

DIREITO À SAÚDE:

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE¹

Karina Ambrozio Correa²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 2.1 A SAÚDE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL; 3 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO; 4 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Neste artigo serão apresentados os principais aspectos da intervenção do Poder Judiciário na judicialização do Direito à Saúde. O objetivo é relatar como o Direito à Saúde não é prestado de forma satisfatória pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Tem como proposta abordar a questão do Direito Fundamental à Saúde que é matéria cada vez mais discutida no meio jurídico, em razão do elevado número de ações pleiteando a liberação e concessão de medicamentos, entre outras prestações assistenciais médicas ofertadas pelos entes públicos. Discutir os seus princípios constitucionais, as “escolhas trágicas” quando se tem poucos recursos e se deve atender a mais importante. Analisar a prestação do Estado, os orçamentos públicos, princípios e diretrizes da saúde e a sua aplicabilidade. Compreender como o poder judiciário age na intervenção de políticas públicas na área da saúde e quando cabe ao judiciário a tarefa de suprir as lacunas do poder público, sendo o garantidor da Constituição, que é indispensável para o exercício do Direito à Vida e à Dignidade, tendo como base constitucional o art.196, e a lei complementar 8080/90 do SUS (Sistema Único de Saúde).

PALAVRAS-CHAVES: Saúde, Constituição, Poder Judiciário, Estado.

RESUMÉ: *Ce travail présent les principaux aspects de l'intervention du Pouvoir Judiciaire dans l'insertion judiciaire du Droit à la Santé. Le but est présenter comme le Droit à la Santé n'est pas disposé d'une bonne forme pour l'État, pour le Système Unique de Santé (SUS). Il y a comme proposition la question du Droit à la Santé, thème chaque fois plus parlé à la communauté judiciaire, à cause du grand numéro de process qui démandent la libération et la concession de médicaments, entre autres démands d'offert d'assistances médicaux données pour les collectivités publiques. Le travail fait aussi l'analyse de l'offert de l'État, les budgets publics, les principes et références de la santé et aussi son applicabilité. Il comprend aussi comment le pouvoir judiciaire fait dans l'intervention des politiques publiques aux secteurs de la santé et quand le judiciaire est le responbale pour le tâche de compenser les ruptures du pouvoir public, en étant de garant de la Constitution,*

¹Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo da Profª Mestre Danielle Regina Bartelli Vicentini.

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2012. karinakodak@hotmail.com

indispensable au exercice du Droit à la Vie et à la Dignité, en ayant comme base constitutionnel l'article 196, et la loi complémentaire 8080/90 du SUS (Système Unique de Santé)

MOTS-CLÉS: *Santé, Constitution, Pouvoir Judiciaire, État.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade apresentar a responsabilidade do Estado e a Judicialização da Saúde.

No capítulo primeiro será apresentada a questão da saúde como direito fundamental e a sua constitucionalidade. No capítulo segundo, como o Direito à Saúde é prestado pelo Estado. Enquanto no capítulo terceiro, será analisada a intervenção do Poder Judiciário na efetividade do Direito à Saúde.

O Direito à Saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais, que têm como objetivo a igualdade entre as pessoas. Este direito foi reconhecido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 196, o qual dispõe ser responsável o Estado, o garantidor de promover a saúde a todos, sendo este um direito fundamental do cidadão, de aplicação imediata. Assim, a criação da lei 8080/90, do Sistema Único de Saúde (SUS), está diretamente relacionada à responsabilidade por parte do Estado.

Todo cidadão tem direito ao serviço de saúde que seja fornecido pelo Estado, sendo este o responsável por garantir a execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos da doença e seja efetivo o seu acesso universal e igualitário, visando a promoção, a proteção e a recuperação do indivíduo.

Os medicamentos são de fundamental importância para que sejam obtidos resultados positivos nos tratamentos médicos, diante do maior bem em risco, a vida. Os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos são definidos e assegurados pelo SUS, conforme previsto no art.198, §1º da Constituição Federal, e recorrido ao princípio da reserva do possível, que se resume aos recursos que sejam proporcionais à pretensão dos fatos.

A intervenção judicial na garantia do Direito à Saúde é um tema muito debatido, principalmente pela sua implantação na prática. A questão a ser enfrentada diz respeito ao Poder Judiciário executar funções que, teoricamente, não

seriam suas, como a execução de políticas públicas. Diante da negativa do Estado em prestar serviços básicos, sob o argumento da falta de recursos, torna-se inevitável a intervenção do judiciário, para que se possa concretizar o que está expresso constitucionalmente.

2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os Direitos Humanos são os direitos inerentes a todos os seres humanos. O seu conceito se refere a ideia de liberdade de pensamento, expressão e a igualdade perante a lei.

Os Direitos Humanos estão ligados aos direitos naturais a respeito de todas as pessoas, sendo realizados tratados e convenções internacionais. As Declarações dos Direitos Humanos se tornaram efetivas após a Segunda Guerra Mundial como reação ao Holocausto ocorrido na Europa. Assim foi criada as Nações Unidas, tendo como objetivo a promoção dos Direitos Humanos. Por esses motivos se teve a elaboração da comissão a “Declaração dos Direitos Humanos”. Todos os direitos contidos nesta declaração são baseados na ideia central de que os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que as pessoas não devem sofrer discriminação por causa de raça, cor, sexo, religião, classe social ou outras classificações.

Pela primeira vez na história, um conjunto de direitos humanos foi definido em âmbito internacional, fornecendo uma descrição universal e secular das condições para o bem-estar das pessoas e instituições e organizações, internacionais e nacionais, tem sido criada para promover e proteger esses direitos (MANN, 1996, p. 139).

Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais são relacionados como sinônimos, mas possuem uma distinção. Aponta Sarlet, os Direitos Humanos têm a sua posição jurídica reconhecendo o ser humano como tal, e a sua vinculação não depende da Constituição, possuindo uma relação internacional, já os Direitos Fundamentais são os direitos positivados na Constituição de determinado Estado (2003, p.35 e 36).

Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos atribuídos a todos os cidadãos em comum, que têm como finalidade assinalar as condições básicas de sobrevivência a todo ser humano.

Até o início do século XX, a saúde estava apenas relacionada como o Direito à Vida, pois anteriormente nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891 ela não teve nenhuma proteção. Apenas no final da Segunda Guerra Mundial houve sua valorização da dignidade da pessoa humana. Na Constituição de 1934 a saúde esteve associada ao Direito do Trabalho, e em 1946, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade” (MARTINS, 2014. p. 543).

Os principais documentos nacionais e internacionais acerca do tema caracterizam a saúde como um completo estado de bem-estar, e não a ausência de doenças, avaliando que a saúde é determinada pelas condições de vida e de trabalho dos indivíduos; pela conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado país (SCLIAR, 2007, p.27).

Na Carta Magna os Direitos Humanos estão no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tendo no Capítulo I “Direitos Individuais e Coletivos”, Capítulo II, “os Direitos Sociais”, Capítulo III, “Nacionalidade”, Capítulo IV “Os Direitos Políticos” e no Capítulo V os “Partidos Políticos”.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a positivar o Direito à Saúde como Direito Humano Fundamental, assegurado- o no art. 6º, caput. Além disso, o art. 196 define a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, devendo ser interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por ser direito essencial, a vida deve ser plena. A ausência de doenças será uma das formas de efetivação desse direito, uma vez que a saúde proporciona qualidade de vida. O princípio da dignidade humana é elemento basilar e informador dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais à vida e à saúde decorrem da dignidade da pessoa humana. (DALLARI, 1999, p.22 e 23).

Os Direitos Fundamentais visam assegurar a todos que possam viver de forma digna, livre e igual, criando condições à plena realização do ser humano na sociedade. Possuem diversas definições, as mais abrangentes, dizem que, tais direitos visam assegurar ao ser humano um mínimo de dignidade na sua sobrevivência e da sua família. Silva aponta que direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (2010, p. 183).

O direito à vida estabelecido no art. 5º da Constituição Federal e da dignidade da pessoa humana tem como consequência à saúde. Falar do Direito à Vida, remete a garantia ao acesso do Direito à Saúde.

A saúde é classificada como direito fundamental de segunda geração. Bonavides dispõe que são direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de estado social (2003, p. 564).

Ela deve ser prestada pelo Estado tendo exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, com o objetivo de garantir a sociedade melhores condições de vida. O Direito à Saúde está associado também ao trabalho, educação, lazer, repouso, habitação e saneamento.

A identificação da finalidade dos institutos parece constituir o melhor critério para a distinção. Assim, os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo a necessidade da promoção da igualdade substantiva, por meio do intervencionismo estatal em defesa do mais fraco, enquanto os direitos individuais são os que visam a proteger as liberdades públicas, a impedir a ingerência abusiva do Estado na esfera da autonomia privada. (PAULO, 2012. p. 103).

Por meio dos Direitos Fundamentais de segunda geração, deve se fazer um equilíbrio do Estado em relação ao cidadão. O Estado possui maior poder econômico, político e jurídico, atribuindo direitos e deveres, a fim de que possa ser ofertado e prestado um serviço adequado para que o cidadão viva com dignidade.

2.1 A SAÚDE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

A saúde tem como garantia constitucional, estabelecido no Art. 196, o acesso universal e igualitário de seus serviços a todo cidadão, não sendo relevante a condição social e econômica da pessoa que necessite ter acesso ao atendimento pelo SUS, tendo como proteção o princípio da igualdade.

Para o Direito à Saúde se fazer efetivo é necessário a criação de políticas públicas, ou seja, um conjunto de atos normativos, devendo ter como objetivo não apenas o tratamento das doenças, mas também a redução de riscos, por meio de serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde de todos.

Previu-se no art. 197 ser a saúde um serviço de relevância pública, vez que indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-

se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (ACHOCHE, 2008, p.78).

Analisando o Direito à Saúde em face dos princípios, o primeiro a ser abordado é o princípio da igualdade que significa igual tratamento entre os homens, sem haver discriminações ou distinções, proporcionando a melhor condição de vida a todos.

A igualdade perante a lei, também repousa na aplicação igualitária do direito, afirmando que “A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”. (CANOTILHO, 2002, p.426).

O princípio da igualdade se aplica de acordo com a Constituição em duas vertentes, uma no legislativo ou no executivo na elaboração de leis, atos normativos e medidas provisórias, os quais são impedidos de criar algo que diferencie as pessoas que estejam em relações iguais. Por outro lado, a interpretação deve ser de forma igualitária, sem qualquer distinção por qualquer que seja.

O princípio da proporcionalidade, também aplicado no Direito à Saúde, está ligado à ideia de adequação e proporção. Este princípio tem ligação com o Direito Constitucional e sua natureza resulta dos Direitos Fundamentais. No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da proporcionalidade não está expressamente na Constituição Federal, somente constando na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784/99.

Este princípio é utilizado quando há um conflito entre direitos e interesses, para assim chegar a uma medida justa.

Deverão ser analisados os meios escolhidos se são adequados para que seja obtido o resultado esperado; se o meio escolhido é mais benéfico ou o menos oneroso entre as opções existentes e se o benefício alcançado preservou os direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. (SILVA, p.28).

O último princípio aplicado é o da reserva do possível, que não se resume a existência de recursos financeiros para que se torne efetivo os direitos sociais, mas que sejam proporcionais à pretensão e a concretização do fato.

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais se encontra na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET,2003, p.286).

Este princípio é utilizado como justificativa do Estado para não cumprir o seu dever perante a Constituição, qual seja a promoção as necessidades dos cidadãos, representadas pelos direitos sociais. Por exemplo, se uma pessoa necessite de um medicamento que é de alto custo, importado, e entra com uma ação contra o Estado, o juiz deve observar se o custo do medicamento é ou não suportável para o ente público, devendo ser analisado se todas as outras pessoas que necessitam desse medicamento irão ser contempladas, assim como o autor da ação. Trata-se do que a doutrina chama de “escolhas trágicas”.

As “escolhas trágicas” surgem quando se tem recursos escassos e à escolha entre atender a uma necessidade e abandonar outra, também considerada importante. Essas escolhas ocorrem quando se quer priorizar uma área, sendo que a outra também necessita e esta acaba sendo prejudicada.

O mínimo existencial estabelece que mesmo diante da falta de recursos, o poder público deve garantir o mínimo necessário para a existência da população e está ligado à ideia de justiça social, relacionado aos direitos sociais, econômicos e culturais.

A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição. (FLORES,2007, p,75).

A importância do mínimo existencial é entendida pela doutrina como o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim, o mínimo existencial é o que cada pessoa necessita para viver, devendo ser garantido pelo Poder Público.

3 DIREITO À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO

No Brasil os modelos assistenciais existem em vários momentos da história, mas as políticas públicas de saúde somente foram implementadas na Constituição de 1988.

O orçamento público é a previsão das receitas e despesas que são efetuadas pelo Governo, e tem por objetivo manter o equilíbrio financeiro do Estado. Com a chegada do Estado Social o orçamento e a ordem econômica e social passaram a utilizar o orçamento como instrumento de Administração Pública.

Para se chegar a atual política pública aplicada ao SUS, vários fatos históricos ocorreram. Segue a ordem cronológica.

Século XVI: vinda da família Real para o Brasil (carência de profissionais e medo da população). Proliferação de curandeiros e boticários. Em 1892 criação dos primeiros laboratórios bacteriológicos. Gestão do Presidente Rodrigues Alves: nomeação do Diretor de Saúde Pública Oswaldo Cruz que implementou desinfecção sanitária e obrigação da vacinação anti-varíola (Revolta da Vacina). 1920: criação de órgãos especializados no combate a doenças. 1923: criação da Lei Elói Chaves que instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões. 1934: Governo de Getúlio Vargas implementa programas de assistência médica aos trabalhadores para garantir o processo de industrialização. 1943: criação da CLT agregando benefícios como indenização a acidentados e tratamento médico aos doentes portadores de carteira assinada. 1953: criação do Ministério da Saúde; e 1956: criação do DNERU para a população rural. 1960: criação da Lei Orgânica da Previdência Social unificando os serviços de saúde aos trabalhadores do regime CLT. 1966: criação do INPS. 1974: criação do Ministério da Previdência e Assistência Social. INPS transforma-se em INAMPS. Fim da década de 70 surge o movimento pela Reforma Sanitarista. Década de 80 são criados programas de assistência básica de saúde. Constituição de 1988 estabelece a saúde como relevância pública e direito básico de todos os cidadãos. Criação do SUS. (COSTA, 2014).

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e n.º 8.142/90, tendo como

objetivo desfazer a desigualdade na assistência à saúde, o acesso ao atendimento público sendo vedada qualquer cobrança ao cidadão.

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS. Estão incluídas no SUS as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. (MARTINS, 2014, p.548)

Para o Direito Fundamental à Saúde se tornar efetivo é necessária a existência de políticas públicas, que são o conjunto de ações governamentais, programas e atividades desenvolvidas pelo Poder Público com o auxílio dos entes privados, para assegurarem os direitos constitucionais inerentes aos cidadãos.

No art. 198 da Constituição Federal as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, hierarquizada e constituem um sistema único, trazendo alguns princípios para sua preservação. O Sistema Único de Saúde, SUS, criado pela Lei nº 8.080/90, é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Compete ao executivo, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações desses serviços a toda população. A efetivação das políticas públicas encontra limites no princípio da reserva do possível, na medida em que o Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias.

Os princípios estabelecidos pelo SUS, presentes no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º do Capítulo II da Lei n.º 8.080/1990 são a universalidade, que significa atender a todos, sem distinções ou restrições, oferecendo toda a atenção necessária a quem precisa; a integralidade que oferece a população ações de prevenção e tratamentos; a equidade, quando disponibilizar recursos e serviços de acordo com as necessidades de cada um; a participação social quando a sociedade participa das gestões públicas de saúde; a descentralização, diretriz que estrutura ao organizar os três entes federados e a cooperar entre si.

Os princípios e diretrizes da saúde estão estabelecidos no art. 200 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080/90 a lei do SUS, já a Lei nº 8142/90 veio como suporte para garantir a participação social da comunidade no SUS (Sistema Único de Saúde) e regulamentar a transferência de recursos financeiros entre os governos.

A lei Complementar nº 141 de 13/01/12, regulamenta no §3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor de valores mínimos aplicados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em saúde (MARTINS, 2014, p. 546). A iniciativa privada poderá ajudar na assistência à saúde, como atividade suplementar.

O orçamento da Seguridade Social será destinado ao SUS de acordo com a receita estimada nos recursos necessários à sua realização e com participação dos órgãos da Previdência Social e Assistência Social, tendo em vista as metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Os recursos financeiros destinados aos municípios serão fiscalizados pelos Conselhos Municipais de Saúde.

Os recursos serão distribuídos pela gestão do SUS, a União é a responsável por distribuir a maior parte dos recursos financeiros para Estados, Municípios e Distrito Federal. Esta distribuição acontece por meio dos recursos do Fundo Nacional de Saúde e são direcionados aos seus entes federativos e os valores são estabelecidos de acordo com os programas implantados, número populacional e unidades básicas de saúde.

A Emenda Constitucional 29 estabeleceu recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos para cada um dos entes federativos na saúde, tendo como garantia maior estabilidade na manutenção nos seus programas.

No caso da União, do ano 2001 ao ano 2004, ao valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB. No caso dos Estados e do Distrito Federal, a 12% do produto da arrecadação de impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I alínea a, e o inciso II da Constituição, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e no caso dos municípios e do Distrito Federal, 15 % do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art.156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º da Constituição (MARTINS, 2014, p.548).

A gestão financeira do SUS possui regras normativas que serão seguidas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e devem ser analisadas a distribuição desses recursos, as obrigações impostas, as sanções e os investimentos mínimos que devem ser aplicados.

O Problema do custeio do direito a saúde no Brasil é ampla e minuciosamente regulado na própria constituição, inclusive com previsão de regras transitórias em caso de omissão legislativa em sua regulamentação. Observe-se – e isto é de suma importância – que esta fonte de custeio constitui em verdadeira garantia financeira para a consecução do direito à saúde, decorre de desembolsos compulsórios de todas as pessoas que são contribuintes do sistema tributário nacional, sejam brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem personalidade jurídica própria e tipificada em nosso ordenamento legal. (SCAFF, 2011, p.90)

A Lei nº 8.142/1990 dispõe sobre a participação social da comunidade na gestão do SUS, e como os recursos financeiros serão aplicados, através dos Conselhos Municipais de Saúde estabelecidos por lei.

O serviço de saúde prestado pelo SUS, seja diretamente ou com a participação de empresas privadas, se organizam de forma regionalizada. A direção do SUS é exercida no âmbito da União pelo Ministério da Saúde, pelos Estados e Distrito Federal são as Secretarias de Saúde e pelos Municípios as Secretarias ou Autarquias de Saúde.

Os serviços de vigilância epidemiológica e sanitária serão executados em casos de ocorrência de notificações, surtos epidêmicos ou disseminação de doenças. Estas normas estão previstas na Portaria GM/MS nº 1.172, de 15/06/2004, publicada pelo Ministério da Saúde, que regula a relação da vigilância entre os três entes federados.

A Assistência Farmacêutica faz parte do rol de ações que visam garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo o medicamento como insumo essencial assegurando um tratamento adequado aos pacientes.

Estão incluídos na rede pública de saúde os medicamentos alopáticos, homeopáticos, fitoterápicos e as plantas medicinais.

Os medicamentos que compõem a Farmácia Básica são destinados ao tratamento de doenças e recuperação da saúde, no âmbito da Atenção Básica à Saúde. Portaria GM/MS nº 3.237/2007, estabelece as normas de execução e de financiamento da assistência farmacêutica.

Com o objetivo de garantir aos usuários do SUS o acesso aos medicamentos usados no tratamento de doenças que configuram problemas de saúde pública, consideradas como de caráter estratégico pelo Ministério da Saúde, são disponibilizados medicamentos para o tratamento de doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto socioeconômico. Atendem

aos Programas Nacionais de DST/AIDS, Tuberculose, Hanseníase, Lúpus, Tabagismo, Endemias Focais (Malária, Leishmaniose, Esquistossomose, Meningite, Doença de Chagas, Peste, Tracoma, Filariose, Cólera e Micoses Sistêmicas), Sangue e Hemoderivados e os Imunobiológicos. (MINISTERIO DA SAUDE, 2009, p.38).

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para que os serviços e ações assegurem o Direito à Saúde de forma efetiva, mas muitos municípios operam esses serviços em condições desfavoráveis, caracterizados pela insuficiência de recursos financeiros, poucos funcionários para atender às demandas dos usuários, falta de insumos para realização de procedimentos médicos, causando a ineficiência dos serviços de saúde.

4 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Muitas pessoas quando não conseguem ter o seu direito assegurado, pelas normas estabelecidas nas leis e diretrizes do Poder Público, a alternativa que lhes restam é acionar o Poder Judiciário para concretizar a ação pretendida.

O Estado quando se nega em prestar serviços básicos, diante do argumento de escassez de recursos para a manutenção desses direitos fundamentais, torna inevitável a intervenção do Judiciário.

Diante o princípio da igualdade, o direito fundamental a saúde, visa atender a todos que necessitam e não somente alguns que são beneficiados com esse direito.

Cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social. Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de garantir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição.(AVILA,2013).

As ações impetradas relativas ao Direito à Saúde podem estabelecer diversas interpretações e devem ser analisadas em todos os aspectos para que se

tenha uma melhor decisão que não prejudique o Poder Público, ultrapassando os limites. O Poder Judiciário deve atuar como o controle da legalidade, fazendo a correta aplicação da lei, para que o direito seja efetivado.

Existem posições contrárias adotadas, sob o argumento de que as verbas públicas devem ser usadas para o financiamento público dos direitos sociais e não para o direito do indivíduo por ordem judicial, devendo os recursos públicos serem suficientes para que todos possam ser atendidos de forma igualitária, na medida de suas necessidades.

De acordo com Scaff a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, gozado diretamente por cada indivíduo, e não por meio da implementação de uma política pública (2011, p.109).

A posição do STF (Supremo Tribunal Federal) em consideração a obrigação do Estado de assegurar a saúde a todo cidadão, estabelece ao Poder Público o dever de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), sendo observado a judicialização do Direito a Saúde, ocorrida não por ausência das políticas públicas e sim pelo seu não cumprimento.

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

As normas programáticas não obrigam o Estado a custear tratamento médico-hospitalar não abrangido pelas ações e serviços públicos de saúde. Os programas de acesso igualitário as ações e os serviços de saúde regulamentados por lei, prejudica muitos em proveito de poucos e o fato do Direito a Saúde ser dever do Estado importa o direito a prestações pecuniárias do Poder Público necessário para a realização de tratamento ou aquisição de medicamentos.

Em uma decisão o Ministro Cezar Peluzo deferiu o requerimento de antecipação de Tutela para o fornecimento de medicamentos que eram indispensáveis a sobrevivência do indivíduo.

É evidente que os pacientes necessitam do uso diário e contínuo dos insumos e medicamentos pleiteados, de modo a diminuir o sofrimento intenso decorrente das características próprias da patologia, bem como da necessidade de trocas diárias dos curativos. Dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de contracautela. Evidente, portanto, a presença do denominado risco de “dano inverso”. (BRASIL, 2011).

A aplicabilidade das normas constitucionais se referencia pela infração ao Princípio da Separação dos Poderes, que considera indevida a interferência do Judiciário na definição das políticas públicas. Mas a Constituição atribuiu, autoridade soberana aos seus três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, garantindo-lhes autonomia, independência e harmonia entre si. Desta forma não há a existência de supremacia a qualquer um dos Poderes em relação a outro.

O Poder público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõe, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição (SILVA, 2007, p. 75).

Alguns desses julgamentos ocorreram após uma audiência pública realizada pelo STF entre os meses de abril e maio de 2009, para debater a judicialização do Direito à Saúde, apresentando os problemas aos gestores da Administração Pública, especialistas, membros do Ministério Público, argumentando que quando se trata de saúde pública a responsabilidade é solidária dos entes federativos.

Alguns medicamentos não são contemplados pela Política de Assistência Farmacêutica da rede pública, em virtude do alto custo. Com a audiência pública, concluiu-se que era necessário dar maior celeridade as ações relativas ao Direito à Saúde e as tecnologias incorporadas ao SUS. Assim foi publicada a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou o Art. 6º, alínea d do inciso I da Lei 8080/1990, dispendo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A instituição da Comissão Nacional para Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), em 2011, em cenário marcado pela judicialização da Saúde no Brasil, possui papel importante ao proporcionar maior

transparência às análises de demandas de incorporação de tecnologias no SUS e ao ampliar a participação da sociedade por meio das consultas públicas. (CONASS, 2015).

Com a finalidade de contribuir para a tomada das decisões a CONITEC (Comissão Nacional para Incorporação de Tecnologias no SUS), elaborou fichas técnicas com informações sobre os medicamentos: o princípio ativo, as marcas disponibilizadas, se há uma prévia avaliação, se está disponível no SUS, quais as alternativas terapêuticas disponíveis entre outras.

Cabe aos gestores do SUS a reorganização da assistência farmacêutica para garantir a disponibilidade e o fornecimento dos medicamentos previstos nas políticas. É necessário o enfrentamento do problema em tempo hábil, centrado na intersetorialidade, com equipe de profissionais capacitadores para avaliar a indicação clínica do medicamento pleiteado” (MACEDO, 2011).

Está estabelecido que o Poder Judiciário estaria apenas obrigando o Poder Público a cumprir com as obrigações já definidas em seu governo e criando novas políticas, que são argumentadas em algumas das decisões, não podendo haver distinções no tratamento de seus usuários, tanto em ações individuais como em ações coletivas.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (AVILA,2013).

O Poder Judiciário não pode ser omissivo em relação ao Estado, pois é ele o verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais, tendo o termo judicialização a maior responsabilidade para se tornar efetivo.

Com a decisão do Poder Judiciário o Estado se vê obrigado a cumprir a decisão que lhe foi demandada em um curto prazo de tempo, não podendo esperar o procedimento de prévia licitação ou receitas orçamentárias, pois no seu não cumprimento serão imputadas multas de valores relevantes que poderiam atender vários setores coletivos para somente atender um único indivíduo. Além disso, há muita discussão sobre o ato de a via judicial prestigiar apenas as

classes que têm acesso ao Poder Judiciário podendo muitos desses indivíduos arcarem com as custas processuais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO À SAÚDE - AÇÃO PROPOSTA CONTRA O MUNICÍPIO DE CAMPO BELO PLEITEANDO FÁRMACO PARA TRATAMENTO DE CANCER DE PRÓSTATA - ALTO CUSTO - PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO - PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL - DECISÃO QUE CONCEDEU O MEDICAMENTO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

A União dispõe de recursos especificamente dirigidos ao custeio de tratamentos de câncer e que o Estado responde pelos medicamentos excepcionais, podendo ser demandado supletivamente. Dessa forma, não entendo ser plausível, em geral, que as demandas que visam obtenção de fármaco de alto custo para tratamento de câncer sejam propostas apenas em face do Município, dada à capacidade econômica reduzida do ente se comparada aos demais, o que pode acarretar em desequilíbrio econômico. Contudo, em situações excepcionais nas quais fique evidenciado o prejuízo de dano irreparável e fatal em decorrência da modificação da decisão que concedeu o medicamento pleiteado, que não pode ser substituído por outro, entende-se que deve ser mantida a obrigação imposta ao Município. NEGÓCIO PROVIMENTO AO RECURSO. (BRASIL, 2015)

Relata Barroso em virtude desse fato, a concessão de medidas judiciais favoráveis a essa classe agravaria as desigualdades econômicas e sociais, uma vez que o Poder Público, muitas vezes, para cumprir tal decisão teria que abrir mão dos recursos destinados à tutela dos indivíduos de classe mais baixa (2009, p.25).

A judicialização da saúde trouxe vários critérios que podem ser prejudiciais ao Poder Público.

a) legitimidade da via judicial para determinar prestações estatais positivas no campo das políticas públicas; b) o acesso à justiça para a obtenção de medicamentos se restringe à classe média, o que provoca desigualdades econômicas e sociais; c) falta de domínio e de conhecimentos específicos e técnicos do Judiciário sobre a matéria de políticas de saúde; d) limitação orçamentária da Administração Pública. (RIBAS, 2013).

Para que as ações judiciais sejam efetivadas é necessário um controle dos gastos públicos, a fiscalização das verbas e recursos destinados, os prévios orçamentos para que se torne efetiva a garantia dos direitos sociais e fundamentais.

A fim de que o Poder Judiciário não interfira tanto nas políticas públicas seria necessário que o Poder Executivo administrasse de forma eficaz e célere, diminuindo o ajuizamento das ações. Sendo assim o judiciário apenas

interferiria nos casos em que a Administração Pública fosse omissa, requerendo do poder público a sua ineficiência.

5 CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo pode-se observar que o Estado tem o dever de assegurar o Direito à Saúde a todos que dele necessitar, viabilizando a construção de uma garantia segura e almejando o bem estar e a justiça social. A Constituição Federal, pelo princípio da igualdade, diz que não deve haver nenhuma distinção, a fim de que todos sejam tratados da mesma forma, com acesso à saúde, o qual é um direito assegurado constitucionalmente.

No capítulo primeiro se conclui que os Direitos Fundamentais e constitucionais são reconhecidos em todo mundo e nascem com o indivíduo, não podendo ser restringidos ou retirados pelos órgãos governamentais, pois protegem o cidadão. Cabe ao Estado a reorganização das verbas públicas para a sua efetivação. No capítulo segundo é necessário que o Estado garanta a efetividade do Direito à Saúde, por meio de políticas públicas, sendo a responsabilidade solidária dos entes públicos para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. E no seu terceiro capítulo, a intervenção do Poder Judiciário tem sido no sentido de assegurar ao cidadão enfermo o fornecimento do tratamento que necessita.

O Sistema Único de Saúde (SUS), estando em estado precário, somada a insuficiência de recursos para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, fez surgir a judicialização da saúde, uma medida eficaz para a omissão do poder público.

Apesar de algumas das posições divergentes, há quem alegue que a intervenção do judiciário fere a Tripartição dos poderes e irá acarretar o não funcionamento do SUS, pois os gastos para cumprir as decisões judiciais, consomem parte do orçamento destinado à saúde coletiva.

Contudo, ante a omissão e descaso do Estado na efetivação do Direito à Saúde, não há que se falar em desrespeito à Tripartição dos poderes. O judiciário não pode compactuar com tal situação, apresentando-se, muitas vezes como a última chance do indivíduo de ver seu direito respeitado.

Ademais, para que haja uma melhor aplicabilidade do Direito à Saúde, é necessária também a participação ativa da população, a fim de que os

problemas apresentados tenham uma solução. Cobrar por uma saúde de qualidade, onde a população seja tratada com respeito e dignidade é uma questão de cidadania, assim, é preciso reavaliar e fiscalizar como está sendo distribuídos os orçamentos públicos à saúde.

A administração sendo feita de forma eficaz, a intervenção do Poder Judiciário tende a ser a menor possível.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. **A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais.** JusNavigandi, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

ANDRÉ, Andréa Alessandro. **A Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a Intervenção do Poder Judiciário.** 2011. Monografia. (Curso de Graduação *Lato Sensu* de Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/484/3/20724601.pdf>. Acesso em: 07 ago. de 2015.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42130&seo=1>>. Acesso em: 23 abr de 2016.

BARBERATO FILHO, Silvio; LOPES, Luciane Cruz; MACEDO, Eloisa Israel de. **Análise técnica para tomada de decisões do fornecimento de medicamentos pela via judicial.** Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 706-713, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011005000044. Acesso em: 20 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde.** Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/atualizacao-2015/L07_Assis-Farmaceutica-no-SUS_jun2015.pdf Acesso em 03 set. de 2015

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. **O SUS no seu município: garantindo saúde para todos**. 2ª Ed. Brasília. Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo ARE 787314 RS. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo AI 10112150004342001 MG. Relator: Min. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STA 558 PR, Relator Min. CEZAR PELUZO. **Diário de Justiça**, Brasília, 02 de setembro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Antônio Gil. COSTA, Carlos Eduardo de Mira. **Breve Relato Histórico das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**. 2014.

Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=170>. Acesso em: 15 mar. de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Moderna, 1999.

DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos e a intervenção judicial**. 2009. Monografia. (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/ana_dauve.pdf Acesso em: 20 ago. de 2015

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. **Mínimo existencial. Uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito. v. 21, n. 1, 2007.

HERRERA, Luiz Henrique Martins. **Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalíssimo versus substancialíssimo**. Revista de Direito, Bauru: SARE, Vol. XII, nº. 16. 2009. Disponível em

<<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewFile/936/736> >. Acesso em: 12 fev. 2016.

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. **Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial.** Revista Saúde Pública. 2011, vol.45, n.4, p. 706-713. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400010#back> Acesso em:20 abr. de 2016

MANN Jonathan. **Saúde Pública e Direitos Humanos.** Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/07.pdf>. Acesso em: 14 mar. de 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social.**34^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Antônio Jose Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito a saúde** (Estado e Constituição, 12). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

RIBAS, Carolline Leal. **O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001>. Acesso em:22 abr. de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCLIAR, M. **História do conceito de saúde.** Physis, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 27, 2007.

SCHEIBE, Barbara. **A (in) eficácia do direito fundamental à saúde.** 2011.Monografia. (Especialista em Direito Constitucional) Universidade Anhanguera. UNIDERP. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/39707/a-in-eficacia-do-direito-fundamental-a-saude#ixzz3lpfz8lew> Acesso em: 31 ago. de 2015

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Monografia. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Instituto Brasiliense de Direito

Público IDP. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 14 mar. de 2016.

SLAIBIL, Maria Cristina Barros Gutiérrez. O direito fundamental à saúde. **Boletim do Instituto de Saúde, BIS**, São Paulo, V. 12, n. 3, p.227-233, Dez. 2010.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2010. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf Acesso em: 10 set. de 2015.

STENGER, Rubens Emilio. **O Princípio da Igualdade como marco norteador das Políticas Públicas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011.

Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9899&revista_caderno=9>. Acesso em: 14 mar. de 2016.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 8^o ed. Editora Método. São Paulo. 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, vol.42 no.2, Abr. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102008000200025&script=sci_arttext Acesso em: 12 set. de 2015.