fundamental de todos e dever do Estado, devendo as ações e serviços de saúde proporcionar atendimento integral com qualidade àqueles que deles necessitarem.

V – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outro óbice para o não-fornecimento, pelo Estado, de medicação de alto custo ao usuário do SUS, que dela realmente necessite, encontra-se no princípio da reserva do possível, alegando-se comumente que o ponto de partida da Constituição Federal é esta reserva, aduzindo-se que os direitos sociais só podem ser respeitados quando houver recursos financeiros públicos suficientes para isso.

Sobre esta matéria, há que se transcrever o entendimento do mestre **J.J. Gomes Canotilho**²⁰, para quem absolutamente não se admite, como justificativa para o não-cumprimento dos direitos sociais, a alegação de que a sua efetivação só se realizará se os cofres públicos assim o permitirem.

Ressalta Canotilho que *“um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”*, sustentando que *“os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional”*; asseverando que *“as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos”*, e que *“as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão; acrescentando que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas”*.

Neste sentido, merece relevo igualmente os ensinamentos do referido jurista **Ingo Wolfgang Sarlet**²¹:

“Como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Almedina, págs. 481/482.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Livraria do Advogado editora. p. 355.

sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público”.

Prossegue este magistrado gaúcho:

“Parece-nos oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direciona a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais”; destacando “que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível... Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes”²².

Com efeito, verifica-se que deve haver máxima cautela quando o Poder Executivo se apega ao argumento da reserva do possível para justificar a sua omissão na área da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. É comum o agente estatal apresentar uma desculpa genérica para não concretizar um direito social, notadamente na área da saúde.

Admitir-se-ia, portanto, a alegação estatal da reserva do possível caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. Decididamente, parece pouco provável que o Estado consiga cumprir este mister. Sem se olvidar que os Estados-Membros (responsáveis pela distribuição dos medicamentos excepcionais) não vêm cumprindo a Emenda Constitucional nº 29/2000, que prevê a destinação, no orçamento, de recursos mínimos para a área da saúde.

Neste contexto, não há como levar a sério o princípio da reserva do possível.

²² SARLET. Ingo Wolfgang. *Ibidem*. p. 356 e 357.

VI - NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUANDO O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ESTIVER SENDO NEGLIGENCIADO PELO ESTADO

Caso o direito à saúde, enquanto direito fundamental – assim entendido como aquele necessário para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana -, estiver sendo negligenciado pelo Poder Público, caberá ao Judiciário a indeclinável tarefa de, lastreado na parcela de soberania que lhe cabe no elevado concerto dos Poderes da República, assegurar, pela via coativa, a que o Executivo desincumba-se das prestações a ele constitucionalmente atribuídas, dentre as quais destacam-se as prestações na área dos direitos sociais, em benefício da população a que deve servir.

Com efeito, não há como negar que, estando positivada a regra consagradora da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), os poderes do Poder Judiciário estão mais ampliados principalmente para defender a efetividade destes direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, que possuem caráter de autênticos direitos subjetivos, autorizando tal Poder a assegurar, no caso concreto, o seu efetivo gozo, com base também no art. 5º, inc. XXXV, da CF (inafastabilidade do controle judiciário), mesmo que isto implique em alocação de recursos públicos.

Neste sentido, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

"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." (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04 - grifei).

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar, seguindo os passos do professor **Lenio Luiz Streck**, que *“a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento*

do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que (só)nega a aplicação de tais direitos”²³.

A Constituição Federal, tida como social, dirigente e compromissária, dita os rumos de uma nova prática jurídica, devendo o Direito, a partir deste marco, ser visto como “*um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc...)*”²⁴.

Entretanto, ainda há, em nosso Direito, um certo fascínio pelos trâmites legais e burocráticos, a ponto de se “adaptar” a Constituição às regras infraconstitucionais; quando o contrário é que deveria imperar em face da supremacia do texto constitucional. Enfim, segundo Streck, continua-se a olhar o novo com os olhos do velho.

A superação desta visão arcaica de Direito, e a conseqüente efetivação dos direitos fundamentais básicos, como é o caso do direito à saúde, estão, no Estado Democrático de Direito, ligados necessariamente ao fortalecimento do Poder Judiciário.

Diante disso, fica evidente que havendo inércia do Poder Executivo quanto ao seu dever constitucional de observar nas suas decisões os padrões inseridos no conjunto de valores da Constituição, especialmente aqueles relacionados aos direitos fundamentais, deverá intervir o Poder Judiciário no sentido de assegurar a efetividade destes direitos.

VII - CONCLUSÃO

À vista do exposto, verificando-se que o direito à saúde trata-se de direito fundamental social que beneficia a todos, indistintamente, cuja efetividade é imprescindível para que a pessoa tenha uma vida digna, estando ele indissociável do direito à vida, e que é por meio do Sistema Único de Saúde que o Estado deve tornar efetivo este direito, proporcionando aos seus usuários um atendimento médico, hospitalar e farmacêutico integral, pode-se concluir que são absolutamente inconsistentes e improcedentes as alegações apresentadas pelo Estado para não fornecer medicamento excepcional, geralmente de alto custo, àquele que dele realmente necessite. Ressaltando-se que a norma constitucional inserida no art. 196 da CF tem aplicação imediata, porque prevê um direito fundamental social; que protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas não podem se sobrepor à força

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15

²⁴ *Idem. Ibidem*. p. 15

normativa da Constituição, a qual assegura que o direito à saúde é de todos, sendo um dever do Estado; que o princípio da reserva do possível deve ser visto com reservas quando o Estado o utiliza como justificativa para não proporcionar a fruição de direitos fundamentais sociais; e que o Poder Judiciário deverá atuar sempre que o Estado se mostrar inerte no campo da efetivação destes direitos.

*Promotor de Justiça de Londrina/PR

Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/05paulo.doc>

Acesso em: 6 de junho de 2007