

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009
Brasília-DF



Direitos Sociais e Recursos Públicos



O delineamento das políticas públicas de saúde diante dos paradigmas fixados pela Constituição Federal de 1988

Monique Cheker*

Sumário: 1 Introdução e panorama. 2 Políticas públicas. 3 Saúde e direitos fundamentais: relação entre as normas constitucionais. 4 Legitimidade do Poder Judiciário para fazer com que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar políticas públicas diante de situações violadoras dos direitos fundamentais. 5 A repetida omissão estatal. O caso dos centros especializados no tratamento de câncer. 6 Os custos da saúde. A “reserva do possível” ante a dignidade da pessoa humana – limite à restrição dos direitos fundamentais. 7 Conclusão.

1 Introdução e panorama

Nada pode ser escrito sobre direito da saúde sem a íntima compreensão de que a Constituição Federal de 1988¹ trouxe paradigmas específicos para o tema e, assim, toda a matéria infraconstitucional deverá passar por esse filtro constitucional.²

* Monique Cheker é Procuradora da República em Cascavel-PR.

¹ Lembra Schier (1999, p. 104) que: “Dessa idéia de preeminência normativa da Constituição, em um segundo momento projetada para o Direito Constitucional enquanto realidade sistemática, pode-se pensar a categoria da Filtragem Constitucional”.

² Sobre o tema *direito à saúde de acordo com a Constituição Federal*, no qual é feita uma abordagem da assistência à saúde na antiguidade – Grécia, Roma – na época medieval – 600/1500 d.C. – Renascentismo – 1500/1750 – Iluminismo – 1750/1830, na Revolução Industrial, no período das Grandes Guerras, na Constituição imperial, de 1824, e nas demais, de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 –, tomou-se por base a obra de Raefray (2005).

Até a Carta Magna de 1988, o sistema de saúde possuía caráter contributivo, o que gerava uma “divisão da população brasileira em dois grandes grupos (além da pequena parcela da população que podia pagar os serviços de saúde por sua própria conta): previdenciários e não-previdenciários”³. Na CF/1967, após a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de

³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2003, p.14. Disponível em: <<http://www.conass.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009. Neste documento, destaca-se que: “Essa divisão, profundamente injusta do ponto de vista social, separava a população brasileira em cidadãos de 1ª e de 2ª classe. Os de 1ª classe, representados pelos contribuintes da previdência, tinham, mesmo com as dificuldades inerentes ao sistema de então, um acesso mais amplo à assistência à saúde dispondo de uma rede de serviços e prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares providos pela previdência social por meio do INAMPS. Os de 2ª classe, representados pelo restante da população brasileira, os não-previdenciários, tinham um acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais” (*Ibidem*, p. 14). Ainda, segundo Raefray (2005, p. 208-209 e 232): “Diante de tal quadro, a maior parcela dos gastos do setor saúde era alocada para o setor privado e a Previdência Social, maior financiadora da medicina curativa, dispndia mais de 80% de seus recursos em convênios com hospitais de fins lucrativos. Essa política impossibilitava a adequada distribuição dos serviços de saúde, beneficiando, ao contrário, as multinacionais responsáveis pelos medicamentos e equipamentos, os donos das casas de saúde e os médicos não assalariados – remunerados pelos serviços prestados. [...] Além da insuficiência (apesar de seu vulto) para o atendimento satisfatório da população, os recursos canalizados para o setor de assistência médica da previdência social não se originam da tributação geral, isto é, não provêm do orçamento da União. A assistência médica da previdência social é custeada – todos o sabem – por contribuições dos segurados e das empresas, destinadas, como previsto na Constituição, à cobertura dessa e das demais prestações previdenciárias”. A segunda parte da citação foi feita em referência à Nascimento (1977). São, ainda, elucidativas as palavras de Carvalho e Santos (2006, p. 33-34): “Aqueles que tinham uma força de trabalho deveriam ter garantida uma assistência ambulatorial e hospitalar, mediante contribuição direta para o seguro social público; os demais – trabalhadores informais e não-trabalhadores, crianças, deficientes, idosos etc. –, se não pudessem arcar com os custos das despesas em hospitais privados, ficavam ao desamparo público, cabendo-lhes a assistência humanitária das santas casas”.

1969, a questão da assistência à saúde foi tratada nos art. 8º, XVII, c, § 2º e 165, IX, XV, XVI e § 1º⁴.

A Constituição Federal de 1988, além de delinear as esferas da Saúde, Previdência e Assistência Social, em um ramo global da Seguridade Social, firmou em seção própria, no art. 196, 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 sua promoção, proteção e recuperação.

Principalmente em virtude dessa importância constitucional, de todo um feixe de normas próprias, que forma um *regime verdadeiramente diferenciado*, pode-se firmar a existência de um *direito sanitário* como ramo e com importância peculiar⁵. Sem

⁴ “Art. 8º Compete à União: [...] XVII – legislar sobre: [...] c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; [...] Parágrafo único. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal. [...] Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] IX – higiene e segurança no trabalho; [...] XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; [...] XVI – previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado; [...] Parágrafo único. Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.”

⁵ Conforme bem destacado pela doutrina, o direito sanitário é possuidor de conceitos e especificidades próprias. Assim, “é o Direito Sanitário que definirá, através de seu conjunto normativo, quais as medidas necessárias para a contenção de uma determinada epidemia, ou quais os medicamentos que devem ser disponibilizados em determinados hospitais, ou ainda qual o estatuto jurídico do embrião produzido *in vitro*” (ATH, 2007, p. 89). Há quem faça a distinção entre direito sanitário e direito da saúde, cujo objeto é mais amplo e complexo. “Nesse sentido, o direito da saúde é uma interseção entre o direito positivo e a saúde, entendida esta como todos os aspectos concernentes à vida, bem-estar físico e mental do indivíduo e da sociedade, serviços públicos e privados relativos à saúde, controle de doenças, de epidemias, e as relações jurídicas não apenas

dúvida, tal ramo irá tangenciar outras searas, como, *v.g.*, o próprio direito do consumidor, sem perder, porém, suas características próprias as quais, inclusive, influenciarão aquelas.

O art. 196 da CRFB/1988 direcionou a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 – LOS –, que, em seu art. 2º, § 1º, esclareceu que o chamado *dever do Estado* significa a formulação de execução de políticas econômicas e sociais que objetivem os fins supramencionados.

Dessa forma, note-se, o Estado tem o dever constitucional de formular as referidas “políticas econômicas e sociais”, o que demanda uma série de articulações nas esferas de competência e atribuição de cada ente federativo. Nessa linha, o art. 15 da LOS fixa as atribuições comuns, e os arts. 16, 17 e 18, respectivamente, as competências da União, estados e municípios⁶.

Importante, também, a definição da política de financiamento do Sistema Único de Saúde, a qual sofreu influxos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2002, ao acrescentar o § 2º ao art. 198 da CRFB/1988, o qual dispôs sobre as bases de financiamento nas ações e serviços de saúde.

entre cidadão e Estado, mas também dos indivíduos entre si [...] O direito sanitário tem objeto mais restrito. Sua função, enquanto segmento do ordenamento jurídico, é um controle via exercício do poder de polícia de todas as atividades públicas e privadas que tenham qualquer potencial repercussão na Saúde Pública” (CARVALHO, 2004, p. 12).

⁶ No âmbito municipal, as políticas são aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS); no âmbito estadual, são negociadas e pactuadas pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB) (composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde) e deliberadas pelo Conselho Estadual de Saúde (CES) (composto por vários segmentos da sociedade: gestores, usuários, profissionais, entidades de classe etc.); e, por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) (composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde). Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

Por sua vez, as denominadas *políticas de saúde*, no âmbito das intervenções na área da saúde, dizem respeito às diversas formas de fornecimento das mais variadas prestações médicas ou curativas por parte do Sistema Único de Saúde (SUS). Podem ser citadas, a título exemplificativo, as que demandam maior atenção do Poder Judiciário, quais sejam: o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior, entre outras⁷.

Igualmente, tais políticas podem ser analisadas sob seis aspectos: pelo prisma da *segurança* de determinado produto; da *eficácia* – efeito global que pode ser alcançado de uma intervenção aplicada em condições ideais; da *efetividade* – demonstração do real efeito da intervenção quando utilizada nas circunstâncias usuais, na prática do dia a dia; da *eficiência* – considerando não apenas a efetividade de cada intervenção, mas também os recursos necessários para que ela seja implementada; da *disponibilidade* para as pessoas que necessitam e, por fim, a *distribuição* das tecnologias e prestação de serviços, que deve considerar quem ganha e quem perde na escolha de uma intervenção ao invés de outra⁸.

Pelo pouco que foi exposto até o presente momento, nota-se a pertinência de abordar o tema relativo à saúde com o de *políticas públicas*, principalmente numa época em que muito se dis-

⁷ Discriminação dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no despacho de 5 de março de 2009, que convocou a Audiência Pública na área da Saúde, realizada entre os dias 27 de abril até 8 de maio de 2009.

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. Avaliação econômica em saúde: desafios para gestão no Sistema Único de Saúde/Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

cute acerca das possibilidades e limites de intervenção do Poder Judiciário nas escolhas políticas dos órgãos públicos, tema, afinal, que será examinado no presente trabalho.

Far-se-á menção, também, aos custos da saúde, até porque as intervenções judiciais nessa área – entre as quais se cita como exemplo o fornecimento de medicamentos excepcionais – afetam o seu próprio financiamento⁹.

Por fim, em conjugação com os ditames estabelecidos pelo art. 196 da CRFB/1988, isto é, do “acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, abordar-se-á o tema da dignidade da pessoa humana, fundamento da própria República Federativa do Brasil.

2 Políticas públicas

A par das revoluções de base que a Constituição Federal de 1988 trouxe na área da saúde e que irão ser comentadas, sustenta-se que o próprio conceito contemporâneo de *políticas públicas* não pode ser o mesmo do desenvolvido até a Segunda Guerra Mundial, momento no qual os modelos de democracia, com poucas exceções,

voltavam-se à obtenção de consensos apenas formais – eleitorais e representativos –, enquanto os modelos desenvolvidos a partir de então prestigiam a obtenção de consensos substantivos – procedimentais e participativos (MOREIRA NETO, 2008, p. 54)¹⁰.

⁹ “Levantamento do Ministério [da Saúde] mostrou que, de janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Em três anos o aumento chegou a 1.920%. Além dos gastos diretos, grande parte dos recursos despendidos com ações judiciais pelos estados é oriunda de repasses do ministério para os mesmos”. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

¹⁰ O mesmo autor, ainda, salienta que o “desperdício, malversação, corrupção, ineficiência e omissão do Estado-administrador são mazelas da Administração para as quais

Em termos formais, a expressão *políticas públicas* pode ser entendida por “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas¹¹ para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹².

Quanto às escolhas das políticas públicas pelo administrador, dois aspectos devem ser relevados: primeiro, há áreas sensíveis eleitas pela Constituição Federal que diminuem a margem de discricionariedade do administrador¹³. Tais áreas não são necessariamente delimitadas pelo tema (relevante ou não), mas, sim, por uma mera opção constitucional. Assim, a saúde, no caso da CRFB/1988, foi eleita como dever obrigatório do Estado, mas poderia não o ser ou

os controles juspolíticos tradicionais da democracia representativa se mostram cada vez mais insuficientes” (p. 60). E, segundo sustenta Paulo Bonavides (2003), dentro da chamada democracia participativa, a voz suprema e os olhos atentos do povo soberano devem estar presentes em todas as questões vitais da ação governativa.

¹¹ Conforme bem dispõe o art. 1º da Lei n. 8.080/1990, a normatização estatal regula as ações e serviços de saúde também praticados por pessoas naturais e jurídicas de direito privado. Tal aspecto é enfatizado por Carvalho e Santos (2006, p. 20-21): “O princípio constitucional de que a ‘assistência à saúde é livre à iniciativa privada’ não tem o condão de retirar dos poderes públicos imanente na área da saúde. Qualquer banco, fábrica ou escola precisa cumprir não só as exigências legais para obter autorização de instalação e funcionamento como manter-se em conformidade com as normas existentes no desempenho de suas atividades. E o setor de saúde não pode ficar imune a essa normatividade, ou livre dela, ainda mais em se tratando de uma área considerada de ‘relevância pública’ pela Constituição”.

¹² O referido conceito é de Maria Paula Dallari Bucci e foi citado por Ana Paula de Barcellos no texto *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o conceito político-social e o controle jurídico no espaço democrático* (SOUZA NETO e SARMENTO, 2007, p. 600).

¹³ Mesmo que se entenda como atividade discricionária, no dizeres de Mello (2006, p. 32-33), o administrador deve tomar a melhor opção: “Mas, caberia perguntar: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade? [...] a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*”.

ser em menor grau. Exemplo disso é a educação básica, a qual o constituinte optou por elegê-la como obrigatória e gratuita.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009)¹⁴.

A partir disso, conclui-se que *colocar todos os direitos ou temas em um mesmo nível, sem análise das valorações do constituinte originário, é absolutamente equivocado*.

Referente ao segundo aspecto, as políticas públicas devem guardar consonância com essas valorações (campo do dever ser). Aqui, a opção é apenas a de como fazer. A avaliação de uma escolha boa ou ruim, por parte do administrador, sem dúvida, será matéria de prova. O máximo que se pode dizer é que há uma mera presunção relativa de eficiência do administrador, a qual, entretanto, poderá sucumbir diante dos fatos postos (campo do ser).

3 Saúde e direitos fundamentais: relação entre as normas constitucionais

Conforme já exposto na introdução do presente trabalho, a saúde recebeu na CRFB/1988 ampla proteção que se inicia logo no art. 1º ao eleger, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, seguido do art. 3º, ao apontar que constitui objetivo da República a promoção do bem

¹⁴ O art. 6º da EC n. 59, de 11 de novembro de 2009, DOU 12 nov. 2009, dispõe que: “O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União”.

de todos. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida e, já no dispositivo seguinte (art. 6º) o direito à saúde é qualificado como direito social.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, foi chamado a se manifestar sobre o direito à saúde, como, por exemplo, no tema de concessão de medicamentos, tendo entendido tratar-se de direito fundamental que assiste a todas as pessoas, sendo consequência constitucional indissociável do direito à vida. A saber:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANOIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. *O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível* assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se *como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida*. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem

por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. – O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes” [destacou-se]¹⁵.

Por outro lado, o acesso em si aos medicamentos é parte significativa do exercício do direito à saúde, que, por sua vez, é corolário do direito à vida, conclusão lógica encontrada no texto constitucional.

Deve-se frisar que esse acesso não é a qualquer medicamento, a qualquer tratamento, mas “[a]o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”¹⁶.

¹⁵ STF, RE-AgR n. 393.175/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.12.2006, *DJ* de 2 fev. 2007, p. 00140. Ement. Vol.-02262-08, p. 01524.

¹⁶ STJ, RMS n. 20.335/PR, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.4.2007, *DJ* de 7 maio 2007, p. 276, LEXSTJ vol. 214, p. 64. Precedentes: RMS n. 17.449/MG, *DJ* 13

Ora, nos termos do § 1º do art. 5º da CRFB/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A respeito da interpretação que pode ser retirada do mencionado dispositivo, cabe citar Mello (p. 255):

[...] Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

[...]

A existência dos chamados conceitos vagos, fluídos, ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluído que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável¹⁷.

Igualmente, merecem transcrição os ensinamentos de Silva (1998, p. 150), específicos sobre a efetividade do direito à saúde:

[...] não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral) nem o direito à saúde (artigo 196) nem o direito à educação (artigo 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.

O fato é que o art. 196 da CRFB/1988 não é norma programática. Nele, tanto o direito individual quanto o coletivo são assegurados, considerando que o primeiro possui a natureza jurídica de direito público subjetivo.

fev. 2006; RMS n. 17.425/MG, DJ 22 nov. 2004; RMS n. 13.452/MG, DJ 7 out. 2002.

¹⁷ In: *Revista de Direito Público*, p. 57-58.

A referida posição foi exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das Suspensões de Tutela (STA) n. 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança (SS) n. 2.361, 2.944, 3.345, 3.355 e 3.724; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Sobre o assunto, vale a pena transcrever a seguinte passagem:

Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição¹⁸.

Ad argumentandum, mesmo que se classifique o art. 196 da CRFB/1988 como uma simples norma programática, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que isso não pode significar a omissão do dever constitucional nela insculpidos, *in verbis*:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da

¹⁸ STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.

organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹⁹

A título de curiosidade – até porque é inegável que o direito à saúde está enquadrado no rol dos direitos fundamentais e, com isso, possui aplicabilidade direta e imediata²⁰ –, no que diz respeito à abrangência do referido dispositivo, Sarlet (2006) afirma que:

¹⁹ STF, RE-AgR n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000, *DJ* de 24 nov. 2000, p. 00101, Ement Vol. 02013-07, p. 01409.

²⁰ “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/1988). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais” – STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Ministro Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.

Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º.

Importante destacar que o direito à saúde está ligado intimamente à dignidade da pessoa humana, sendo este

valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais (SARLET, 2007, p. 45).

E, por sua vez, *a dignidade da pessoa humana é, reconhecidamente, um limite à restrição dos direitos fundamentais*. Sobre o tema, faz-se mister ressaltar os ensinamentos de Sarlet (2007):

Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legitimamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa

humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial.

Contudo, a forma de tutela do direito à saúde e seus limites estão sujeitos a diversos fatores. Abordar-se-ão, a seguir, apenas dois: legitimidade do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas e os custos da saúde.

4 Legitimidade do Poder Judiciário para fazer com que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar políticas públicas diante de situações violadoras dos direitos fundamentais

Um forte argumento contra a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas diz respeito à falta de legitimidade democrática, ou seja, o magistrado não possuiria autorização popular para assim agir.

Contudo, tal pensar, *data venia*, peca por sustentar um pensamento abolicionista, no sentido de tentar afastar completamente a atividade jurisdicional da regulação política e social, até porque, pela expressão do argumento, a legitimidade existe ou não. Ora, o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/1988 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, o magistrado, posto no cargo de acordo com os ditames da Constituição Federal, atuará dentro de seara reservada para ele por essa mesma Carta Maior, de forma que a equação ficaria delineada da seguinte forma: não cabe àquele Poder fazer ingerências políticas, salvo nos casos de lesão ou

ameaça a direito. E essa atuação será *fundamentada*, pautada na lei e na Carta Magna, *que possui legitimidade democrática*.

A propósito, é pertinente transcrever doutrina sobre o tema:

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizado agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, não deve ser entendido como a substituição do político e do administrador pelo *juiz*, mas, precisamente, no reconhecimento de que cabe a este zelar pelo *Direito* e não apenas pela *lei*, como se preferiu enfática e exemplarmente declarar na Constituição espanhola em seu art. 103.1: a *submissão da Administração à Lei e ao Direito*. (MOREIRA NETO, 2008)

Deve-se frisar, ademais, que o Poder Judiciário só poderá intervir caso reste comprovada ação e/ou omissão estatal lesivas em áreas eleitas pelo legislador ou constituinte, até porque, caso contrário, nem haveria que falar em *direito* ou *dever*.

Por fim, a título de informação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, fez-se a seguinte distinção: (1) quando o Poder Judiciário cria política pública; (2) quando o Poder Judiciário apenas determina “o efeito cumprimento de políticas públicas já existentes”²¹.

A segunda hipótese seria de mais fácil solução e ocorreria, por exemplo, quando aquele órgão determinasse o fornecimento de medicamentos presentes na lista do Sistema Único de Saúde. O caso difícil ficaria por conta da primeira hipótese e, ao final e em síntese, o referido Ministro concluiu:

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de

²¹ STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1^o abr. 2010.

recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada²².

Ora, na linha do que se sustenta, comprovada a omissão administrativa em não rever os protocolos clínicos ou outra que afete diretamente o fornecimento dos medicamentos, o ente público deverá sofrer intervenção judicial e realizar a prestação de forma compulsória.

5 A repetida omissão estatal. O caso dos centros especializados no tratamento de câncer

Com base na ideia exposta, qual seja, de que há de se comprovar ação ou omissão estatal apta a reverter a presunção relativa de uma atuação eficaz no âmbito das políticas públicas – campo reservado primariamente ao administrador –, cita-se o exemplo do tratamento oncológico custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

No caso dos medicamentos oncológicos, a exemplo do que ocorre nos medicamentos excepcionais, não existem listas oficiais nem o fornecimento daqueles se dá por meio de programas. O SUS não distribui nem fornece medicamentos antineoplásicos diretamente ao paciente. Estes devem estar matriculados em hospitais devidamente credenciados e habilitados em oncologia, a integrar a alta complexidade na Rede de Atenção Oncológica²³.

²² STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1^o abr. 2010.

²³ “Segundo os princípios e diretrizes de regionalização, descentralização e hierarquização do SUS, destaca-se que a Rede de Atenção Oncológica é organizada e controlada pelas Secretarias Estaduais de Saúde. A Portaria SAS/MS n. 741, de 19 de dezembro de 2005 (disponível em: <www.saude.gov.br/SAS>), atualiza as normas de credenciamento e habilitação na alta complexidade em oncologia e define os cri-

Ademais, a tabela que pauta o procedimento do SUS não está baseada em medicamentos, mas em situações tumorais específicas que orientam a codificação desses procedimentos.

Tal opção, registre-se, advém principalmente da complexidade dos tratamentos relativos ao câncer, os quais devem ser adequados a cada caso específico e reavaliados de acordo com a resposta dada, pelo paciente, a cada medicamento. A avaliação, por óbvio, somente pode ser feita pelo hospital que está em contato com o enfermo.

Feita a opção de tratamento, haverá ressarcimento pelo SUS, por meio do gestor estadual, ao respectivo hospital. Isso é feito, no caso cirúrgico e iodoterápico, via Autorização de Internação Hospitalar (AIH), do Sistema de Informações Hospitalares e, no caso do radioterápico e quimioterápico, via Autorização para Procedimentos de Alta Complexidade (APAC).

Dessa forma, sempre quando um determinado paciente, posto em tratamento nos chamados Centros Especializados em Oncologia, necessita ser submetido a um esquema terapêutico não abrangido pelo SUS, as respectivas Secretarias de Estado, em síntese, apontam que *a legislação vigente preconiza que a responsabilidade do fornecimento do medicamento supra é dos serviços de oncologia de cada hospital, nos termos da Portaria SAS/MS n. 741, de 19 de dezembro de 2005*²⁴.

térios de classificação dos hospitais como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) e Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON)” – Nota Técnica n. 1.206, Coordenação-Geral da Média e Alta Complexidade, Ministério da Saúde.

²⁴ “Caso o estabelecimento – Centros de Referências – faça a opção por tratamento fora do protocolo, é de sua inteira responsabilidade fornecê-los” – Despacho proferido pela Secretaria de Saúde do Estado do Paraná (SESA), que indeferiu medicamento de câncer solicitado pelo paciente – Procedimento Administrativo n. 1.25.002.000244/2010-28, Procuradoria da República do Município de Cascavel/PR. Os diversos despachos proferidos possuem o mesmo conteúdo, apesar de serem escritos de formas diferentes.

O fato é que o ente estatal, em sua argumentação, sustenta que o hospital de câncer, no momento em que adquiriu o *status* de um Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia²⁵ (CACON), assumiu, também, o ônus de arcar com os adequados esquemas terapêuticos em cada caso específico, com lucro em alguns e prejuízo em outros.

Entretanto, dois pontos devem ser destacados: primeiro, muitas vezes não há discordância entre o Sistema Único de Saúde e o hospital especializado em relação a qual medicamento adotar. Um exemplo marcante é a utilização do *Mabthera* para tratamento de Linfoma Não Hodgkin que não era abarcado pelos esquemas oficiais, mas de eficácia comprovada²⁶. A controvérsia diz respeito à responsabilidade de custos; segundo, independentemente disso e a par do dever constitucional do fornecimento de medicamentos, os centros especializados são qualificados para atuarem no tratamento de câncer e devem ser fiscalizados pelo Estado. Fora

²⁵ “A Secretaria de Estado da Saúde é o ente responsável pela inclusão de estabelecimentos de saúde na Rede de Atenção Oncológica. Lembra-se que, após a escolha dos estabelecimentos, conforme as normas e respeitados os parâmetros da Portaria SAS/MS n. 741/05, a Rede de Atenção Oncológica deve ser pactuada na respectiva Comissão Intergestores Bipartite (CIB), ou seja, as secretarias de saúde credenciam os estabelecimentos e o Ministério da Saúde os habilita em portaria ministerial específica” – Nota Técnica n. 1.206, Coordenação-Geral da Média e Alta Complexidade, Ministério da Saúde.

²⁶ Em 28 de março de 2007, foi protocolada, sob o número 25.000.048405/2007.34, demanda na antiga Comissão de Incorporação de Novas Tecnologias (CITEC) para a possível incorporação do medicamento Rituximabe (Mabthera) para tratamento de Linfoma Não Hodgkin. Em 24 de julho de 2007, a dra. Maria Inez Pordeus Gadelha proferiu o seguinte despacho: “a solicitação em pauta é pertinente e admissível para avaliação pela CITEC, além de urgente”. *A urgência, aparentemente, não era considerada e o procedimento – pelo menos documentalmente –, após isso, ficou estagnado.* Como notoriamente se veiculou na *Revista VEJA* de 6 de maio de 2009, a então candidata ao cargo de Presidente da República, Dilma Houssef, realizou um tratamento com o medicamento *Mabthera*. Já em agosto de 2010, foram publicadas as Portarias SAS/MS – n. 420 e 720 – que instituíram os valores mensais para a inclusão do tratamento de quimioterapia de Linfoma Difuso de Grandes Células B com o Rituximabe.

as omissões na revisão dos protocolos clínicos, aqui reside outra omissão que destaco a seguir.

Se há sempre uma argumentação estatal no sentido de que o centro especializado desprezita o seu dever de arcar com os adequados esquemas terapêuticos, dever-se-ia instituir, no mínimo, uma fiscalização em torno daqueles e, como corolário, os descendiamentos dos centros que não suprem o seu dever de assistência. Ademais, se o Estado arca com algo que entende indevido – ao financiar tratamentos de câncer fora dos protocolos sem se achar responsável –, outro caminho seria a utilização de ações de ressarcimento²⁷.

Veja-se que, por enquanto, não é o objetivo fixar opinião acerca de quem deveria ser responsabilizado. O que se quer deixar claro é que, por conta da discordância e desse jogo de “empurra-empurra” entre o Sistema Único de Saúde e o hospital, no que tange à responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos de alto custo para os pacientes de câncer, estes são os verdadeiramente prejudicados.

Acerca da matéria, merecem transcrição os ensinamentos de Pereira (2006, p. 468-469) a respeito da teoria dos deveres de pro-

²⁷ “O Pacto pela Saúde, publicado por meio da Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, redefine as responsabilidades de cada gestor, fortalecendo a descentralização de atribuições do Ministério da Saúde para os estados e para os municípios e estabelece que os gestores, além de fiscalizar os recursos, devem monitorar e fiscalizar os contratos e convênios com os prestadores de serviços contratados e conveniados, monitorar e fiscalizar a execução dos procedimentos realizados em cada estabelecimento por meio das ações de controle e avaliação; definir a programação físico-financeira por estabelecimento de saúde; observar as normas vigentes de solicitação e autorização dos procedimentos hospitalares e ambulatoriais; processar a produção dos estabelecimentos de saúde; realizar o pagamento aos prestadores de serviços; implementar auditoria sobre toda a produção de serviços sob sua gestão, tomando como referência as ações previstas no plano estadual/municipal de saúde, em articulação com as ações de controle, avaliação e regulação assistencial” – Ofício GS n. 1.439 – Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção à Saúde.

teção do Estado, formada na compreensão da relação entre este e os particulares:

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos [destacou-se].

Assim, presente o binômio *dever* – inalienável e impostergável²⁸ – e *omissão*, resta configurada a responsabilidade estatal no fornecimento de medicamentos.

6 Os custos da saúde. A “reserva do possível” ante a dignidade da pessoa humana – limite à restrição dos direitos fundamentais

Um argumento mais convincente de limitação à responsabilidade estatal é a reserva do possível, de forma que a implementação de políticas públicas na área de saúde demanda alocação de recursos e o ente estatal não poderia satisfazer a todas as necessidades. Em suma:

[...] em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e

28 Expressão utilizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR n. 271.286/RS, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.9.2000, DJ 24 nov. 2000, p. 00101, Ement. Vol.-02013-07 p. 01409.

não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.²⁹

No entanto, o mínimo existencial, do qual o direito à saúde faz parte, não pode ser vilipendiado pela dita “reserva do possível”, como bem salientado por Torres (2008, p. 81-82), literalmente:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais.

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discriminabilidade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias etc.) [destacou-se].

Sem dúvida, não se ignoram as recomendações no sentido de que os medicamentos, tendo em vista a limitação orçamentária estatal:

devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas *preferências arbitrárias ou injustificadas* por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no País. (LIMA, 2008) [destacou-se].

Contudo, paralelamente presentes as ações ou omissões estatais danosas aos direitos fundamentais, ninguém pode se valer da própria torpeza e deixar de prestar a assistência fixada na própria Constituição Federal por motivos financeiros, sem antes apresentar contraprovas várias da eficaz gestão pública. Entretanto, na prática, o ente estatal, sob a alegação abstrata de *não substituição do administrador pelo Poder Judiciário*, pratica atos irregulares ou per-

²⁹ STF, STA n. 175, rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. em 17.3.2010, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º abr. 2010.

manece omissa em seus deveres – conforme os exemplos mencionados acima – e tenta criar um escudo insustentável. E, no atual desenvolvimento do direito constitucional e dos direitos humanos, tentativas como essas não devem prosperar.

7 Conclusão

No que se pode chamar de paradigmas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cite-se o art. 196 ao dispor que:

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 sua promoção, proteção e recuperação.

Igualmente, o art. 1º, ao eleger como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, seguido do art. 3º, que institui como objetivo da República a promoção do bem de todos. Por sua vez, o art. 5º, relativo aos direitos e garantias fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida e, já no dispositivo seguinte – art. 6º –, o direito à saúde é qualificado como direito social.

A partir disso, pode-se traçar uma boa relação entre direitos fundamentais e saúde pública. A delimitação do tema em sede constitucional, sem dúvida, limita o campo de atuação (ou melhor: de não atuação) do administrador, pois ações e omissões indevidas que causem lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo público, como é o caso da saúde, deverão ser prontamente repelidas.

Entre os diversos exemplos possíveis, citou-se o caso da *não revisão periódica das listas de medicamentos* e a *omissão estatal na fiscalização da atuação dos centros especializados no tratamento de câncer*.

Brevemente, sustentou-se que, presente o binômio acima referido, qual seja, ação ou omissão irregulares e danosas, a reserva do possível, sob pena de se violar o princípio comezinho de que ninguém pode se valer da própria torpeza, não poderá ser óbice à efetivação dos direitos fundamentais.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o conceito político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARRETO, Vicente Paulo de. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. *Avaliação econômica em saúde: desafios para gestão no Sistema Único de Saúde/Ministério*

da Saúde, Secretaria Executiva, Área de Economia da Saúde e Desenvolvimento. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

CARVALHO, Cristiano; MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito sanitário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. *SUS – Sistema Único de Saúde*. Campinas, SP: UNICAMP, 2006.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito Público*, 57-58.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, L. G. e Silva. A medicina previdenciária e a nova instituição de assistência médica. Brasília: Discurso na VI Conferência Nacional de Saúde, 1977.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

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

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.