

DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSIVEL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Autora; Leny Pereira da Silva – Subprocuradora Geral do Distrito Federal.

Àquele da janela do quarto, do quarto de um dos milhões do mundo que ninguém sabe quem é (e se soubessem quem é, o que saberiam?); àqueles vencidos, que sabem a verdade; aos lúcidos, como se estivessem para morrer. Por fim, àqueles que não são nada, que jamais serão nada, mas têm todos os sonhos do mundo. A estes dedico este trabalho, entre lágrimas e risos.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – O Que é Saúde?

CAPÍTULO II - Do Direito à Saúde

CAPÍTULO III – Efetividade do Direito à Saúde

CAPÍTULO IV - Princípios Jurídicos e o Direito à Saúde

1. Princípio da Igualdade
2. Princípio da Proporcionalidade
3. Princípio da Reserva do Possível

CAPÍTULO V - Direito à Saúde e sua Prestação Pelo Estado

CAPÍTULO VI - Intervenção do Poder Judiciário na Efetividade do Direito à Saúde

CAPÍTULO VII - Direito à Saúde e Meios Processuais para sua Efetividade

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS

BIBLIOGRAFIA

ÍNDICE

RESUMO

Este trabalho tem por escopo discorrer sobre o direito à saúde, como um dever do estado, em face à Constituição Federal. Primeiro faremos o cotejo do direito à saúde como parte fundamental do direito à vida. Em seguida, abordaremos o principio da reserva do possível, associado às questões atinentes à biótica, no que se refere à escassez de recursos na área da saúde e a necessidade de escolher o usuário para os recursos existentes. Por último abordaremos a jurisprudência predominante em nossos Tribunais, que dá pelo dever do Estado na prestação de atendimento à saúde, quer fornecendo medicamentos, providenciando a prestação de determinados tratamentos, de forma a tornar efetivo o mandamento Constitucional.

ABSTRACT

This text examines the right to health as a social right ensured by Constitution. It is organized in three parts. In the first one, the right to health will be studied as an important component of the right to life. In the next part, the right to health will be analyzed focussng on the questions about bioethic, limits of the possible, the scarcity of resources and persons who are choised to receive the resources. In the last part, some of the jurisprudence produced by Brazilians courts will be examined to show that the majority of the judgments are providing the right to health. The judgements make available the rights to health as a social right ensured by Constitution.

INTRODUÇÃO

*Febre, hemoptise, dispnéia e suores noturnos.
A vida inteira que podia ter sido e que não foi.
Tosse, tosse, tosse.
(Manuel Bandeira – Pneumotórax)*

A saúde esta assegurada na Constituição Federal como um direito de todos. O artigo 196 dispõe que *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”*.

Desta forma, a saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar. A regra inscrita no artigo 196 tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional.

Na lição de José Afonso da Silva *“os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conectionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo*

dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade". A Constituição protege a cura e a prevenção de doenças através de medidas que asseguram a integridade física e psíquica do ser humano como consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana. José Cretella Júnior, na obra "Comentários à Constituição de 1988", vol. III, pág. 4331, citando Zanobini asseverou que:

"nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político."

Vale salientar que a competência quanto à responsabilidade do poder Público é comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e que estes deverão *"cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"*, conforme o artigo 23, inciso II da CF. Desta forma, todos os entes da Federação, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros.

Em que pese o mandamento Constitucional de caráter programático, o direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. Ademais, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresse, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado a sua implementação. O direito social à saúde confunde-se com o direito à vida, direito fundamental. Associando-se a escassez de recursos na área da saúde e a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver atendida sua necessidade de saúde, mediante a propositura de ações, que vão desde aquelas objetivando o fornecimento de remédios, à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos.

Esta realidade, tem conduzido o Poder Judiciário à formulação de políticas públicas por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo atender a pretensão do litigante, quer fornecendo-lhe medicamentos, quer oportunizando a realização de exames, cirurgias e tratamentos. Se o Estado não pode proporcionar diretamente um tratamento ou, quando um procedimento não é assegurado pelo SUS, ou ainda, não está contemplado nas leis, deve, com base no princípio da isonomia, à Administração Pública, por meio da aplicação de critérios médico-científicos (através de laudos médicos e exames), deve promover e financiar cuidados essenciais por outros meios sempre com vista a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessária inerentes à política nacional de saúde.

A realização do direito à saúde depende de medidas positivas do Estado para que o direito se efetive. A Constituição de 1988 destina esforços

significativos para a aplicação da saúde como um direito fundamental de todos, mediante a execução do então dever do Estado.

Foi criado então, o Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de atender as necessidades locais da população e de cuidar de questões que influenciam na verificação da saúde, como o meio ambiente, a vigilância sanitária, a fiscalização de alimentos, entre outros.

Neste estudo faremos a interface entre o direito à saúde, a obrigação do Estado prestá-la e os princípios da isonomia e da reserva do possível. A escassez de recursos materiais e humanos obriga á escolha de quem será atendido, sendo um impossibilidade real o atendimento à universalidade.

CAPÍTULO I - O QUE É SAÚDE?

*“Não sei a hora, mas sei que há a hora,
Demore-a Deus, chame-lhe a alma embora.
Mistério.” (Fernando Pessoa)*

Para discorrer sobre a matéria direito à saúde há que se conceituar o que é ela. Neste passo, encontra-se a primeira dificuldade. Muito já se escreveu a respeito da conceituação da saúde durante a história da humanidade. Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C., refere a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências (1). Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido a sua experiência como mineiro, pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho(2). Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações (3).

Outra corrente de pensamento, entretanto, evoluiu no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças. Pode-se encontrar a origem de tal corrente nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes, que ao identificar o corpo humano à máquina acreditou poder descobrir a "causa da conservação da saúde".

Nessa linha de evolução, o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado. Exatamente nesse momento os trabalhos de Pasteur(4) e Koch(5) provam a teoria sobre a etiologia específica das doenças e fornecem, então, a causa que explica o defeito na linha de montagem humana.

O ambiente social do fim do século passado e primeira metade do século XX, auge da Revolução Industrial, propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas.

A intervenção de fatores políticos foi, contudo, aparentemente o marco final de tal debate. A experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes,

a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade ineludível de promover um novo pacto.

Tal pacto, personificado na Organização das Nações Unidas, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo em que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens. A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: *"Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença"*.

Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels. A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional. Uma crítica recente, feita por Dejourns (6), termina concluindo que o estado de completo bem-estar não existe mas que a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado.

CAPÍTULO II - DO DIREITO À SAUDE

*“Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.” (Fernando Pessoa)*

A simples análise semântica do termo “direito” já revela sua complexidade. De fato, a palavra direito refere-se a um ramo do conhecimento humano — a ciência do direito —, ao mesmo tempo em que esclarece seu objeto de estudo: o direito, um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade. Muitas vezes se emprega a palavra direito em sentido axiológico como sinônimo de justiça e muitas outras em sentido subjetivo, é o *meu* direito; trata-se, como ensina Reale (7), da "regra de direito vista por dentro, como ação regulada". Kelsen(8) , filósofo do direito alemão, partindo da análise lingüística chega à conclusão de que o significado da palavra *Recht* (direito, em alemão) e de suas equivalentes em outros idiomas (*Law, Droit e Diritto* para o inglês, francês e italiano, respectivamente) é o mesmo: "ordens de conduta humana".

O termo é empregado com seu sentido de direito subjetivo na reivindicação do "direito à saúde". Todavia, a referência à regra de direito vista por dentro implica necessariamente a compreensão do direito como regras do comportamento humano em sociedade.

De fato, as normas jurídicas representam as limitações às condutas nocivas para a vida social. Assim sendo, a saúde, definida como

direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais. Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade

em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada.

É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas

medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

O direito à saúde ao apropriar-se da liberdade e da igualdade caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores. A história da humanidade é farta de exemplos do movimento pendular que ora busca a liberdade, ora a igualdade. Os homens sempre tiveram a consciência de que para nada serve a igualdade sob o jugo do tirano e de que a liberdade só existe entre iguais. Tocqueville (9), compreendendo as causas profundas do movimento pendular da história, entendendo que a liberdade é um processo, um objetivo a ser alcançado em cada geração, afirmou: *"As nações de hoje em dia não poderiam impedir que as condições fossem iguais em seu seio, mas depende delas que a igualdade as conduza à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou às misérias."* Também o direito à saúde será ou não garantido conforme a participação dos indivíduos no processo.

CAPÍTULO III – EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

“A cada dia que vivo, mais me convenço de que o desperdício da vida está no amor que não damos, nas forças que não usamos, na prudência egoísta que nada arrisca, e que, esquivando-se do sofrimento, perdemos também a felicidade” (Carlos D. de Andrade)

As Constituições brasileiras do passado não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos.

É oportuno ressaltar que declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Isso porque após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo todo restou abalado com as atrocidades sofridas e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos, os Estados viram-se obrigados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais. Esse movimento iniciou-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte mais importante das modernas constituições”, estabelecendo um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. Veja-se: “Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação,

vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença,

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

A partir desses documentos declaratórios de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos de cada país tendem a garantir internamente os direitos fundamentais (sem perder de vista a necessidade conjunta de internacionalização), sob uma perspectiva de generalização (extensão da titularidade desses direitos a todos os indivíduos).

No Brasil, a influência proporcionada por essas declarações de direitos atingiu seu ponto máximo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. O art. 6º informa que a saúde é um direito social. No artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. De acordo com o art. 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada. O art. 30, inc. VII,

confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Por força da Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV). De acordo com o artigo 196, a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ressalve-se que o art. 129, inc. II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas

necessárias a sua garantia, o que denota a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º). Pelo art. 199, foi facultada à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No artigo 200, exaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar

da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e

águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O art. 208, inc. VII, incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental. No artigo 220, §3º, inc. II, há a previsão da possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O art. 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. A participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil ficou estabelecido no §1º.

Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também possui algumas regras tratando da saúde, como a do art. 53, inc. IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, prevêm percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000, que tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados

em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam, diretamente, da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área.

Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde. São amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, sobretudo se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Há, porém, limites, pois em uma democracia não há direitos absolutos. A dificuldade residente exatamente em dar aplicação ao direito à saúde, extraído na norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos. Esses limites são basicamente três, que se interagem e se completam: a reserva de consistência, a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. Destes princípios falaremos adiante. Objetivando dar efetividade aos vários direitos sociais, inscritos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar diuturnamente. Sobre este tema falaremos a seguir.

CAPÍTULO IV - PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE

*Até cortar os próprios defeitos pode ser perigoso. Nunca se sabe qual é o defeito que sustenta nosso edifício inteiro.
(Clarice Lispector)*

Princípio, palavra derivada do latim, (principium, principii) que significa “fonte”, “origem”, “base”. Em linguagem leiga é o ponto de partida de um começo qualquer(10). O magistério de Paulo de Barros Carvalho ensina que “Princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.(11) No ordenamento jurídico, há princípios implícitos e expressos, não havendo supremacia exceto em relação ao princípio da certeza do direito, que está acima de todos os princípios, a fim de garantir a convivência social organizada. CARNOTILHO considera “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional .”(12) Para Celso Ribeiro Bastos, “são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante espalhar os seus valores, pulveriza-los sobre todo o mundo jurídicos”. (13)

Representante maior do positivismo jurídico, Hans Kelsen produziu vasta obra, notadamente a Teoria Pura do Direito. Muitos seguidores surgiram no País e, assim, segundo Hugo de Brito Machado, “para os positivistas, o princípio jurídico nada mais é do que uma norma

jurídica. Não uma forma jurídica qualquer, mas uma norma que se distingue das demais pela importância que tem no sistema jurídico. Os princípios constituem a estrutura do sistema jurídico. Os princípios jurídicos são os vetores do sistema”. (14) Por sua vez, Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello utilizando-se dos ensinamentos didáticos em relação a comparação do sistema jurídico a um grande edifício, onde os alicerces e as vigas mestras desempenham papel mais importante que as janelas.

Assim, a supressão ou a troca destes componentes em nada altera o edifício; todavia, uma simples fratura nos alicerces poderá gerar a sua destruição total. Trilhando o pensamento de KELSEN, bem como o magistério dos estudiosos citados, ROQUE CARRAZZA entende que “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.” (15)

Prosseguiremos analisando o direito à saúde em face aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, e da reserva do possível.

1 – PRINCIPIO DA IGUALDADE

Para Aristóteles, o princípio da igualdade consistia em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que

eles se desiguam”. O princípio da igualdade sofreu várias interpretações até os dias atuais, no entanto, para alguns, é o mais importante de todos os princípios constitucionais. No sentido material ou substancial, a igualdade significa o desejável tratamento equânime de todos os homens, proporcionando-lhes idêntico acesso aos bens da vida, conforme leciona

Celso Ribeiro Bastos, trata-se da igualdade em sua acepção ideal, humanista, mas que jamais foi alcançada.

No sentido formal a igualdade dirige-se imediatamente ao legislador e mediamente aos seus aplicadores. Frise-se que Kelsen não proclamou com nitidez ser o legislador o destinatário principal do princípio da igualdade, concluindo em sua obra Teoria Pura do Direito que a igualdade constitucionalmente garantida dificilmente poderá significar algo mais do que a igualdade perante a lei, ou seja, no momento de sua aplicação. Segundo o autor, há apenas os princípios da juridicidade e da legalidade imanentes a todo o direito.

O grande estudo do princípio da igualdade deve-se a notável monografia “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” de Celso Antônio Bandeira de Mello (16), que esclarece em que hipótese pode a lei estabelecer discriminações e em que situações, inversamente, o discrimen legal colide com a isonomia. Segundo as lições do nobre jurista, as discriminações são admissíveis quando houver uma correlação lógica entre o fator de discrimen legal e a desequiparação procedida e que esteja de acordo com os interesses delineados na Constituição Federal. Para o autor, há necessidade da concorrência de quatro elementos, a fim de que não se agride o princípio da isonomia:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem do público.

Neste passo, a intromissão do Poder judiciário, no sentido de dar efetividade ao direito à saúde, pode incorrer em desrespeito ao princípio da igualdade. Nas hipóteses de fila para transplante de órgãos, para realização de determinados tratamentos. Aqueles que estão na fila são preteridos, uma vez que a decisão judicial para atender aquele outro tem que ser respeitada.

2 - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inserida, típica de normas-princípios, vivem em um estado de tensão permanente, limitando-se reciprocamente. Por esse motivo, havendo uma colisão entre direitos fundamentais, é possível limitar o raio de abrangência de um desses direitos com base no princípio da proporcionalidade, visando dar maior efetividade ao outro direito fundamental em jogo. Serve, portanto, a proporcionalidade como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais. A

doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem apontado três dimensões ou critérios do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos.

Os critérios acima mencionados correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de medida limitadora: “a) *o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?*; b) *o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes?* c) *o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou?*(17). Sendo afirmativas todas as respostas, será legítima a limitação ao direito fundamental.

Como explica Willis Santiago Guerra Filho, que foi o primeiro jurista brasileiro a tratar da tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, uma medida será adequada, “*se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens*” (18).

A proporcionalidade, na ótica do critério da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde. Por exemplo, se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de

stress, às custas do Estado, em um determinado 'SPA' em Gramado ou Campos de Jordão (19). A proporcionalidade também exige que a solução seja adequada. Não seria, por exemplo, adequada uma medida que proibisse o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS, pois não há

relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV). Inadequada, do mesmo modo, seria uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados.

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva) e proporcional em sentido estrito.

3 – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. Flávia Danielle Santiago Lima afirma que: "O

conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos." (in: "EM BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL").

O insigne jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ao dissertar sobre "Direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas", assim se posicionou sobre o tema em questão: "Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "numerus clausus" de vagas nas Universidades ("numerus-clausus Entscheidung"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível".

A necessidade de previsão orçamentária é apontada, muitas vezes, como um limite à atuação do Estado para a efetivação de direitos sociais. Trata-se de pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores. A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma

categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Percebe-se, portanto, que houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo Poder Público. Porém, é óbvio que isso não impede o juiz de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer um dado

direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária. Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, vejamos:“(…) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (20). Portanto, como ficou demonstrado, “o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal” (21).

Existe uma corrente, integrada por juristas e júrís-filósofos, que defende a tese que o Estado deve garantir o "mínimo existencial", ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da

avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos

meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde (22).

Opõe-se ao atendimento do “mínimo existencial” a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização. Essa insuficiência vem sendo aferida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, na esfera daquilo que se convencionou designar “reserva do possível”.

A “reserva do possível”, no que toca à possibilidade financeira do Estado, consubstancia a disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica, de tratamento médico, em geral. Duciran Van Marsen Farena, citado pelo juiz federal George Marmelstein Lima nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza-CE, argumenta: “As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera,

na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais" (FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14) (23).

Não obstante, da mesma forma em que não há dúvidas de que a assistência farmacêutica está compreendida no conceito de

mínimo existencial, também não há qualquer dúvida de que o mais visível limite à atuação judicial é o postulado da reserva do possível.

No entanto, é também o mais difícil de ser delimitado, sobretudo quando se trata da possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial. Há, é óbvio, limites naturais decorrentes da reserva do possível. Seria irrealizável, por exemplo, uma ordem de um juiz que determinasse que o Poder Público fizesse um paraplégico caminhar ou curar um paciente portador de uma enfermidade incurável. Afora esses casos, em que é patente a impossibilidade de cumprimento da ordem, por impossibilidades naturais, não é tão simples verificar se a decisão está de acordo ou não com o postulado da reserva do possível, sobretudo quando se está diante da reserva do *financeiramente* possível. Em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos.

Imagine-se, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Certamente, uma decisão desse tipo acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que

fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que existe dinheiro de sobra para a construção do hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada à reserva do possível. É preciso cuidado, portanto, ao se dar efetividade a um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos.

Tratando-se, porém, de obrigação de fazer (construir um posto de saúde, fornecer medicamentos, realizar um tratamento médico, *etc.*) que esteja dentro da reserva do possível, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador. Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso verificar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde, especialmente em momentos de crises econômicas.

Há que ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “*em verdadeira **razão de Estado econômica**, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais*” (24). Portanto, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais

danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

Além disso, não se pode descartar as dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais. Até simples obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento

licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho, etc.). É óbvio que a exigência de licitação não pode ser empecilho para o cumprimento da ordem. Mesmo assim, não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes. Tendo em vista essas limitações administrativas, costuma-se fazer uma distinção entre a reserva do possível fática e reserva do possível jurídica, conforme bem explica Marcos Masseli Gouvêa. Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que estes recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis. A doutrina denomina **reserva do possível fática** a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina **reserva do possível jurídica** (25).

Algumas vezes é possível contornar com soluções criativas as limitações impostas pela reserva do possível. Assim, por exemplo, alguns Tribunais têm imposto como obrigação ao Poder Público não a realização imediata do direito a ser concretizado, mas a imposição de se incluir na proposta orçamentária anual seguinte os recursos necessários à futura concretização do direito. Outras soluções podem ser sugeridas, em especial a busca de parcerias com organizações privadas dispostas a ajudar pessoas que necessitem de

um determinado tratamento. Uma interessante sugestão foi fornecida por Marcos Gouvêa. De acordo com o referido autor, com base na regra processual que autoriza que terceiros cumpram uma obrigação de fazer, às expensas do devedor, é possível autorizar, por exemplo, que uma farmácia forneça medicamentos a um determinado paciente, devendo, em seguida, o Estado ressarcir os custos dos medicamentos.

No entanto, como dificilmente uma farmácia concordaria em fornecer um medicamento sabendo da fama de inadimplente do Poder Público, o referido jurista propõe uma saída interessantíssima: Não seria inviável – tendo em vista a essencialidade da prestação em tela [do fornecimento de remédios], repita-se à exaustão – que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação (26).

É inegável que uma decisão desse teor traria alguns problemas de ordem prática, conforme reconhece o próprio autor, em

especial a escolha da farmácia ou empresa executora da medida e a fiscalização contábil da compensação. Um diálogo aberto com o Fisco, com o ente público responsável pela saúde, bem como com outros agentes fiscalizadores, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, seria capaz de minimizar os abusos que, porventura, poderiam existir.

A solução também pode ser estendida a outros casos e não apenas a fornecimento de remédios. Assim, por exemplo, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados com a operação com tributos de responsabilidade do ente demandado. Relembre-se que a Emenda Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88). A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, difícil de ser executada, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível. Dentro desse contexto, temos que o cotejo do direito ao mínimo existencial e da denominada reserva do possível parece-nos um critério insuficiente para a apreciação de pedidos individuais de fornecimento de medicamentos. Aparentemente, ante a isolada necessidade de um paciente, o Estado sempre se mostrará detentor de recursos suficientes para cumprimento da obrigação. A pluralidade de ações individuais também não torna legítima a adoção desse critério, pois muitas das ações são promovidas indevidamente. Ainda que assim não fosse, a possibilidade de

atendimento da pretensão do paciente deve ser aferida com base nos elementos efetivamente demonstrados no processo, de modo que a mera alegação de existência de muitas ações não tem o condão de demonstrar que o Poder Público não possui recursos materiais para efetivação da assistência farmacêutica pleiteada. No entanto, o critério aqui em comento pode ser de grande valia no tocante às ações coletivas, nas quais a eficácia da decisão possui maior abrangência.

Considerando que a condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica em sede de ação coletiva pode alterar significativamente o planejamento do Poder Público, é prudente que o magistrado atente para a “reserva do possível” na análise do caso concreto. Essa cautela é necessária, inclusive, para que o Poder Judiciário não interfira/inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas, afastando, assim, qualquer possibilidade de afronta ao pacto federativo.

CAPÍTULO V - DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

“Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

CAPÍTULO II

Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde

(SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

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

II - integralidade de assistência, entendida 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;

Vê-se, portanto, que a legislação infraconstitucional garante expressamente não só a assistência farmacêutica, como também o fornecimento de “insumos terapêuticos” (tais como órteses, próteses, cadeiras de rodas, marcapassos, etc.). Neste último caso, a previsão legal destina-se tão só às crianças, adolescentes e idosos, que por explícita previsão constitucional possuem tratamento prioritário em nossa sociedade.

Com vistas a promover a assistência farmacêutica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME”. A formulação dessa listagem, bem como sua atualização periódica – que é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, observa as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da

eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo); e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado. A Portaria n. 698/GM, de 30 de maio de 2006, que “Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS” dispõe:

“Art 1º Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.

Art. 2º Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados.

Art. 3º Ficam criados os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica;

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.

Art. 16. O Bloco de Financiamento para a Assistência Farmacêutica é constituído por quatro componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional e Componente de Organização da Assistência Farmacêutica.

Vê-se, diante disso, que afora essa relação de medicamentos básicos existem diversos programas de distribuição de medicamentos na rede pública, voltados para segmentos específicos.

CAPÍTULO VI – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAUDE.

“... uma das coisas que aprendi é que se deve viver apesar de. Apesar de, se deve comer. Apesar de, se deve amar. Apesar de, se deve morrer. Inclusive muitas vezes é o próprio apesar de que nos empurra para a frente. Foi o apesar de que me deu uma angústia que insatisfeita foi a criadora de minha própria vida. Foi apesar de que parei na rua e fiquei olhando para você enquanto você esperava um táxi. E desde logo desejando você, esse teu corpo que nem sequer é bonito, mas é o corpo que eu quero. Mas quero inteira, com a alma também. Por isso, não faz mal que você não venha, espararei quanto tempo for preciso.”
(Clarice Lispector)

Nem sempre a assistência farmacêutica implementada pelo Poder Público atende às necessidades do paciente, ora porque as peculiaridades da moléstia exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos constantes da listagem, ora porque houve falha na atualização da Renam. Não raro, a assistência farmacêutica também falha por questões administrativas, tal como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição do medicamento. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos, conforme visto alhures – sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito.

É legítima, dentro deste contexto, a intervenção jurisdicional que visa a afastar lesão ou ameaça a esse direito, conforme já demonstrado acima. Inúmeras são as ações ajuizadas com o fim de coagir o Estado a prestar atendimento farmacêutico e, na maioria delas, nota-se um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processuais postos pela lei à disposição da sociedade.

Esse desvirtuamento muitas vezes decorre da falta de informação dos operadores do direito, no que diz respeito às políticas públicas de saúde e aos aspectos técnicos que envolvem a prescrição medicamentosa, outras vezes decorre da má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica. Algumas cautelas ou critérios devem ser observados no manejo dos mecanismos processuais que viabilizam a intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público, a fim de se evitar prejuízos ao Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, à própria população.

Os médicos brasileiros, costumeiramente, prescrevem medicamentos mediante a indicação do respectivo nome comercial. Esse hábito passou a ser insistentemente combatido pelo Poder Público, sobretudo após a edição da Lei nº 9.787/99, que, ao estabelecer o medicamento genérico e dispor sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, proibiu a prescrição pelo nome comercial, na forma do seu art. 3º, que prevê: *“As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de*

medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI)”. Ainda assim, não raro algumas receitas veiculam o nome comercial e o paciente que ajuíza ação, pleiteando a condenação do Poder Público a fornecer-lhe o medicamento, formula seu pedido com base no nome comercial, tal como foi prescrito na receita.

A condenação do Estado no fornecimento de medicamento prescrito pelo nome comercial pode acarretar grandes prejuízos, pois é possível que o Poder Público disponibilize regularmente o mesmo remédio, porém ele não detém a designação prescrita pelo fato de ter sido fabricado

por laboratório diverso. Nesta hipótese, é de todo aconselhável que a formulação do pedido seja feita com base no princípio ativo do medicamento e, na hipótese de não o ser, é imprescindível que o magistrado atente para a possibilidade do medicamento estar previsto na listagem do Ministério da Saúde. Em atendimento à política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, a prescrição de medicamentos no âmbito do SUS deve observar o “Formulário Terapêutico Nacional”, que tem por fim orientar os profissionais de saúde quanto ao manuseio de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado. Sem prejuízo dessa imposição do Poder Público, temos que, de uma maneira geral, tanto os profissionais vinculados à rede pública de saúde quanto os que atuam exclusivamente no setor privado devem observar a legislação brasileira pertinente aos produtos farmacêuticos.

A comercialização de um composto medicamentoso no território brasileiro pressupõe sua aprovação e registro no Ministério da Saúde, conforme dispõe o art. 12 da Lei 6.360/76, pois a natureza e a finalidade dessa espécie de substância exigem o monitoramento de sua segurança,

eficácia e qualidade terapêutica. Esse registro é definido pelo inciso XXI do art. 3º do Decreto nº 79.094/77, na redação que lhe foi atribuída pelo Decreto nº 3.961/01, verbis:

“XXI - Registro de Medicamento - Instrumento por meio do qual o Ministério da Saúde, no uso de sua atribuição específica, determina a inscrição prévia no órgão ou na entidade competente, pela avaliação do cumprimento de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionada com a eficácia, segurança e qualidade destes produtos, para sua introdução no mercado e sua comercialização ou consumo;”

A entidade competente para proceder a essa inscrição – bem como a sua alteração, suspensão e cancelamento – é a Anvisa –

Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma das disposições da Lei nº 9.782/99 e da Lei nº 6.360/76. Assim, tanto o profissional médico, quando da prescrição, quanto o magistrado, quando da apreciação do pedido de fornecimento formulado em sede de ação judicial, devem atentar para a existência de registro do medicamento na Anvisa/MS. Não obstante, em algumas hipóteses, a inexistência de registro não impede a prescrição e, conseqüentemente, não impede a condenação judicial do Poder Público no fornecimento da substância. Existem substâncias modernas e eficazes no tratamento de determinadas doenças – em especial no tratamento de doenças raras e/ou graves – que são utilizadas há anos em diversos países (após terem sido aprovadas pelos respectivos órgãos de vigilância, a exemplo da FDA - Food and Drug Administration, nos Estados Unidos da América), mas não são vendidas ou produzidas no Brasil porque não tiveram concluído seu processo de registro na Anvisa/MS, cuja tramitação é demasiadamente morosa.

Essa morosidade é, inclusive, reconhecida pelo Poder Público, e levou a Anvisa a editar a Resolução RDC nº 28/2007 publicada no Diário Oficial de 5/4/2007, que visa legitimar as priorizações de análise de petições no âmbito da área de medicamentos, de acordo com a relevância do interesse público representado nas petições, e dar transparência a esses procedimentos. Nos termos dessa resolução, haverá prioridade de análise das petições de registro de medicamentos que façam parte da lista de medicamentos excepcionais. Na edição nº 231, de novembro/2006, do jornal do Cremesp – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em matéria publicada sob o título “Medicina e Justiça”, o Dr. Desiré Carlos Callegari, presidente daquele conselho, afirmou: “Se por um lado é proibido prescrever medicamento não reconhecido pela Anvisa, a demora em conceder o registro acaba estimulando ações judiciais”.

Parte dos medicamentos não são aprovados por falta de comprovação efetiva de segurança e eficácia, levantando dúvidas sobre a prescrição. Mas alguns já estão aprovados por agências reguladoras de outros países, por exemplo o FDA norte-americano. “Alguns medicamentos representam um real avanço na medicina, que mudam dramaticamente o curso de doenças graves (27).

Não há sentido, portanto, para justificar a impossibilidade de fornecimento do medicamento prescrito apenas pelo fato de seu registro ainda não ter sido concluído. Há hipóteses, ainda, em que a necessidade de registro é afastada pela própria lei. Com efeito, dispõe o artigo 24, da Lei 6.360/76: *“Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde”*. é impossível imaginar que um paciente, acometido por uma doença rara e degenerativa cujos medicamentos existentes para seu

tratamento sejam ineficazes, pleiteie em juízo a condenação do Poder Público a lhe fornecer medicamento novo existente no Brasil ou no exterior, em fase experimental, que traduza esperança de tratamento. Nesse caso, atendidas as demais regulamentações pertinentes a tratamento da espécie, a inexistência de registro na Anvisa – dispensada pela própria lei – não impediria essa condenação. Dessa forma, a inexistência de registro do princípio ativo pleiteado em ação judicial não consubstancia causa de indeferimento do pedido, caso a existência de protocolo de registro na Anvisa e/ou as demais circunstâncias trazidas aos autos sejam suficientes para que o magistrado forme sua convicção.

O fornecimento de medicamento pelo Estado, seja administrativamente, por meio dos programas de assistência farmacêutica, seja como decorrência de determinação judicial, não pode perder de vista a

preocupação com a racionalização no consumo, ditada pela política nacional de medicamentos e pelas demais normas pertinentes. Além disso, infelizmente a utilização do processo judicial como instrumento de efetivação da assistência farmacêutica tornou-se alvo da “indústria da ação judicial”, na qual atuam profissionais médicos, advogados e laboratórios. De acordo com informação do Cremesp, recentemente a Secretaria Estadual da Saúde do Estado de São Paulo obteve autorização judicial para retirar da frente do Hospital das Clínicas de São Paulo uma faixa de publicidade que dizia “Medicamento gratuito é um direito seu. Procure um advogado. Ligue para o número tal” (28). Assim, é imprescindível que o magistrado verifique se a prescrição médica é condizente com o diagnóstico da moléstia que acomete o paciente e com os tratamentos a que ele já se submeteu, bem como é necessário constatar se a emissão de receita foi efetuada por profissional habilitado e especialista no trato de problemas da espécie e se a dosagem prescrita atende as finalidades do tratamento. Em

alguns casos os medicamentos de alto custo são prescritos independentemente da existência – e disponibilidade no âmbito do SUS – de outros medicamentos que podem produzir os mesmos resultados no tratamento da doença. Isso não significa que a utilização de todo e qualquer medicamento disponível nos programas governamentais de assistência farmacêutica, antes do ajuizamento de ação para obtenção de medicamento de alto custo, constitua um critério objetivo a ser utilizado pelo magistrado, pois a variabilidade das condições do organismo e da saúde humanos impossibilita a aplicação desse tipo de critério. No entanto, é prudente que o magistrado verifique, no caso concreto, as peculiaridades do tratamento, com a finalidade de impedir que o Poder Judiciário ratifique prescrições negligentes e tratamentos inócuos.

A verificação da habilitação do médico para prescrever o medicamento pleiteado é necessária não só para a constatação da pertinência do tratamento – presume-se que um médico especialista formule prescrições coerentes e racionais – mas também para coibir o uso desvirtuado do processo judicial. A verificação da dosagem prescrita também tem essa finalidade. Os limites da má-fé do ser humano não são passíveis de conhecimento – se é que eles existem – e não é exagero imaginar que o processo judicial seja utilizado com fins escusos, a exemplo da tentativa de introduzir medicamentos novos no mercado em virtude de interesses econômicos, ou da tentativa de obter gratuitamente grande dosagem, que possa ser comercializada informal e irregularmente.

CAPÍTULO VII – DIREITO À SAUDE E MEIOS PROCESSUAIS PARA SUA EFETIVIDADE.

Os instrumentos processuais que podem ser manejados pelo paciente que pleiteia a assistência fármaco-terapêutica perante o Poder Judiciário são diversos. Frequentemente são utilizados a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7347/85; o mandado de segurança; e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

A ação civil pública, cuja legitimação para propositura é ditada pelo art. 5º da Lei n. 7347/85, é destinada à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Trata-se de instrumento de tutela coletiva de direitos e pressupõe, portanto, a representação de um grupo de pessoas - ora indeterminado, ora determinado ou determinável - por um legitimado extraordinário (figura que excepciona a regra do art. 6º

do Código de Processo Civil). Via de regra esse legitimado extraordinário, a despeito do rol de legitimados ditado pelo já mencionado art. 5º da Lei n. 7347/85, é o Ministério Público. Entretanto, as ações civis públicas propostas pelo *parquet* não raro veiculam interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e restrito. Não se questiona da legitimidade do Ministério Público para representar em juízo um único paciente que pleiteie assistência farmacêutica do Estado, uma vez que o caput do art. 127 da Constituição Federal lhe atribuiu legitimidade para defender direitos individuais indisponíveis: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Duvidamos, no entanto, do adequado manejo da ação coletiva nesses casos. Embora seja praxe institucional chamar de ação civil pública toda e qualquer ação de natureza cível promovida pelo Ministério Público, não se trata de mero preciosismo terminológico.

A ação civil pública, reitera-se, é instrumento de tutela coletiva, regulado pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto, em especial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.090/90). Possui peculiaridades procedimentais, incompatíveis com a tutela individual, daí a impropriedade de sua aplicação indistintamente. Por outro lado, quando manejada com observância da proporcionalidade, preservando o equilíbrio entre as regras e princípios que informam nosso ordenamento, a ação civil pública afigura-se como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, beneficiando segmentos sociais hipossuficientes e estimulando a atuação estatal. Diversos são os exemplos nesse sentido, como demonstra a ementa abaixo transcrita, extraída de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer – Implantação por parte do Município e do Estado de programa de atendimento à criança e ao adolescente portador de “diabetes mellitus” e ao fornecimento de medicamentos e materiais necessários ao controle da doença – Carência da ação – Ilegitimidade passiva “ad causam” – Inocorrência – Competência administrativa concorrente da União, do Estado e do Município para cuidar da saúde pública – Inteligência dos artigos 23, II, e 198, I, da Constituição Federal e 4º e 9º da Lei n. 8.080/90 – Preliminar rejeitada. (Apelação n. 513.556-5/0 – Bauru – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Nalini – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 12.482).

Neste mesmo sentido, é a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 20050110677067APC, da qual foi relator o eminente Desembargador Flavio Rostirola, conforme pode se ver da ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA POSTULAR PEDIDO DE VAGA EM UTI EM HOSPITAL PARTICULAR. DEFESA DO DIREITO À VIDA, À DIGNIDADE HUMANA E À SAÚDE.

1. O interesse público respalda o ajuizamento do presente feito de obrigação de fazer pelo Ministério Público, haja vista este defender o direito à saúde, decorrente do direito à vida. Cuida-se de interesse individual homogêneo. Em outras palavras, o Órgão Ministerial, com assento no artigo 127 da Constituição Federal de 1988, busca o reconhecimento do direito de o cidadão ter sua saúde protegida e, em conseqüência, de preservar a sua vida. Essa a razão por que legítimo o Ministério Público no caso em tela.
2. Consoante os ditames da Carta Política de 1988, bem como dos preceitos da Lei Orgânica do Distrito Federal, compete ao DF garantir vaga em UTI – Unidade de Terapia Intensiva em hospital particular, caso essa inexistente na rede pública de saúde. Precedentes do STF, STJ e deste Tribunal.
3. Apelo provido, a fim de que EVANUCE PEREIRA DA SILVA FERNANDES seja internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, em leito da rede privada hospitalar, indicando-se, para tanto, o Hospital UNIMED, nosocômio onde se encontra atualmente a paciente –, até que se prove o contrário (fls. 11/13) –, desde que não hajam sido abertas vagas em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, na rede pública hospitalar.

O mandado de segurança, por sua vez, está previsto no inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. As Leis n. 1533/51 e 4348/64 disciplinam o processo de mandado de segurança. Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles o mandado de segurança pode ser definido como “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de

lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (29).

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Para impetração do mandado de segurança é necessário que tenha havido violação ou grave ameaça a direito líquido e certo, como decorrência de ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Acerca do direito líquido e certo ensina Pedro Lenza: “O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, através de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento

de sua impetração”. Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo o direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para cabimento do writ (30).

O direito à saúde é direito social, qualificado na ordem internacional como direito de 2ª geração, caracterizando-se pela necessidade de uma atuação positiva e programática do Estado. Não obstante, está intimamente ligado ao direito à vida, que consubstancia norma de aplicabilidade imediata. Nesse contexto, vem se dispensando ao direito à assistência farmacêutica o caráter de direito líquido e certo ou de norma constitucional de aplicabilidade imediata. Ocorre que não é possível atribuir à prescrição médica o caráter absoluto que se vem dispensando ao direito à assistência medicamentosa. Isso porque a adequação e a lisura da prescrição, bem como sua observância às peculiaridades do caso concreto

e à legislação pertinente, demandam vasta produção de prova. Além disso, a negativa de fornecimento de medicamento normalmente está amparada por atos infralegais ou pela legislação infraconstitucional. Exemplo disso é a negativa de fornecimento de medicamento a pacientes que não são atendidos pelo SUS, ou a recusa de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. Não obstante essa via é amplamente utilizada, sobretudo em virtude da celeridade do procedimento.

As ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar são ações comuns, disciplinadas pelo Código de Processo Civil, normalmente de rito ordinário. Considerando que na maioria dos casos o medicamento pleiteado judicialmente possui alto custo, raro que se veja uma ação tramitando pelo rito sumário. Não é difícil imaginar, entretanto, a tramitação de ação da espécie pelo rito sumário quando a pretensão deduzida diz respeito aos denominados “insumos terapêuticos”. Como visto

alhures, a legislação que prevê o fornecimento desses “insumos terapêuticos” contém cláusulas abertas, atribuindo ao intérprete o dever de identificar e estabelecer o conteúdo da prestação. Dentro desse contexto, são comuns as ações em que se pleiteia, por exemplo, fraldas (31). Considerando a natureza do objeto, não é de se estranhar que o valor da causa determine a tramitação pelo rito sumário (32).

A competência, seja qual for o mecanismo processual adotado, será da Justiça Estadual quando a ação for promovida em face da Fazenda Estadual e/ou da Fazenda Municipal, ou em face de ato de autoridade estadual e/ou municipal. Quando a União figurar no pólo passivo, quer isoladamente, quer solidariamente aos demais entes, a competência para apreciar o feito será da Justiça Federal.

Quando se tratar de mandado de segurança, não se pode olvidar das regras de foro por prerrogativa de função. Nas comarcas onde há vara da fazenda pública a ação deve ser a ela dirigida; nas demais, a ação tramita perante vara cível comum.

CONCLUSÃO

Prevalece, o consenso de universalização de acesso a medicamentos especiais, cirurgias de alto custo, abraçando-se sem restrições a tese do direito à saúde como um direito subjetivo público em favor de qualquer cidadão em face ao Estado. Segundo esta tese, qualquer cidadão pode promover uma ação individual visando obter qualquer medicamento especial ou cirurgia não fornecida, gratuitamente, pela Rede Pública de Saúde. No nível infraconstitucional, o SUS (sistema único de saúde) foi regulado pela Lei Federal 8.080 de setembro de 1990. O art. 2º, “caput”, desta lei, prevê que: **“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”**. A universalidade de acesso às ações e políticas do SUS está prevista no art. no art. 7º, I, da mesma lei.

Por outro lado, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado a sua implementação.

A idéia que fundamenta o consenso da jurisprudência atual consiste no princípio do resgate, segundo denominou Ronaldo Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade.** Martins Fontes. São Paulo: 2005, p. 434. Segundo o autor, o princípio do resgate está vinculado à obra de René Descartes, no sentido de que o filósofo francês afirmava, em seus escritos que a saúde e a vida humana seriam os bens supremos da sociedade.

A segunda vertente, deste princípio estaria fundamentada na percepção de que uma sociedade, na qual a partilha dos bens materiais é injusta e desproporcional, seria injusto exigir pagamento por parte dos mais pobres em relação aos serviços de saúde). Segundo o princípio do resgate, a saúde e a manutenção da vida humana são os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que seja as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

Seguindo esta linha de raciocínio da proteção dos direitos fundamentais, a partir da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o professor Ingo Sarlet (SARLET, Ingo. **“Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”.** Revista Diálogo Jurídico,

Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, 01/2002.), para o qual existe um direito subjetivo público universal em favor do cidadão. Andréas Krell (KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 58.) sustenta que a proteção a um mínimo social não pode ficar na dependência da aplicação da “reserva do possível”, ou seja, a proteção do direito à saúde não poderia depender dos orçamentos públicos.

Há, entretanto, nisto tudo, dois equívocos. Um que consiste em afirmar que o Poder Judiciário está tutelando o direito à saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Em verdade, o que se tem é uma discussão a respeito do direito a vida, que consiste em um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que a manutenção da vida humana demanda ações e políticas do Estado e também dos particulares, vez que direito inscrito no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A tutela da vida humana se dá por intermédio de ações na área da segurança pública, da educação, da moradia e, obviamente, da saúde. Desta maneira, compreende-se que os direitos sociais são instrumentais em relação aos direitos fundamentais individuais previstos no artigo 5º da Constituição. Não se trata de uma questão meramente terminológica, mas sim conduz à tarefa de identificar, de modo claro, a própria natureza jurídica dos direitos envolvidos.

Os direitos sociais, tais como o direito à saúde, educação, moradia e segurança pública, não são direitos individuais, mas sim coletivos. O Estado possui um dever objetivo de proteção destes

direitos, dever este cometido pelo Constituinte de 1988, o qual estabeleceu metas a serem atingidas.

O direito social à saúde é um direito coletivo, o qual será atendido por meio de políticas públicas, ou seja, por meio da ação concertada entre os três níveis da federação brasileira, União, Estados e municípios por meio do SUS.

Veja-se, assim que o direito à saúde não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico da cada cidadão brasileiro, mas sim é um dever objetivo do Estado o qual deve implementar políticas públicas para o setor, assegurando a todos os acesso universal e igualitário.

A interpretação equivocada que faz do direito social à saúde equivalente a um direito de natureza individual oponível em face do Estado e de particulares, acarretou ações rotineiras nos tribunais,

sendo o caso de ações coletivas e individuais que visam promover a saúde pública, como a hipótese de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal que visava garantir o medicamento Viagra ou a ação coletiva proposta pelo Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul, na qual perseguia a tutela jurisdicional para assegurar o direito à mudança de sexo.

Permitiu-se, com a devida vênia, esta digressão, para afirmar que a Constituição de 1988, na parte relativa aos direitos sociais estabeleceu : 1- os fins a serem atingidos pelo Poder Executivo; 2- os meios colocados à disposição do Poder Executivo; 3- as fontes de custeio das despesas geradas a partir da implementação das políticas públicas; 4- a sanção e responsabilização do chefe do Poder Executivo em caso de omissão quanto a estes deveres (crimes de

responsabilidade). A boa doutrina a concita a que seja adotada uma posição mais marcante em sede de políticas públicas, naquilo que nos Estados Unidos foi denominado de “ativismo judicial” (O ativismo judicial nos Estados Unidos surge a partir do caso *Brown versus Board of Education* de 1954, que determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Sobre o tema, a já clássica obra de ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press: 1995) Lenio Streck (in STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.) conclama a adoção de uma posição substancialista ante um constitucionalismo dirigente.

Por fim, há que se salientar que, a pretexto de proteger os direitos fundamentais, vários tribunais brasileiros têm determinado à União, Estados, Distrito Federal e municípios, a dispensarem medicamentos de alto custo a alguns portadores de determinadas

moléstias, rompendo com o princípio da isonomia entre os cidadãos brasileiros.

Anote-se, ainda que, embora os tribunais reconheçam a chamada “insindicabilidade do mérito do ato administrativo” (Sobre o tema, PIZZOLATTI, Rômulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Não publicada. Florianópolis, 2001), não se intimidam ao atuar em áreas afetas a critérios essencialmente técnicos do Poder Executivo e do Conselho Nacional de Saúde, quando se trata de determinar aquisição de medicamentos de alto custo e realização de cirurgias não previstas nas tabelas do SUS.

A prática corriqueira de conceder medidas satisfativas na área da saúde, tem obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente morrerão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a administração pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros. Enfim, o Poder Judiciário tem adotado, de uma maneira geral, uma postura ativista, sob o influxo de densificar princípios inscritos de forma abstrata na Constituição Federal de 1988. Deste modo, concretiza direitos sociais como o direito à saúde e o direito à educação, fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas desfavoráveis à administração pública, a qual está atrelada à Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano

anterior e, no caso do Distrito Federal, à lei Orçamentária local, aprovada pela Câmara Legislativa.

Esta forma de ver a questão – direito à saúde – cria dois problemas. Primeiro, a partir do princípio da separação dos poderes, na medida em que o judiciário complementa e substitui as tabelas técnicas produzidas pelo Conselho Nacional de Saúde e pelos técnicos do SUS (a partir do pedido na inicial esta conduta reflete a invasão de competência afeta ao Poder Executivo.). Segundo, o problema do déficit democrático, consistente na própria legalidade da medida. Novas despesas são geradas, as quais não foram previstas na Lei Orçamentária anual, de maneira que recursos da saúde, já previamente existentes, terão de ser realocados em favor desta nova despesa. Isto

implica em que se o Distrito Federal for instado judicialmente à aquisição de medicamento de alto custo, atingindo determinado número de pessoas doentes, outros tantos serão fatalmente prejudicados, com evidente quebra do princípio da isonomia entre os cidadãos (Sobre o tema ver SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.).

A chamada “justiça distributiva” por Aristóteles, aplicada de forma equivocada, data máxima vênia, acaba promovendo a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo aos menos afortunados má-sorte de não estarem judicialmente representados. Se os recursos são escassos e os medicamentos têm alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos que acabará por prejudicar os menos afortunados na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS.

1. HIPPOCRATES. *The medical works of Hippocrates; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann.* Springfield, Ill. Thomas, 1950. p. 90-111.
2. PARACELSUS. On miner's sickness and other miner's diseases. In: PARACELSUS. *Four treatises of Theophrastus von Hohenheim called PARACELSUS.* Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941. p. 43-126.
3. ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra.* São Paulo, Global Ed., 1986.
4. PASTEUR, L. *Etudes sur la bière.* Paris, Gauthier-Villars, 1876.

5. KOCH, R. *Die Aetiologie und die Bekämpfung der Tuberkulose*. Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912
6. DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Rev. bras. Saúde ocup.*, **14**(54) :7-11, 1986
7. REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo, Saraiva Ed., 1976
8. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes Ed., 1985.
9. TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. 2.^a ed. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia, 1977
10. Antonio Geraldo da Cunha. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa, 2^a ed. ver. 14^a reimp. São Paulo: Nova Fronteira, 2001, p. 635.
11. Curso de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 4^a edição, 1991, p. 90.
12. Direito Constitucional, Coimbra: Ed. Almedina, 6^a edição, p.173.
13. Curso de Direito Constitucional, 20^a edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p.154
14. Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, São Paulo: RT, 1989, p.11.
15. Curso de Direito Constitucional Tributário, 12^a edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p.30.
16. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3^a edição, São Paulo: Malheiros, 1999, p.41.
17. LIMA, George Marmelstein. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>>
18. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.
19. TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*, p. 198. in: Revista Direito Federal n. 67, Brasília: Ajupe, 2001, p. 189/218.

20. O Promotor de Justiça e Mestre em Direito Público pela UERJ Marcos Masseli Gouvêa critica o posicionamento extremista do Ministro Celso de Mello. De acordo com seu entendimento, “atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um ‘problema secundário’ ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo ‘previsto constitucionalmente’, correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira” (GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: <http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc>

21. VIOLA. Luís Armando. O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção Constitucional. Disponível em:

<www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>

22. KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm>

23. **Revista Consultor Jurídico**. Ed. 24/4/2003. [on-line] Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/26851_1>

24. GOUVÊA, Marcos Masseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível em: <http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc>

25. *Idem*.

26. KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm>

27. CALLEGARI, Desiré C. Medicina e Justiça. **Jornal do CREMESP**, São Paulo, nº 231, novembro/2006, Disponível em:

<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753>>

28. CALLEGARI, Desiré C. Medicina e Justiça. **Jornal do CREMESP**, São Paulo, nº 231, novembro/2006, Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753>

29. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

30. 23 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007. p. 757.

31. **EMENTA:** SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RELAÇÃO NACIONAL. GENÉRICO. LISTA DO GESTOR ESTADUAL DO SUS. INSUMOS PARA MANEJO TERAPÊUTICO (SONDAS VESICAIS E **FRALDAS** DESCARTÁVEIS). 1. O direito à saúde é exercido pelo acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado. Assim, a gestão dos recursos destinados à saúde deve levar em consideração o bem de todos os membros da

comunidade e não apenas o do indivíduo isoladamente. 2. Compete ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos excepcionais constantes da Portaria nº 2.577/06 do Ministério da Saúde e os especiais constantes da relação da Portaria nº 238, de 2006, da Secretaria Estadual da Saúde. Aos Municípios compete o fornecimento dos medicamentos essenciais constantes da Portaria 2.475/2006 do Ministério da Saúde (RENAME). Recurso provido em parte. Voto vencido. Reexame necessário não conhecido. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70018519421, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/03/2007)

32. **EMENTA:** DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS A NECESSITADO. LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO MUNICÍPIO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DO ESTADO. DESNECESSIDADE. O Município possuiu legitimidade passiva para a demanda visando ao fornecimento de medicamentos a necessitado, devendo responder integralmente pelos medicamentos pleiteados no processo. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receberem do ente público os medicamentos necessários, não havendo

necessidade de comprovação de risco de vida para o fornecimento dos medicamentos, demonstrada a urgência, que decorre da própria doença do autor. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. Precedentes do TJRGS e STJ. Cabe à parte escolher contra quem ajuizar a ação, tornando descabido o pedido de chamamento ao processo do Estado do Rio Grande do Sul. Precedentes do TJRS. **FORNECIMENTO DE FRALDAS. IMPOSSIBILIDADE.** Por não se tratar de medicamento capaz de evitar iminente perigo de vida, mas de um recurso facilitador utilizado nos cuidados higiênicos da autora, passível de substituição, não pode ser imposta aos entes públicos a obrigatoriedade de seu fornecimento, sob pena de comprometer verba pública a ser destinada a outra demanda excepcionalmente necessária. **DEFENSORIA PÚBLICA. MUNICÍPIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Em relação ao Município, sendo a Defensoria Pública um órgão do Estado do Rio Grande do Sul e a ação ajuizada contra o Município de São Gabriel, ausente a confusão entre credor e devedor. Precedente do TJRGS. **CONDENAÇÃO DO DENUNCIANTE EM CUSTAS E VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO.** Estabelecida a lide entre denunciante e denunciado, julgada improcedente a denúncia, deve o denunciante suportar as custas e honorários decorrentes da denúncia a que deu causa. Precedentes do TJRGS. **REEXAME NECESSÁRIO. NÃO-CONHECIMENTO. ARTIGO 475, PARÁGRAFOS 2º E 3.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COM A REDAÇÃO**

DADA PELA LEI N.º 10.352, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001. NORMA DE APLICAÇÃO IMEDIATA. A nova redação dos parágrafos 2.º e 3º do art. 475 do CPC, dada pela Lei n.º 10.352/01, norma processual de aplicação imediata, dispensa o reexame necessário de sentença proferida contra a Fazenda Pública, cuja condenação foi inferior a 60 (sessenta) salários mínimos e nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente. Precedentes jurisprudenciais do STJ e do TJRS. **PREQUESTIONAMENTO.** A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia posta na apelação. Apelação parcialmente provida, por maioria. Reexame necessário não conhecido. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70018528513, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 22/03/2007)

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, p. 58. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BRANDÃO, Carlos Gomes. *Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde*: Carlos Gomes Brandão – Cuiabá: 2006. 152p (monografia). Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9700>>.

CALLEGARI, Desiré C. *Medicina e Justiça*. Jornal do CREMESP, São Paulo, nº 231, novembro/2006, Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753>>

DALLARI, Dalmo. *Ética Sanitária*. Disponível em: <<http://www.saudepublica.bvs.br/itd/legis/curso/html/a09.htm>>

DANTAS, Humberto. *Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?* São Paulo: Paulus, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *A Ação Civil Pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. In MILARÉ, E. et alli. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOUVÊA, Marcos Masseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível em: <http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc>.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989.

KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm>

LIMA, George Marmelstein. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Interesses Difusos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARTINS, Leonardo Resende. *Operadores do Direito e Mudança Social*, p. 169. In: Revista Themis, n. 1, Fortaleza: Esmec, 2000, pp. 163/169. Disponível em: <www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V3-N1.pdf>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SOUZA, Gisele. *Jornal do Comercio*, Rio de Janeiro, out/2006.

Disponível em: <

http://www.cns.org.br/links/menup/noticiadosetor/clipping/2006/12/clipping_0112.htm>

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Internacional do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1987.

TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*, p. 198. in: *Revista Direito Federal* n. 67, Brasília: Ajufe, 2001.

VIOLA, Luís Armando. *O Direito Prestacional à Saúde e sua Proteção Constitucional*. Disponível em:

<www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>.