



A INEFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

THE INEFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL

Recebido em:	16/10/2016
Aprovado em:	18/12/2016

Miguel Belinati Piccirillo¹

Raíssa Dias Zaia²

RESUMO

O presente estudo, utilizando a pesquisa teórica, realizada por meio de levantamento bibliográfico em livros e artigos científicos, bem como levantamento documental em leis e jurisprudências, coletados em bibliotecas, internet e por meio de aquisição de obras especializadas, buscou analisar o direito fundamental à saúde, garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a sua inefetividade na realidade brasileira atual. Como a todo direito fundamental, a Constituição da República atribui aplicação e eficácia imediatas ao direito à saúde, bem ainda, regula como se dará a efetivação de serviços e ações relativas à saúde, assim como o Sistema Único de Saúde, que visa garantir a todos, de maneira universal, o acesso à saúde. No entanto, ainda que consagrado e assegurado na Constituição da República, o direito à saúde não tem efetividade no Brasil. A quantidade de demandas judiciais pleiteando o acesso a serviços e ações de saúde, como o fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru; Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Londrina; Graduado pela Universidade Norte do Paraná. Professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Londrina; Professor na Universidade Estadual de Londrina; Endereço eletrônico: <miguel.professor@yahoo.com>.

² Estudante de Direito na Universidade Estadual de Londrina; Endereço eletrônico: <raissazaia@hotmail.com>.



tratamentos, entre outros, indica que grande parte da população brasileira não tem acesso ao direito à saúde. Ademais, dados oficiais indicam que os recursos públicos gastos com saúde não são suficientes para atender a necessidade sanitária brasileira. Somado a isso, o fato de que tais recursos não tem seus valores aumentados há mais de uma década, demonstra o descaso da Administração com a saúde. Ao final do trabalho, a judicialização do direito à saúde, por meio da provocação e da atuação do Poder Judiciário, a partir do seu reconhecimento como um direito público subjetivo, demonstrou ser uma forma de efetivação do direito à saúde acessível à toda a população.

Palavras-chave: Direito fundamental; saúde; inefetividade; judicialização.

ABSTRACT

The present study, using theoretical research, carried out by means of a bibliographical survey in books and scientific articles, as well as a documentary survey in laws and jurisprudence, collected in libraries, internet and through the acquisition of specialized works, sought to analyze the fundamental right to Health, guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, as well as its ineffectiveness in the current Brazilian reality. As with any fundamental right, the Constitution of the Republic assigns immediate application and effectiveness to the right to health, as well as regulates how health services and actions will be implemented, as well as the Unified Health System, which aims to guarantee all, In a universal way, access to health. However, although consecrated and assured in the Constitution of the Republic, the right to health is not effective in Brazil. The number of lawsuits seeking access to health services and actions, such as the supply of medicines, surgery and treatment, among others, indicates that a large part of the Brazilian population does not have access to the right to health. In addition, official data indicate that public resources spent on health are not enough to meet the Brazilian sanitary need. In addition, the fact that such resources have not increased in value



for more than a decade demonstrates the Administration's disregard for health. At the end of the work, the judicialization of the right to health, through the provocation and the action of the Judiciary, from its recognition as a subjective public right, has proved to be a form of realization of the right to health accessible to the entire population.

Key-words: Fundamental right; cheers; ineffectiveness; judicialization.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar e analisar o direito fundamental à saúde, que é dever do Estado, garantido a todos nos artigos 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem ainda a sua inefetividade na realidade brasileira atual.

A finalidade do estudo é investigar os motivos pelos quais, embora o direito à saúde tenha sido, pela Constituição da República, elevado a direito fundamental, de aplicação imediata e eficácia plena, grande parte da população brasileira atualmente não tem acesso a saúde, além de tentar traçar alternativas para a sua efetivação. Mesmo com o estabelecimento de normas constitucionais acerca da saúde nos artigos 196 a 200 da Constituição da República, bem como com a instituição do Sistema Único de Saúde, integrado por redes regionalizadas e hierarquizadas de ações e serviços de saúde, os entes da Federação não tem cumprido satisfatoriamente seu papel no tocante à garantia do acesso a saúde da população.

Tal fato é facilmente observado no dia a dia brasileiro, basta atentar-se à situação dos hospitais públicos e das unidades básicas de saúde, locais que estão sempre lotados de pessoas que frequentemente não recebem o atendimento médico adequado ao seu problema e, muitas vezes, sequer são atendidas, por conta da limitada quantidade de vagas dos serviços de saúde. Não obstante a lastimável realidade da saúde pública brasileira, dados oficiais demonstram que os recursos públicos aplicados em serviços voltados à saúde, seja na esfera municipal, estadual ou federal, não são suficientes para sanar a



necessidade de toda a população, além de indicarem que a porcentagem dos gastos públicos com saúde é quase a mesma há mais de uma década.

A grande quantidade de demandas judiciais movidas em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a fim de efetivar a saúde, nas quais requer-se a realização de cirurgias, tratamentos, fornecimento de medicamentos, entre outros serviços de saúde, é mais um indicativo de que as políticas públicas sanitárias não são eficientes e não abrangem todos os brasileiros, ou seja, não correspondem ao estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em outras palavras, o direito à saúde no Brasil não tem sido efetivamente garantido a toda a população desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, e o Poder Executivo não tem realizado grandes mudanças em suas decisões e ações políticas acerca do tema.

Tendo em vista tal cenário, o presente estudo busca apresentar soluções, alternativas para que o direito à saúde seja efetivamente exercido pelos brasileiros, a partir da compreensão acerca dos direitos fundamentais e, em seguida, especificamente do direito à saúde, analisando seu conceito, a problemática da sua inefetividade e meios para a consecução do acesso a saúde.

1 Aspectos Da Inefetividade Do Direito À Saúde

Os direitos sociais, os quais se encontram entre os chamados de segunda geração ou dimensão, têm sua aplicação e efetivação através de ações do Estado, nas medidas dos recursos disponíveis, uma vez que dependem de políticas públicas que demandam impactos orçamentários (Fachin apud Silva, 2014, p. 38). A saúde, como direito fundamental social, inclui-se no rol dos direitos que se submetem à realização de ações e serviços públicos.

Por conta disso, os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, acabam por ter uma proteção e realização fracas quando em comparação com os demais direitos, pois dependem de prestações do Poder Executivo, com planejamento antecipado, diferente dos



direitos de primeira dimensão, que necessitam apenas de uma abstenção por parte do Estado, o que contribuiu com o crescimento da desigualdade social no mundo nos últimos séculos (Fachin apud Silva, 2014, p. 39). Desse modo, a efetivação do direito à saúde depende da vontade política, ou seja, da vontade dos Poderes de realizarem políticas, ações e serviços voltados a acabar com a problemática da sua inefetividade. O próprio artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assim prevê, ao estabelecer que a saúde é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas (Schwartz, 2001, p. 156).

A saúde está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, devendo o Estado efetivá-la, independente dos dispêndios necessários. Zelar pela saúde é zelar pela vida humana, mais que isso, é possibilitar o desenvolvimento da nação, que só é possível com melhoria de qualidade de vida de seus cidadãos (Schwartz, 2001, p. 161). O Relatório “A Saúde no Brasil”, de 1998, organizado, divulgado e preparado pela Representação da Organização Pan-Americana de Saúde/Organização Mundial da Saúde, publicado em “La Salud en las Americas”, ilustra a inefetividade do direito à saúde no país ao esclarecer que (Schwartz, 2001, p. 148):

“Os gastos públicos com saúde no período 1980-1990, em relação ao PIB, atingiram o valor máximo de 3,3% em 1989. Essa participação reduziu-se formalmente nos anos seguintes, voltando a aumentar em 1994 e atingindo 2,7% em 1995. Acrescentando-se os gastos privados das pessoas físicas – estimados em 34% dos gastos totais em 1990 – pode-se inferir que os gastos totais com saúde, em 1995, corresponderiam a cerca de 4,1% do PIB.” (Relatório “A Saúde no Brasil, 1998, p. 28)



Segundo dados do próprio governo brasileiro, a situação atualmente não se alterou significativamente. As despesas do governo com a saúde pública em 2013 somaram R\$ 149,9 bilhões de reais, conforme informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o equivalente a 2,8% do PIB. Já os gastos das famílias com serviços de saúde privados, incluindo planos de saúde, totalizou, no ano de 2013, R\$141,3 bilhões de reais, 2,7% do PIB. Hoje no Brasil, a maioria da população depende do SUS para acessar serviços de saúde. Segundo a publicação “Cenário Saúde”, 5ª edição, publicada em abril de 2016, pela Associação Brasileira de Planos de Saúde (ABRAMGE), Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (SINAMGE) e Sindicato Nacional das Empresas de Odontologia de Grupo (SINOG), apenas 25,8% dos brasileiros são beneficiários de planos médico-hospitalares, enquanto o restante da população (74,2%) necessita do Sistema Único de Saúde para ter acesso a serviços de saúde:

Em 2015, pela primeira vez desde o início da série histórica, o número de beneficiários de planos médico-hospitalares decresceu 1,5%. Esse resultado indica um novo momento e impõe diferentes desafios para o setor de saúde suplementar no país, que mesmo em 2009, quando a economia brasileira recuou 0,1%, registrou crescimento de 2,6%. A taxa de cobertura de planos médico-hospitalares também cedeu. Em dezembro de 2014 um total de 26,0% da população brasileira tinha planos, já em dezembro de 2015 este índice recuou 0,2 p.p., para 25,8%. (...)

Para 2016, espera-se nova queda no mercado de planos médico-hospitalares, desta vez de 1,1% o que equivale a redução de 566 mil beneficiários. A expectativa é que em



dezembro de 2016 o número de beneficiários de planos médico-hospitalares retorne para níveis próximos aos registrados em 2013. A estimativa leva em consideração queda de 3,5% do PIB e corte de mais 1,4 milhão de postos de trabalho no decorrer do ano.

O número de médicos atuantes no SUS é um contrassenso em face da realidade brasileira. O estudo “Demografia Médica no Brasil 2015”, divulgado em novembro de 2015, realizado pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp) e pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), aponta que a disponibilidade de médicos na rede privada é três vezes maior do que na rede pública.

Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 595), um estudo realizado no Estado de São Paulo demonstrou que 77% dos remédios solicitados pelos cidadãos não integravam a lista do SUS.

Ademais, no tocante a medicamentos, outro problema enfrentado tanto pelos cidadãos quanto pelo poder público no Brasil é o seu alto custo:

Estudo liderado pelo professor da Universidade de Princeton, João Biehl, indica que alguns remédios no Brasil custam, v. g., duas vezes mais do que na Suécia e chegam a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços (Mendes, 2014, p. 596).

O elevado custo dos medicamentos impede a consecução de um tratamento de saúde adequado à maioria da população, bem ainda dificulta o seu fornecimento pelo poder público, dada a grande demanda da saúde na realidade brasileira.



Diante dos dados apresentados, é claro o fato de que o direito à saúde no Brasil não tem efetividade, bem como que grande parte desse problema advém da omissão do Poder Executivo, que é o incumbido por controlar e aplicar as verbas públicas referentes à saúde. Nos ensinamentos de Germano Schwartz (2001, p. 156), “Além da população brasileira, algo está doente. É o art. 196 da Constituição Federal”.

2 A Saúde Como Direito Público Subjetivo

Partindo-se da demonstração da inefetividade do direito à saúde no Brasil, previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se que este é um direito público subjetivo oponível ao Estado, obrigando-o a determinada prestação independente de previsão na legislação ordinária. Assim, é um direito exigível pelo seu titular via judicial ou administrativa (Schwartz, 2001, p. 56). Os tribunais de todo o país vem compreendendo dessa forma, sendo esta predominante na jurisprudência.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, na decisão do Recurso Extraordinário 271.286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, afirmou que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)” (Schwartz, 2001, p. 74).

O Superior Tribunal de Justiça, no acórdão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado, firma que, quando da omissão do Estado em “prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência”, o Poder Judiciário deve atuar para que esses cidadãos sanem efetivamente suas necessidades (Schwartz, 2001, p. 84).



Na mesma esteira o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, no Mandado de Segurança nº. 70000696104, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Desembargador Arno Werlang, julgado em 05/05/2000:

MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE PÚBLICA. MEDICAMENTOS. É direito do cidadão exigir, e dever do Estado fornecer, medicamentos excepcionais e indispensáveis à sobrevivência quando não puder prover o sustento próprio sem privações. Segurança concedida.

Para Sarlet (2010, p. 325), o reconhecimento do direito à saúde como um direito subjetivo individual a prestações materiais, diretamente deduzido da Constituição da República, constitui exigência inafastável de qualquer Estado que inclua nos seus valores essenciais a humanidade a justiça.

O fato de ser o direito à saúde um direito subjetivo a prestações por parte do Estado está intrinsecamente ligado a sua vinculação com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, além de abranger o chamado mínimo existencial, ou seja, o direito do cidadão a recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência (Sarlet, 2010, p. 284).

O mínimo existencial, no tocante ao direito à saúde, não se fundamenta apenas na ausência ou pequeno comprometimento dos recursos públicos, já que a preservação da vida ou da vida com um mínimo de qualidade por vezes demandam prestações acentuadamente onerosas. Dessa forma, o direito subjetivo a saúde baseia-se também na priorização das necessidades relacionadas ao mínimo existencial, abarcando redistribuição ou suplementação desses recursos, inclusive no contexto de uma repartição da responsabilidade pelo corpo social (Sarlet, 2010, p. 351).



As políticas públicas realizadas pela Administração são os primeiros instrumentos de efetivação do direito à saúde. Já a atuação do Poder Judiciário se dá posteriormente, com a omissão do Poder Executivo quanto à tutela desse direito (Schwartz, 2001, p. 57).

São dois os requisitos para que a saúde possa ser exigida judicialmente contra o Estado. O primeiro é que tenha risco para a vida no caso concreto, ou seja, que a vida ou a dignidade da pessoa humana estejam realmente ameaçadas. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e deve prevalecer quando em conflito com outros valores. Assim, é papel do Estado garantir um mínimo existencial para o cidadão (Schwartz, 2001, p. 57).

O segundo requisito é de que haja prova, no caso concreto, de que o reclamante não possui condições financeiras de arcar com as despesas referentes ao seu estado de saúde sem comprometer o seu próprio sustento e o de sua família. Este é o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (Schwartz, 2001, p. 57).

Verifica-se, neste caso, o princípio da proporcionalidade, uma vez que não é proporcional que um particular que possui recursos suficientes para custear um bom plano de saúde privado, sem o comprometimento de uma vida digna para si e para sua família, possa acessar, sem limitações ou condições, o sistema público de saúde nas mesmas condições de uma pessoa que não consiga financiar com recursos próprios a sua saúde pessoal (Sarlet, 2010, p. 326).

Tal requisito ampara-se no princípio da isonomia, que impõe um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, justamente por nossa sociedade ser marcada pela desigualdade social (Sarlet, 2010, p. 326).

O princípio da proporcionalidade determina, além da proibição do excesso, a proibição da insuficiência, o que significa dizer que o Estado deve observar, na efetivação dos direitos fundamentais, a sua adequação, necessidade e razoabilidade. Também chamada de proibição da proteção insuficiente, estabelece que o Estado tem a obrigação de



criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício de todos os direitos fundamentais, bem como concretizar os direitos sociais, sendo a intervenção jurisdicional um meio de evitar a omissão ou ação precária do poder público quanto aos direitos fundamentais, quando não atingidos os limites mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações (Sarlet, 2010, p. 358).

Cumpra salientar que, além do titular do direito, instituições e organizações, com competência para tanto, são legitimadas para tutelar judicialmente ou administrativamente a saúde na omissão do Estado. O Ministério Público é o maior exemplo. Como o direito à saúde possui uma dimensão individual e uma dimensão coletiva, o Órgão é legitimado para defendê-lo (Schwartz, 2001, p. 77).

Com o entendimento do direito à saúde como um direito público subjetivo, tem-se o reconhecimento da existência de um vínculo jurídico entre o Estado, como devedor, e o cidadão, como credor, produzindo uma obrigação estatal (Schwartz, 2001, p. 79).

O argumento de que é necessária anterior dotação orçamentária em relação ao direito à saúde não se sustenta, haja vista que o objeto final do direito à saúde é a prestação sanitária e não a prestação pecuniária (Schwartz, 2001, p. 73).

Além disso, o Poder Executivo possui meios para auferir verbas suplementares, como, por exemplo, a Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), não podendo se escusar do seu dever de garantir a todos a saúde (Schwartz, 2001, p. 79).

A reserva do possível, da mesma forma, não se sustenta como argumento contrário ao reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo, e não pode ser utilizado como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Portanto, cabe ao Poder Público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, bem como do não desperdício dos recursos existentes, ainda da eficiente aplicação deles. Tem-se assim que o economicamente possível



ou razoável não pode ser simplesmente presumido, mas deve ser demonstrado pelos órgãos públicos (Sarlet, 2010, p. 356).

Em suma, a reserva do possível não pode ser utilizada simplesmente como obstáculo à efetivação do direito fundamental à saúde, que assegura o direito à vida digna. Caso os recursos públicos não sejam suficientes para promover as ações e serviços de saúde necessários para a população, deve-se retirá-los de outras áreas não tão intimamente ligadas aos direitos essenciais do homem, como a vida, integridade física e saúde (Siqueira, 2011, p. 277).

Uma vez reconhecido o direito à saúde como direito público subjetivo, é possível perceber que a problemática da inefetividade da saúde no Brasil não decorre de dificuldades ou ausência de meios para provocar o Estado a realizar as prestações sanitárias que são seu dever. O problema reside na ausência da vontade política para realizar as prestações necessárias para a efetivação do direito à saúde (Schwartz, 2001, p. 86). Nos ensinamentos de Sarlet (2010, p. 353), um planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Dessa maneira, a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, objeto do presente trabalho, depende significativamente da otimização do direito fundamental a uma boa administração, ou seja, a uma administração sempre proba e moralmente vinculada (Sarlet, 2010, p. 362).

3 Judicialização Da Saúde

Uma vez reconhecido o direito à saúde como direito público subjetivo, isto é, exigível ao Estado pelo seu titular, administrativa ou judicialmente, é inegável a sua apreciação pelo Poder Judiciário (Schwartz, 2001, p. 163):



A saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano que é, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais do homem.

Mais que um direito do cidadão, a judicialização da saúde é um dever do Poder Judiciário, que tem obrigação de aferir se os seus serviços e ações, ou seja, se as políticas públicas escolhidas pelos órgãos competentes, cumprem o direito estabelecido constitucionalmente de acesso à saúde a todos, de maneira igualitária e universal (Mendes, 2014, p. 594).

Cabe nesse momento ilustrar algumas maneiras de acesso ao Judiciário no tocante à saúde. O mandado de segurança individual, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cujo requisito é a existência de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, pode ser utilizado para assegurar o direito à saúde, diante de ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (Schwartz, 2001, p. 124).

Assim, qualquer lei relativa à efetivação do direito à saúde, que não seja imediatamente aplicada na esfera pública, possibilita que seja impetrado mandado de segurança individual. Um exemplo é o caso de portadores de HIV que não recebam os medicamentos utilizados no tratamento da doença gratuitamente, conforme determinado pela Lei nº. 9.313/96 (Schwartz, 2001, p. 125).

O mandado de injunção também pode ser utilizado com o fim de efetivar a saúde. Previsto no artigo 5º, LXXI da Constituição da República, ele é concedido nos casos de falta



de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Ele assegura direito constitucionalmente protegido que, por falta de edição de lei infraconstitucional, não pode ser exercido (Schwartz, 2001, p. 125).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um meio de proteção do direito à saúde, haja vista haver uma relação de consumo entre o paciente (consumidor) e o profissional de saúde, ainda que a remuneração entre eles seja indireta (nos casos do SUS). Portanto, está à disposição do titular do direito à saúde o instituto da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, bem como a responsabilidade dos profissionais de saúde é objetiva, ainda podendo haver a ocorrência dos crimes de consumo nas referidas relações (Schwartz, 2001, p. 129).

Outra alternativa de tutela do direito à saúde é o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais protetores dos direitos humanos, já que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, oriunda da Organização da Nações Unidas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José, na Costa Rica, tem alçada para apreciar esses casos (Schwartz, 2001, p. 130).

Além dos meios de defesa individuais do direito à saúde, há também a dimensão coletiva como instrumento para se obter a tutela jurisdicional, que, segundo Siqueira (2011, p. 254):

(...) apresenta-se como uma solução concreta aos obstáculos impostos para a concretização de direitos da coletividade, pois visa a assegurar o efetivo cumprimento destes, de maneira célere e eficaz, e ainda à economia processual em sua atuação.

Gilmar Mendes (2014, p. 596) também considera as ações coletivas um meio mais adequado à efetivação do direito à saúde:



O nível de informações usualmente contidas nas ações coletivas é importante motivo pelo qual estas devem ser estimuladas. Com a participação de mais interessados e pessoas especializadas na matéria, o Poder Judiciário acaba por ter dados mais completos para julgar o caso.

No âmbito coletivo do direito à saúde, há a possibilidade de mandado de segurança coletivo, nos termos do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição da República, o qual possui os mesmos requisitos do individual, e pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação, sendo usado da mesma maneira que o individual, para obter medicamentos do Estado, assegurado por direito líquido e certo, por exemplo (Schwartz, 2001, p. 131).

Assim como o mandado de segurança coletivo, há o mandado de injunção coletivo para proteger os direitos sociais, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Ele pode ser impetrado por sindicato para viabilizar direito assegurado em norma constitucional para seus membros, visando, neste caso, o direito difuso a saúde (Schwartz, 2001, p. 132).

A ação popular, prevista no art. 5º, inciso LXXIII, pode ser proposta legitimamente por qualquer cidadão, para assegurar o interesse público, e tem por objeto a anulação de ato ilegal e lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É dessa forma, um instrumento de proteção do direito coletivo a saúde (Schwartz, 2001, p. 132).

Na mesma esteira segue Dirceu Pereira Siqueira (2011, p. 228), ao afirmar que considerando o direito à saúde como direito difuso que é, aplica-se-lhe a ação popular. Ademais, assevera o autor que a saúde pode ser objeto da referida ação, vez que é pressuposto indispensável para a vida humana, bem como constitui verdadeiro interesse público. Outro argumento sustentado para a aplicação da ação popular com a finalidade de



efetivação do direito à saúde é quando este depende do controle das verbas públicas que lhe são destinadas (Siqueira, 2011, p. 231).

O Código de Defesa do Consumidor, assim como aplicável aos casos individuais de proteção ao direito à saúde, também é no seu âmbito coletivo. As ações coletivas referidas nos artigos 83, 84, 91 e 101 do CDC podem ser propostas em relação a saúde (Schwartz, 2001, p. 133).

A ação civil pública, regulamentada pela Lei nº. 7.347/85, visa a suprir a omissão de políticas públicas, visando ao interesse coletivo e difuso. Tem legitimidade para propor o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquias públicas, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis legalmente constituídas há pelo menos um ano. Quanto ao seu pedido, pode ser de obrigação de fazer, não fazer, bem como de valor em dinheiro, oposto, no caso da saúde, ao Estado ou profissionais responsáveis (Schwartz, 2001, p. 133).

Ainda, pode ser interposta, para efetivar o direito à saúde, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alínea “a”, combinado com o artigo 103, parágrafo 2º, todos da Constituição da República. A omissão relativa a saúde deverá ser sanada por meio da adoção das providências necessárias por parte do Estado (Schwartz, 2001, p. 134).

Diante do apresentado, observa-se que a judicialização do direito fundamental à saúde, como mecanismo de efetivação desse direito, frente à sua inefetividade na realidade brasileira, é fato consagrado em nosso ordenamento jurídico (Siqueira, 2011, p. 256).

É papel legítimo do Poder Judiciário sanar omissões e desigualdades relacionadas à saúde, uma vez que não resolvidos tais problemas pelo Poder Executivo. É assim, uma atuação secundária, que tem lugar frente a não efetivação do dever do Executivo, não violando o princípio da separação dos poderes e não configura uma ditadura do Judiciário (Schwartz, 2001, p. 162).



Em verdade, o Poder Judiciário tem então, cada vez mais, tomado importância na luta pela conquista da efetivação dos direitos sociais na nossa sociedade. O princípio da separação dos poderes, contemporaneamente, permite que enxerguemos o Judiciário como uma alternativa à falta de efetividade normativa dos direitos sociais e à inércia do Poder Executivo, que não realmente garante a todos a saúde, moradia, alimentação, educação, entre outros direitos sociais ignorados pelos governantes e desconhecidos da vida de milhões de brasileiros (Fachin apud Silva, 2014, p. 42).

Ademais, o princípio da separação dos poderes, assim como todos os princípios do nosso ordenamento jurídico, deve sempre estar em consonância com a Constituição da República, a qual assevera que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ora, e garantir a efetiva aplicação dos direitos sociais para os cidadãos não é garantir a dignidade da pessoa humana? É este o objetivo das normas jurídicas e das ações do Estado, bem como das do Judiciário, garantir a dignidade da pessoa humana. Não poderia assim, ao garantir a aplicação dos direitos sociais, o Judiciário estar contrariando o princípio da separação dos poderes (Fachin apud Silva, 2014, p. 44).

O Supremo Tribunal Federal comunga desse entendimento, de que a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde. Em verdade, ao impor a efetivação do direito à saúde no caso concreto, o Poder Judiciário exerce controle judicial sobre as omissões administrativas. É o que demonstra a decisão da ADPF-MC 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello (Mendes, 2014, p. 598):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA



HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Conforme os recentes julgados do TJ/PR, o direito à saúde deve prevalecer acima de qualquer regra burocrática de fornecimento de medicamentos, bem ainda a reserva orçamentária não pode contrapor-se à implementação mínima dos direitos fundamentais, como decidido no seguinte acórdão (Fachin apud Silva, 2014, p. 46):

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PACIENTE PORTADOR DE INSUFICIÊNCIA ADRENAL, INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA E HIPERPOTASSEMIA - CID E.27, N 18.0, E 87.5. PLEITO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO



POLiestirenoSSulfonato DE CÁlcio (SORCAL, CALNATE) 30MG. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM A UNIÃO FEDERAL.PRELIMINAR AFASTADA. MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DO PROTOCOLO CLÍNICO DE DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DESNECESSIDADE.AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO CUSTEIO DO MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO EM CUSTEAR O MEDICAMENTO PRETENDIDO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RECOMENDAÇÃO EXPEDIDA PELO COMITÊ EXECUTIVO PARANAENSE DO FÓRUM NACIONAL. DIREITO À VIDA E A SAÚDE QUE DEVE PREVALECER AOS PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS. DIREITO DO SUBSTITUÍDO DEVIDAMENTE COMPROVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. Necessário reconhecimento do reexame necessário, por se tratar de sentença ilíquida proferida contra o ente estatal. Tendo em vista que a responsabilidade de prestar assistência à saúde é de competência de todos os entes federados, não há falar em necessidade de litisconsórcio passivo com a União. O art. 196 da Carta Magna consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por



meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade, menor sofrimento e melhor qualidade de vida. O fato de o medicamento pleiteado não constar dos Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas da referida entidade, não deve implicar em restrição ao seu fornecimento, pois tais protocolos clínicos, sendo normas de inferior hierarquia, não podem prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida. A determinação judicial para o fornecimento do fármaco pleiteado não desrespeita a Política de Medicamentos, mas analisa o caso concreto ponderando o bem jurídico que deve prevalecer. No caso dos autos o direito à vida e à saúde deve preponderar aos procedimentos burocráticos. A determinação judicial do fornecimento do medicamento não implica em interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, pois, como resulta evidenciado, a vida é direito subjetivo indisponível (indispensável), devendo prevalecer em qualquer situação. (TJPR - 5ª C. Cível - AC - 1526624-1 - Ivaiporã - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Unânime - - J. 31.05.2016)

Tal argumento alegado pelo Poder Público para escusar-se do seu dever constitucional de prover a saúde para todos já foi rebatido no tópico anterior, restando, no presente, cabível demonstrar como o próprio Judiciário tem compreendido o tema.



Não apenas o Tribunal de Justiça do Paraná, mas a maioria dos tribunais brasileiros sustenta esta mesma posição. O Relator Desembargador Luiz Roldão Gomes, no seu voto na Apelação Cível nº. 1998.001.1141, julgado em 18/06/1998, afirmou que o direito à saúde “prescinde de sua execução, pela natureza constitucional do direito outorgado, de previsão orçamentária, impondo-se aos Estados ajustarem suas disponibilidades para ser cumprida” (Schwartz, 2001, p. 165).

No mesmo sentido o voto do Desembargador Marcus Tullius Alves, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº. 1999.002.12096, julgado em 26/06/2000 (Schwartz, 2001, p. 165):

(...) não se pode prestar à fuga de responsabilidade a mera arguição de violação princípio do orçamento e das normas à realização de despesa pública, quando verificado que o ‘Estado’ na condição de instituição de tributo especial dirigido a suplementar verbas da saúde não o faz com competência devida.

Outro argumento defendido pelo Tribunal de Justiça do Paraná é o da vedação do retrocesso social, o qual impede, no que se refere aos direitos fundamentais, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela sociedade (Fachin apud Silva, 2014, p. 47).

O Poder Judiciário deve, para que o direito à saúde e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, sejam efetivados a todos os cidadãos brasileiros, “compreender a vida, a alma, a razão de ser da Constituição Federal, o que os alemães chamam de *Dasein*” (Schwartz, 2001, p. 168).



Na jurisprudência brasileira já se encontra decisões que se harmonizam com essa ideia de que a Constituição da República tem como premissa atingir a dignidade da pessoa humana, constituindo-se tais decisões em verdadeiros instrumentos de justiça social:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR EM CAUTELAR, DETERMINANDO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A DOENTE COM AIDS. PRESENÇA DO *FUMMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. PROVIMENTO ASSECURATÓRIO DE CUMPRIMENTO DE LEI, PURA E SIMPLEMENTE. É a saúde direito subjetivo constitucional e dever do Estado. Ao Judiciário cabe intervir, quando provocado, para fazer cumprir-se disposição legal e constitucional. Desprovimento de recurso” (Agravado de Instrumento nº. 1996.002.4967, Oitava Câmara Cível, TJRJ, Relator: Desembargador José Pimentel Marques, julgado em 18/06/1998).

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. 5, *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 (Recurso Extraordinário 271.286/RS, STF, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo do STF nº. 210, p. 3).

Essas decisões reconhecem o direito à saúde como direito público subjetivo, cabendo ao Poder Judiciário, intervir para dar efetividade aos preceitos constitucionais, fundamentando-se no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Papel de destaque na defesa do direito à saúde no âmbito judicial é o do Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição da República. O Ministério Público se tornou assim guardião da sociedade, garantindo o respeito aos Poderes Públicos e facilitando o acesso da sociedade aos direitos fundamentais do homem (Schwartz, 2001, p. 176).

Nesse sentido assevera Germano Schwartz (2001, p. 176) que:

(...) o Ministério Público tem o dever, portanto, de buscar a concretude do direito posto e implementá-lo na prática, com o intuito de modificar a realidade do direito e do imaginário de seus operadores, transformando-a em um ordenamento jurídico que realmente reconheça os direitos sociais e, principalmente, a saúde.

A saúde, como direito difuso e coletivo, encontra-se dentre as funções do Ministério Público, tanto o estadual como o federal, conforme o artigo 129, I e II da Constituição da República, bem ainda é de sua competência por tratarem-se as ações e serviços de saúde de



relevância pública, de acordo com o artigo 197. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública e promover inquérito civil no tocante à saúde (Schwartz, 2001, p. 178).

A busca da efetivação dos direitos sociais, pela via processual ou extraprocessual, deve levar o Ministério Público à realização do acesso aos direitos fundamentais às milhões de pessoas que vivem à margem do direito. O caminho do Ministério Público, como Instituição da sociedade, deve ser, também, o de efetivação da saúde pública (Silva *apud* Schwartz, 2001, p. 178).

Tal posicionamento é o adotado pelos Tribunais brasileiros, incluindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando à verificação do SUS e sua operacionalização:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – DIREITO COLETIVO. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização. Recurso improvido” (Resp 124.236, STJ, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, data da decisão 31/03/1998, DJU 04/05/1998, página 84).



Ainda cabe aduzir que a legitimidade passiva das ações coletivas ou individuais no âmbito da saúde é do Estado como um todo, abarcando todos os entes federativos: União, Distrito Federal, Estados e Municípios, vez que a competência material da saúde, como já apontado anteriormente, é de concorrência comum.

Nessa esteira a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que assevera que a promoção da saúde pública é responsabilidade solidária dos entes federativos, de modo que União, Estados ou Municípios podem ser provocados a adotar as medidas cabíveis para a sua efetivação:

EMENTA 1) DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTO. "RANIBIZUMABE 0,5MG" (R\$ 2.200,00). DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO PARANÁ. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES POLÍTICOS. ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A promoção da saúde pública é direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos, de modo que cada um deles (União, Estados ou Municípios) pode ser provocado a adotar as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente, sem que seja necessário o chamamento dos demais ao processo, uma vez que a saúde é obrigação de todos os entes federados (art. 23, inciso II, da Constituição Federal). 2) DIREITO CONSTITUCIONAL. GARANTIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DIREITO INDISPONÍVEL. "RANIBIZUMABE 0,5MG" (R\$ 2.200,00). NECESSIDADE COMPROVADA. INEXISTÊNCIA



DE OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES OU À RESERVA DO POSSÍVEL. a) O direito à saúde, de aplicação imediata e eficácia plena, deve ser implementado pelo Estado (União, Estados, Municípios e Autarquias), desde que comprovada a doença e a necessidade de tratamento específico. b) A prescrição específica do medicamento postulado feita por profissional habilitado, responsável pela paciente, que é quem tem melhores condições de averiguar as reais necessidades, é prova suficiente da utilidade do tratamento que se pleiteia. c) Não importa que o tratamento prescrito não conste das listas excepcionais dos Programas do Estado, bem como não obedçam aos protocolos e diretrizes das Políticas Públicas de Saúde e Medicamentos existentes, que, por se tratarem de normas de hierarquia inferior a preceito constitucional, não podem ser invocados como razão para a recusa de entrega de tratamento à paciente que dele necessita. d) O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana são consagrados pela Constituição Federal, impondo-se ao Poder Judiciário intervir quando provocado, para torná-lo realidade, ainda que para isso resulte em impor obrigação de fazer, com inafastável repercussão na esfera orçamentária, o que, por si só, não ofende o princípio da separação de poderes e nem a reserva do possível.³⁾ APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível -



AC - 1531685-7 - Andirá - Rel.: Leonel Cunha - Unânime -
- J. 24.05.2016)

Nesse sentido o Recurso Extraordinário 195.192-3/RS, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu pela responsabilidade linear do entes federativos pelas ações e serviços de saúde (Mendes, 2014, p. 597):

SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado
(gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde,
especialmente quando envolvida criança e adolescente. O
Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear
alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os
Municípios.

Dada a importância da judicialização do direito à saúde, que é fundamental para a sua efetivação e para o exercício da cidadania, bem como a existência de elevado número de demandas judiciais acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal convocou uma audiência pública sobre o direito à saúde, que ocorreu entre os dias 27 e 29 de abril e de 04 a 07 de maio do ano de 2009 (Mendes, 2014, p. 600).

Na audiência pública restou demonstrada a necessidade e urgência do debater acerca da efetividade e judicialização do direito à saúde. A exigência de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais como um todo no Brasil ficou clara (Mendes, 2014, p. 600).

As falhas e omissões na implementação das políticas públicas do SUS ficaram evidentes como responsabilidade de todos os entes federativos, assim como a sua solução,



numa espécie de concertação entre eles. Deve assim, ser reforçada uma ação conjunta entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Mendes, 2014, p. 600).

A audiência pública sobre saúde motivou a instituição da Resolução nº. 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que criou o “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”, que tem como objetivo propiciar a discussão de temas, como o aumento das ações judiciais da saúde, a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, entre outros (Mendes, 2014, p. 601).

O Conselho Nacional de Justiça também aprovou a Recomendação nº. 31, para que os tribunais adotem medidas visando a auxiliar os magistrados, para garantir mais eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde, como o apoio técnico de médicos e farmacêuticos às suas decisões. Já a Recomendação nº. 35, de 12 de julho de 2011, estabelece diretrizes em relação aos pacientes judiciários e à execução da medida de segurança, e a Recomendação nº. 36, de mesma data, recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para contribuir com os magistrados em demandas judiciais que envolvam a saúde complementar (Mendes, 2014, p. 601).

O Ministério da Saúde, após a audiência pública, iniciou um processo de atualização e revisão de protocolos, além de indicar a necessidade de compartilhar medidas que visem à redução de litígios, como o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – CIRADS, que tem como finalidade a solução administrativa de demandas envolvendo o cidadão e o SUS (Mendes, 2014, p. 601).

O Supremo Tribunal Federal, depois de realizada a audiência pública sobre o direito à saúde, e dada a quantidade de demandas nesse sentido, sua complexidade, bem como a importância desse direito, que, como o nome já diz, é fundamental ao ser humano, estabeleceu critérios para a solução judicial nos casos concretos relativos à saúde (Mendes, 2014, p. 602).



O primeiro critério leva em consideração a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, pois, se a política já está incluída no SUS, o Poder Judiciário apenas assegurará seu cumprimento, ou seja, não estará criando uma política pública, assegurado assim o direito público subjetivo da parte a determinada política (Mendes, 2014, p. 602).

Caso a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas formuladas pelo SUS, necessária se faz a verificação se essa decorre de omissão legislativa ou administrativa; decisão administrativa de não fornecê-la ou vedação legal expressa à sua dispensação, como estar registrada na ANVISA, por exemplo (Mendes, 2014, p. 602).

Acerca do tema segue decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o medicamento não integrar a lista do SUS não exime a União do seu dever constitucional de garantir acesso à saúde a todos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. POLO PASSIVO. COMPOSIÇÃO ISOLADA OU CONJUNTA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA NO STF.

1. O Estado - as três esferas de Governo - tem o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, os direitos à dignidade humana, à vida e à saúde, conforme inteligência dos arts. 1º, 5º, caput, 6º, 196 e 198, I, da Constituição da República.
2. Trata-se de obrigação solidária decorrente da própria Constituição Federal, razão pela qual a divisão de



atribuições feita pela Lei n. 8.080/1990, que constituiu o Sistema Único de Saúde - SUS -, não afasta a responsabilidade do ora demandado de fornecer medicamentos e/ou tratamentos médicos a quem deles necessite.

3. O fato de o medicamento não integrar a lista básica do SUS não tem o condão de eximir a União do dever imposto pela ordem constitucional, sendo sua a responsabilidade em atender àqueles que, como o ora agravado, não possuem condições financeiras de adquirir o tratamento adequado por meios próprios.

4. Não se pode admitir, consoante reiterada jurisprudência desta Casa de Justiça, que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais como a vida e a saúde.

5. "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente". (RE 855.178/PE, Relator Min.

LUIZ FUX, Julgamento: 05/03/2015, Repercussão Geral - mérito, DJe 16/03/2015).

6. No caso, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, evidenciou a



necessidade da medicação prescrita, conforme prova pericial juntada aos autos. A inversão do julgado demandaria o reexame de prova, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 817.892/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016)

Nesta esteira, decisão do STF determinando o fornecimento de medicamento fora da lista do SUS:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (ARE 831915 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 03-05-2016 PUBLIC 04-05-2016)



O segundo critério considerado pelo STF é o motivo que levou o SUS a não fornecer a prestação requerida pela parte, pois pode tratar-se de caso em que o Sistema decidiu não realizar por falta de evidências científicas suficientes para admitir sua inclusão (Mendes, 2014, p. 603).

Ao analisar esse critério, observa-se a possibilidade de ocorrência de duas situações. Uma ocorre quando o SUS fornece tratamento alternativo ao demandado, mas não adequado a determinado paciente. Nesse caso, o Poder Judiciário pode decidir pela prestação não oferecida pelo Sistema, desde que comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz no caso, por razões específicas do organismo da parte requerente (Mendes, 2014, p. 603).

A outra situação que pode ocorrer é que o SUS não tenha previsão de nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesses casos, cumpre diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema Único de Saúde (Mendes, 2014, p. 603).

Os tratamentos puramente experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, são as pesquisas clínicas, e o Estado não pode ser obrigado a fornecê-los. Já os novos tratamentos ainda não testados pelo SUS são resultados da dinâmica evolução do conhecimento científico, que é muito mais rápida que a burocracia administrativa de inclusão de novo tratamento ao Sistema, podendo, nesses casos, serem supridas as omissões administrativas pelo Judiciário (Mendes, 2014, p. 604).

O terceiro critério é a necessidade da intrução processual com ampla produção de provas, para que as especificidades do caso concreto sejam totalmente compreendidas e alcançadas pelo Poder Judiciário, concretizando o direito à saúde (Mendes, 2014, p. 604).

Após tudo o que foi discutido acerca da judicialização da saúde, imprescindível relatar um estudo realizado no Estado de São Paulo, que demonstrou que 74% das ações judiciais concernentes à efetivação do direito à saúde são propostas por advogados



particulares. Além desse dado, o local de residência dos autores das ações evidenciou que “as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema” (Mendes, 2014, p. 595).

Observa-se assim que a situação da saúde no Brasil é completamente contraditória ao estabelecido na Constituição da República, que prevê um sistema de saúde universal. Dada a enorme desigualdade social de nosso País, na prática, há benefícios e privilégios para alguns usuários do SUS, em detrimento da maioria da população (Mendes, 2014, p. 596).

Diante do exposto, tem-se que a atuação do Poder Judiciário é a maneira mais eficaz de prover real efetividade ao direito à saúde, dada sua natureza de garantidor da vida e do respeito à dignidade da pessoa humana, e por possuir legitimação para emitir decisões a respeito da saúde (Schwartz, 2001, p. 205).

No entanto, de acordo com o conceito de saúde como um sistema dinâmico, que se transforma com o passar do tempo e de acordo com a população de cada local, a solução da problemática da inefetividade do direito à saúde não se esgota apenas na judicialização da saúde, vez que “é um sistema aberto, mutável, um processo em constante evolução e intercâmbio com os demais sistemas” (Schwartz, 2001, p. 204).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, tem-se a sedimentação dos direitos sociais, incluindo o direito à saúde, como direitos fundamentais de aplicação imediata e eficácia plena, bem como de seu *status* de cláusulas pétreas. Assim, o direito à saúde deve ser compreendido sistematicamente, levando em conta a evolução histórica dos direitos fundamentais, até os dias de hoje, em que é protegido internacionalmente.

Foi discutida a problemática da efetivação dos direitos sociais como um todo, pois



dependem de políticas públicas para que sejam exercidos pelos cidadãos, políticas essas que não são satisfatoriamente realizadas pelo Poder Executivo, que, por meio de suas decisões políticas, acaba por privilegiar outras ações e serviços em detrimento da saúde. Assim, foi apontado que a inefetividade do direito à saúde no Brasil decorre de falta de vontade política de efetivá-lo.

Foram apresentados dados acerca dos gastos públicos com a saúde, bem como sua evolução no decorrer dos anos, bem ainda a quantidade de demandas judiciais pleiteando ações e serviços de saúde, como o fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias, tratamentos das mais variadas espécies, entre outros, para reforçar e ilustrar a inefetividade do direito à saúde no Brasil.

O reconhecimento do direito à saúde como um direito público subjetivo no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, exigível pelo titular do direito frente ao Estado, administrativa ou judicialmente, foi uma das soluções apresentadas no tocante à inefetividade da saúde.

Nesse contexto, a judicialização da saúde é fato cada vez mais recorrente, assim como a sua aceitação pela doutrina e pela jurisprudência. Da mesma forma, a legitimidade do Poder Judiciário de atuar em prol da efetivação do direito à saúde, quando provocado, pelos meios adequados, tem sido reconhecida nos tribunais brasileiros, inclusive nos superiores.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça compartilham do entendimento de que, na omissão do Poder Executivo na realização de políticas públicas que garantam o acesso a saúde a toda a população brasileira, o Poder Judiciário, que primeiramente não teria competência para tanto, é responsável por efetivar o direito à saúde, realizando um papel de atribuição do Poder Executivo, que, por suas decisões políticas, não tem aplicado recursos suficientes ou de maneira eficaz para sanar as necessidades sanitárias da população brasileira.



As demandas judiciais envolvendo o direito à saúde podem ser individuais, como nos casos de mandado de segurança individual, por exemplo, ou coletivas, como nos mandados de segurança coletivos, bem como nas ações civis públicas e ações populares.

É reconhecida assim, a importância e legitimidade da atuação do Ministério Público em defender o direito à saúde, uma vez que é direito difuso e coletivo, bem ainda, os serviços e ações de saúde foram declarados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como de relevância pública, podendo então, ser objeto de ação civil pública ou inquérito civil de competência do Ministério Público.

Ao final, concluiu-se que, embora seja um problema muito sério, que aflige a população de todas as regiões do país, decorrente da deliberada omissão do poder público, a inefetividade da saúde possui meios de ser resolvida, através da sua judicialização, pelos meios adequados, o que seria acessível, em teoria, a todos.

No entanto, o que ocorre na prática é que apenas as pessoas com mais acesso à educação e informação, que são aquelas que possuem mais oportunidades e meios de garantia à saúde, são as que lançam mão do Poder Judiciário para pleitearem seus direitos, ficando a grande maioria da população brasileira, que depende exclusivamente do Sistema Único de Saúde, a mercê da vontade política dos governantes.

Portanto, ainda que o reconhecimento do direito à saúde e a sua judicialização sejam, atualmente, meios satisfatórios para sua efetivação, eles não resolvem totalmente a problemática. A saúde, como um processo sistêmico, em constante evolução, demanda adaptações periódicas de seus serviços e ações, para que realmente atenda às necessidades da população.

O poder público, através dos governantes do Executivo, é o responsável por efetivar as ações e serviços de saúde de acordo com o que a medicina e a tecnologia oferecem de mais avançado, acompanhando a sua evolução, de maneira eficaz e integral, garantindo o acesso à saúde a toda a população brasileira.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

"**Cenário da Saúde**". 2016. Disponível em:
<http://www.abramge.com.br/portal/files/cenariosaude/cenario_da_saude_ed5.pdf>.
Acesso em: 14/06/2016.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

EICH, Aline Betriz. Percepções: agricultura familiar e políticas públicas para alimentação escolar. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 3, n. 1, 2015.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno. A tutela interdita: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

FLORIANI NETO, Antonio Bazilio; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo. As regras consumeristas: uma análise sob o enfoque dos custos de transação. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 3, n. 1, 2015.

"**Demografia Médica no Brasil 2012**". 2016. Disponível em:
<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=CentroDados&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=30>. Acesso em: 14/06/2016.

"**Gastos com saúde alcançaram 8% do PIB em 2013**". 2015. Disponível em:
<<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/12/gastos-com-saude-alcancaram-8-do-pib-em-2013>>. Acesso em: 14/06/2016.

"**IBGE revela como anda a saúde no Brasil**". 2015. Disponível em:
<<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/06/02/ibge-revela-como-anda-a-saude-do-brasil.htm>>. Acesso em: 14/06/2016.

LENHARO, Mariana. "**Setor privado tem mais médicos que SUS, mas atende 25% da população**". 2015. Disponível em:



<<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/setor-privado-tem-mais-medicos-que-sus-mas-atende-25-da-populacao.html>>. Acesso em: 14/06/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULICHI, Jaqueline Silva; SILVA, Leia Gisele dos Santos. A tutela jurídica dos embriões na reprodução humana assistida. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 3, n. 2, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Faria, GEDIEL, José Antônio Peres e TRAUZYNSKI, Silvia Cristina. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Inclusão social e direitos fundamentais**. Birigui: Boreal Editora, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabrício. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

TEIXEIRA, Silvia Gabriel. Combate a pobreza: a responsabilidade de proteger da comunidade internacional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 3, n. 1, 2015.