

**UNIVERSIDADE ANHEMBI MORUMBI  
ADRIANA DA CUNHA LEOCÁDIO**

**DIREITO À SAÚDE NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

São Paulo  
2010

**UNIVERSIDADE ANHEMBI MORUMBI  
ADRIANA DA CUNHA LEOCÁDIO**

**DIREITO À SAÚDE NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso , como exigência parcial para a obtenção de título de Graduação do Curso de Direito da Universidade Anhembi Morumbi.

Orientador: Professor Mestre Nilson Nunes

São Paulo / 2010

**UNIVERSIDADE ANHEMBI MORUMBI  
ADRIANA DA CUNHA LEOCÁDIO**

**DIREITO À SAÚDE NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Banca Examinadora, como exigência parcial  
para a obtenção de título de Graduação do  
Curso de Direito da Universidade Anhembi  
Morumbi.

Orientador: Professor Mestre Nilson Nunes

Co-orientador: Professor Doutor Fernando Affonso Fonseca – (UNIFESP)

BANCA EXAMINADORA:

---

**Professor MS Nilson Nunes**

Universidade Anhembi Morumbi

---

**Professor**

Universidade Anhembi Morumbi

---

**Professor**

Universidade Anhembi Morumbi

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus por estar comigo em todos os momentos desta longa caminhada. Impõe-se que seja rendida justa homenagem ao expressivo número de pessoas que ofereceram a sua colaboração. Ao meu orientador Professor Mestre Nilson Nunes que é um exemplo de cientista do Direito, exemplo de pensador, pessoa a quem devo o eterno agradecimento pela oportunidade de desenvolver os estudos de Graduação na Universidade Anhembi Morumbi e pelo apoio neste trabalho conjuntamente com o projeto de pesquisa, encontrando, ainda dentre tantos afazeres, o precioso tempo para contribuiu como um maestro e muita generosidade para que este sonho fosse alcançado, nunca me deixando esmorecer diante dos desafios e acreditando na minha capacidade. A minha família pelo incentivo despendido nesta jornada de cinco anos. A minha avó e minha tia-avó (Maria de Lourdes – in memoria) que caminharam todos os dias ao meu lado com firmeza e persistência. Aos meus queridos Pais pela dedicação, amor, compreensão e apoio incondicional sem os quais teria sido impossível continuar. Ao meu irmão, Advogado especialista na área da saúde, por ter me incentivado a ingressar no curso de Direito e por compartilhar desse momento de crescimento, me fazendo acreditar na justiça. A Maria Anátide pela paciência, companheirismo e fidelidade. Aos meus padrinhos Isaias e Neide, pelo amor, pela força e confiar na minha capacidade. Aos meus grandes amigos Fernando, Elza, Simone, Raphael, Fábio e Neto por estarem sempre presentes puxado minha orelha todas às vezes em que me faltou o ânimo. A Márcia por me ajudar nos momentos em que nem eu mesma acreditava que iria conseguir. Aos amigos da faculdade pela família “torta” que construímos. Ao Professor Mestre Quelson Cherubim Flores pela forma dedicada que conduziu a orientação para concretização desse trabalho. E para não incorrer em injustiças, agradeço de coração todo corpo Acadêmico que ao longo dos últimos 5 anos estiveram sempre empenhados no desenvolvimento deste projeto.

## EPÍGRAFE

Quem transforma o mundo não são as maiorias acomodadas, mas sim as minorias determinadas.

*Maurice Duverger*

Só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso.

*Rui Barbosa*

"A solidariedade é um conceito que indica a noção de que fazemos parte de um todo. É exatamente essa consciência que está juntando diferentes personagens do empresariado, do Terceiro Setor e do governo. Para o bem estar de todos não podemos ter partes tão desconectadas em nossa sociedade para que possamos incluir todos os excluídos dentro de nossa sociedade.

**Para mim é isso solidariedade."**

*Ruth Cardoso*

## RESUMO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 simboliza uma nova etapa e garante a todos o direito à saúde como obrigação do Estado, ad libitum da democracia no país. A saúde e sua proteção, estão abraçadas no ordenamento jurídico-constitucional, traduzindo uma miríade de aspectos que suscita pela sua relevância, impondo uma delimitação do âmbito do presente estudo. Em nossa Carta Magna de 1988, trouxe o valor da dignidade da pessoa humana, isso embasado no fundamento do Estado Democrático de Direito, como informador de todo ordenamento jurídico. Calcados nos direitos fundamentais, a proteção à saúde tem como mecanismo, a realização das demandas judiciais, através do Poder Judiciário, obedecendo aos requisitos exigidos e com amparo do profissional médico altamente qualificado. A conquista dessas demandas se dá a fórceps, provocado por organizações não governamentais, por pessoa individual, ou pelo Ministério Público e foi dessa forma que o cidadão brasileiro encontrou uma luz no final do túnel do descaso para fazer valer um direito adquirido. Os direitos sociais e individuais da pessoa, estão apensados na instituição do estado democrático, assim como, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Justiciabilidade. Direito à saúde. Tutelas Jurídicas.

## ABSTRACT

The Constitution of Brazil ratified on 1988, symbolizes a new stage and ensures all the right to health as a State obligation, *ad libitum* of democracy in the country. Health and protection are bonded to the legal-constitutional ordainment, translating a myriad of issues that rises for the relevance, imposing a definition of the scope of this study. In our *Carta Magna*, the Rule of Law, brought the value of human dignity, based upon the foundation of a democratic Rule of Law, as in informer for the entire legal system. Supported by fundamental rights, health protection has as legal mechanism the completion of litigation by Judiciary complying with the requirements and supported by highly qualified medical professionals. The achievement of demands is done with difficulty caused by non-governmental organizations, by individual or by the prosecutor, and so the Brazilian citizen found a solution to assert a vested right neglected. Social and individual rights of the person are joined in the institution of a democratic state as well as the welfare, development, equality and social justice.

Keywords: Fundamental rights, Justiciability. Right to health. Legal guardianships.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>10</b>
1.1. Dimensões dos Direitos Fundamentais.....	10
1.2. Eficácia das Normas Constitucionais.....	16
1.3. Dimensões objetiva e subjetiva dos Direitos fundamentais.....	18
<b>CAPÍTULO 2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>24</b>
2. 1. O direito à saúde: conceito.....	24
2. 2. Princípios constitucionais efetivadores das políticas públicas da Saúde.....	27
2. 3. Obrigação dos Entes Federativos quanto à efetividade ao direito à Saúde.....	28
<b>CAPÍTULO 3 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>32</b>
3.1. Fornecimento de medicação por ordem judicial: diretrizes e Procedimentos.....	32
3.2. Modalidades de atuação judicial e tutela de urgência.....	36
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios enfrentado bravamente pela sociedade foi à concretização do Direito do à saúde. A Constituição Brasileira de 1988 afiança a todas as pessoas o direito à saúde, preventiva, curativa e farmacêutica integral conforme descrito nos artigos 5º, inciso XXXV e 196. Existem diversos dispositivos constitucionais para a devida validação e concretização desses direitos.

Cunhada pelo falecido Presidente da Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, a Carta Magna de 1988 passou a ser conhecida pela expressão Constituição Cidadã, erigiu em norma fundamental, o chamado Princípio do Devido Processo Legal. Nos moldes do que preconiza, tem por obrigação o Estado prover os anseios que são oriundos do exercício da cidadania, fazendo valer o conceito de assistência à população, uma vez que, o conceito de saúde está diretamente relacionado com a qualidade de vida digna.

As demandas judiciais, de natureza prestacional, na área da saúde devem ser positivadas de cunho imediato. A política de saúde pública caminha ao lado dos princípios norteadores de sua implementação junto com as consequências de um desdobramento emergencial que necessita de um desenvolvimento para garantir a sua aplicabilidade no direito à saúde dos brasileiros.

O ordenamento jurídico em todo seu ápice, as norma de hierarquia superior, consoante com a nossa Constituição vigente, como um dos demais direitos sociais, como um bem jurídico digno de tutela constitucional. Outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, assegurando a proteção para a vida e integridade física, no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.

## **CAPÍTULO 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Indubitavelmente, como instrumento de proteção da pessoa, a Constituição Federal do Brasil de 1988 – (CF/88), endossa os direitos fundamentais, diante de uma fraca atuação do Estado, calçada na estéril argumentação de falta de reserva de mercado para cumprir o acesso à saúde.

Segundo o Ilustre Rui Barbosa, quem dá às Constituições realidade, não é, nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende.

### **1.1 Dimensões dos direitos fundamentais**

Focando a lente para uma visão atual do nosso constitucionalismo, é possível compreender o que são direitos fundamentais. Permeadas de normas diferentes, as Constituições sofreram transformações ocorridas no tempo que traduz a evolução histórica do pensamento humano.

Não são uníssonas as diversas designações existentes, conforme vislumbrado em doutrinas, a expressão mais adequada direitos fundamentais do homem.

O homem enquanto um ser vivente e pensante, característico das sociedades democráticas ao longo da história, está sempre numa luta constante pelos seus direitos.

Preconiza DALLARI, de Abreu Dalmo, (2010, p.10):

O conhecimento dos direitos fundamentais é necessário para que se perceba que a Constituição de 1988 autêntica não pode ser o produto de uma construção artificial, estabelecida ou modificada de modo a atender às conveniências de quem detiver o poder político num dado momento.

O homem enquanto um ser vivente e pensante, característico das sociedades democráticas ao longo da história, está sempre numa luta constante pelos seus direitos. Heráclito que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, e para o Direito tal destino se revela inexorável.

A definição de MORAES, de Alexandre (2006, p. 21) é a seguinte:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos fundamentais.

Os autores, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 54) assim definem os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet(1998, pp. 78) , declara que no caso da nossa Constituição Federal de 1988, a primeira Constituição brasileira que reconheceu o direito à saúde expressamente como direito fundamental, este encontra-se previsto, de forma genérica, no artigo 6º (juntamente com os demais principais direitos fundamentais sociais). Convém registrar que:

como nos artigos 196 a 200, que contém uma série de normas sobre o direito à saúde, algumas das quais voltaremos a referir. Tudo isso, inclusive os já referidos pactos internacionais ratificados incorporados ao nosso ordenamento jurídico, integra, em última análise, o direito (e dever) à saúde na nossa ordem constitucional vigente.

Nessa empreitada de melhor compreender os Direitos Fundamentais torna-se necessário verificar suas principais características. Para tanto, pede-se vênha para utilizar a relação constante na obra dos professores do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 229-241), acerca do tema:

a) **universalidade**: todos os seres humanos estariam abrangidos pelos Direitos Fundamentais, independente de sua situação social, política, econômica, sexo, idade, raça ou nacionalidade.

b) **absolutos**: os direitos fundamentais estão no patamar mais alto do ordenamento jurídico e não podem jamais sofrer restrições, limitados ou violados.

c) **historicidade**: o alcance, o significado, a efetividade e até a existência de determinados direitos fundamentais variam conforme as circunstâncias históricas, de maneira que certo direito pode ser considerado indispensável atualmente enquanto que em outra época nem sequer era cogitado. É o exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da CF/88).

d) **inalienabilidade/indisponibilidade**: segundo essa característica, os Direitos Fundamentais são insusceptíveis de serem transferidos onerosa ou gratuitamente.

e) **constitucionalização**: com a constatação da imprescindibilidade dos Direitos Fundamentais, esses passaram a necessitar de um suporte normativo capaz de os colocarem nos ápices dos ordenamentos jurídicos, imunes às mudanças ocasionais e pouco refletidas, encontrando abrigo nas Constituições dos Estados Modernos.

f) **vinculação dos Poderes Públicos**: todos os Poderes Públicos são vinculados aos Direitos

Fundamentais, no sentido de que não se tratam de simples programas ou carta de intenção, mas de normas revestidas de razoável efetividade.

g) **aplicabilidade imediata**: segundo essa característica, os Direitos Fundamentais não carecem de regulamentação pelo legislador ordinário para que possam ser aplicados. O reconhecimento da irradiação de seus efeitos tenciona evitar o esvaziamento de seus conteúdos.

Uma atitude proativa diante da proteção do regime democrático, num ponto de vista neoliberal, numa ampla divulgação da recôndita determinação constitucional, a tutela dos direitos fundamentais e direitos humanos da cidadania, principalmente no que tange às cláusulas pétreas, é compreensível ante uma incumbência.

A partir da crença na liberdade do indivíduo, lastreado, de um lado, no dever constitucional do Estado enquanto instituição tem a obrigação de garantir a todos o acesso à saúde e aplicabilidade dos direitos fundamentais foi positivada em normas com ordenamento específico.

BONAVIDES, Paulo. , (1996, p. 187).

Os direitos fundamentais também podem ser pensados como valores, como topoi ou standart jurídicos com outras funções dentro da quadratura dogmático-positiva. A compreensão da utilização de normas de direitos fundamentais como valores a regular as atuações do Estado e dos indivíduos é própria do Estado pós-liberal, que é o Estado Social.

No direito positivo, diferentes expressões utilizadas para conceituar e definir os direitos fundamentais.

A CF/88, que utiliza terminologias adotadas pela enorme pluralidade, expressões como: direitos humanos; direitos e liberdade fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos fundamentais da pessoa humana; e, também, direitos e garantias individuais.

Sarlet, Ingo Wolfgang – (2005, p. 35 e 36):

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Ao longo da história, a positivação dos direitos fundamentais se deu em ondas, conforme descreve LEMBO, Cláudio. (2007, p. 269):

De fato, muito embora detentor de direitos que são imanentes à condição humana, o reconhecimento constitucional desses valores a favor do homem se deu apenas lentamente, a reboque de pesados confrontamentos no campo da faticidade histórica e de tormentosos debates na seara das idéias, querelas essas regra geral suscitadas no fito de conter algum poder arbitrário e/ou opressivo que exasperadamente se impunha.

Ainda nessa esfera, descreve LEMBO, Cláudio. (2007, p. 15):

Exsurgem, pois, como direitos que obstam a ação discricionária e arbitrária do governo em face das pessoas, verdadeiros direitos públicos subjetivos oponíveis apenas em face do Estado, inibindo o arbítrio do poder *político*, de quem se passou a exigir uma postura basicamente *absenteísta*, ou seja, impunha-se ao poder estatal o dever de *interferir minimamente* na realidade privada, em uma típica *obrigação de não fazer*, o que demonstra seu caráter *negativo*. Afirmam-se, dessa forma, como *direitos de liberdade* ou *direitos de defesa*.

Vale ressaltar que devemos destacar dentro de direitos fundamentais os de primeira dimensão, que se qualificam como as liberdades de manifestação, de associação e o direito de voto. Dando continuidade ao conhecimento das dimensões dos direitos fundamentais, chegamos à segunda dimensão.

Preconiza ainda SARMENTO, Daniel. (2006, p. 19)., Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho.

A vida em sociedade cai como responsabilidade nos ombros do Estado, que tem como obrigação gerar qualidade digna na obrigação e realizar as políticas públicas, oferecendo melhorias no cotidiano dos cidadãos brasileiros, abraçando o princípio da igualdade, como consectário lógico do já anteriormente assegurado direito à vida.

Exemplo disso, podemos extrair logo no artigo 1º da CF/88 desta República, como um dos fundamentos proclama a materialização da dignidade humana, auferindo objetivos fundamentais desta nação, segundo o subsequente artigo 3º da mesma Carta Política, relativa a questões atinentes a relação obrigacional de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza, ao fato que o cerne da questão, dentre outros escopos, esta intimamente ligada à manutenção da vida humana, a redução das desigualdades sociais, com a promoção do bem de TODOS, sem quaisquer discriminações.

Tudo que se compreende como fundamento necessário e essencial, tem um significado diretamente ligado a vida, a dignidade da pessoa humana no que tange ao direito à saúde. Logo, qualquer óbice imposto contra o direito à vida de um ser humano, já o torna naturalmente ilegal.

Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana.” (2002, p. 66) Ressaltando-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana, ou seja, à manutenção de uma vida digna, prevalecendo os direitos essenciais, traz atribuído à expressão “Direitos Humanos”. Diante disso, CANOTILHO, J. J. Gomes. Em sua obra, Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra (1998)., sugere um argumento para a distinção. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta. *In literis*:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídicos institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 359)

Sublinhando a obrigação precípua do poder público para com a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa não pode ser vista como mero acervo de boas intenções, dessas que jamais extrapolam o letargo típico do arcabouço das inutilidades jurídicas concebidas nesta pátria.

Finalizando, não resta dúvida que a Constituição de 1988 é de extrema relevância o pólo definidor para vivermos em um Estado Social de Direito democratizado, atendendo todos os meios e fins estabelecidos em seu papel de guia da sociedade.

## **1.2 Eficácia das Normas Constitucionais**

Dependem da manifestação da vontade, os direitos criados pelo ordenamento jurídico. A única certeza é que todo ser humano nasce com direitos inerentes a si.

Em sua grandiosa obra, SILVA, J. A. enunciou a célebre divisão tricotômica das normas constitucionais, no que diz respeito à sua eficácia e aplicabilidade. Dividiu-as em:

- A.** Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata;
- B.** Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição;
- C.** Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.

As normas constitucionais, evidentemente são de extrema importância dentro do ordenamento jurídico e foram definidas com superioridade em relação às demais normas. Faz-se necessário conhecer a supremacia da norma para que a segurança e estabilidade não deixem de existir no seio da

sociedade, sem deixar de mencionar a superioridade e imutabilidade verdadeiros destinatários dos rumos desta nação.

A eficácia de uma norma jurídica em vigência pode ao mesmo tempo, não ser eficaz e continuar em vigência. Baseado nisso, a vigência de uma norma jurídica não se confunde com a sua eficácia.

SILVA, José Afonso 1998, (p.53), declara em sua obra que a *Vigência*, de outro vértice, é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, exigível sob certas condições, não se confundindo com *eficácia*, sendo condição de efetivação desta.

Concluindo, vale rememorar preciosa lição de BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. p.489.

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor material de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.

As normas de direitos fundamentais, numa ligação direta, representam a teoria dos valores a ser perseguido e irradiado para toda a sociedade e Estado. A administração da saúde, a concretização da promessa constitucional que o Estado deveria suportar e garantir ao solicitante o inalienável direito à vida. Protraindo no tempo, nos recônditos do sistema burocrático, Os deveres e proteção são normas de direitos fundamentais de eficácia objetiva.

ANDRADE, José Carlos Vieira. 2006, p. 114.

Isto se justifica por que os direitos fundamentais não possuem apenas a sua dimensão individual própria da subjetividade, mas foram elevados ao patamar de "pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade"

SILVA, José Afonso, (2005, p. 132), exemplificando as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, assim se pronuncia especificamente quanto ao direito à Saúde;

não incluímos aqui, entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral nem o direito à saúde (artigo 196 – CF/88) nem o direito à educação (artigo 205, CF/88), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que por isso, tem a obrigação de satisfazer, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.

Diante de todo ordenamento jurídico, nesta ordem de idéias, o direito consagrado no artigo 5º, da Constituição Federal, caput, qual seja o direito à vida, não pode sucumbir ante o direito fundamental, o que significa dizer que as normas constitucionais de eficácia plena, estão vinculadas aos Poderes Públicos e não podem ser subtraído da CF/88.

### **1.3. Dimensão objetiva e subjetiva dos Direitos fundamentais**

Em um dogma constitucional, é importante analisar os direitos fundamentais na perspectiva objetiva e subjetiva, conforme proposto nesse tópico.

Numa visão mais profunda, um mesmo direito pode exercer a mesma qualificação: objetiva e subjetiva, tudo dentro dos direitos fundamentais.

Vestibularmente aduz, que a dimensão objetiva, que reflete a eficácia, algo mais importante em diversas conexões dogmáticas da modernidade.

Estabelecido de forma inquestionável, a exploração das dimensões dos direito fundamentais, a primeira dimensão, é considerada como o patamar inicial, sendo eles, direitos políticos e civis. Nessa primeira dimensão cabe também o direito à liberdade, religião e o direito à vida, a igualdade formal legal entre as coletividades e as individualidades.

Preconiza MALISKA, M. A. (1998, p. 40):

Os direitos fundamentais chamados de primeira dimensão são teorizados pelo seu cunho materialista, ao qual, foram atingindo estas características através de um processo cumulativo e qualitativo designando uma nova universalidade com escopos materiais e concretos.

A separação entre Estado e Sociedade faz parte da primeira dimensão dos direitos fundamentais. As teorias dos princípios fundamentais da democracia moderna visam desconcentrar o poder soberano do Estado.

Tecer maiores considerações a respeito da relevância da primeira dimensão dos direitos fundamentais é desnecessário, pois há de ser preservado em quaisquer circunstâncias, uma vez que, engloba os direitos: à igualdade e à liberdade e o mais sagrado de todos, à vida, conforme descreve o caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme demonstrado, o direito da primeira dimensão caracterizou uma nova ordem social. Sob o mesmo prisma, os direitos fundamentais de segunda dimensão vêm arraigados com a mesma importância dos direitos fundamentais da primeira dimensão ou encontram arrimo legal, pois engloba em especial a dignidade humana.

José Afonso da Silva, ao citar Jacques Robert, p. 201. Salaria:

O respeito à vida humana é há um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Engloba a segunda dimensão dos direitos fundamentais a proteção do trabalho, à educação, saúde, cultura, etc. Em respeito à dignidade humana e os mais importantes valores que norteiam o Estado de Direito, a igualdade material pode ter sua concretização por meio da intervenção positiva do Estado, quando se julga em completa oposição a tais princípios e preceitos.

O direito a igualdade está englobado dentro da segunda dimensão da qual fica evidenciado a impossibilidade do Estado Liberal em fazer milagres, para corrigir o fato de ter menosprezado a realidade, tratando igualmente os desiguais.

A partir do artigo 6º da CF/88, estão expressos os direitos de segunda dimensão, englobando o acesso à saúde. Igualmente significativo o artigo 5º, "caput", da mesma Constituição, estabelece metas de transformação concreta no meio social e garante entre outros bens, a inviolabilidade do direito à VIDA e, para tanto, em seu artigo 196 disponibiliza instrumento jurídico assaz amplo, compreendido aqui em seu sentido lato.

Textualmente incorporado, ao Estado, em todas as suas facetas: executiva, legislativa e, em especial, a judiciária cabe o dever impostergável de propiciar a todos os seres viventes nesta pátria o acesso universal do direito à saúde.

O direito à saúde, tema central escolhido para o estudo aqui apresentado, está focado no direito de segunda dimensão, isto porque, está relacionado como um verdadeiro direito a prestação social tanto por parte de uma atuação positiva do Estado como da Assistência Privada.

A história apresentou um conjunto de aspectos econômicos, aumento do desnível sócio-econômico, crises financeiras e desenvolveu a idéia de preservar um equilíbrio social. São os chamados Direitos Sociais Econômicos e Culturais. Aqui falamos dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão.

As cláusulas pétreas, descritas nos artigos que vão do 1º ao 5º da Constituição Federal de 1988, assim como, e os princípios e fundamentos, as garantias individuais.

Para Grinover (2009) a experiência jurídica pode ser estudada sob três aspectos: norma, valor e fato.

A dimensão objetiva não é incompatível com a dimensão subjetiva. Quando está presente a dimensão subjetiva, está claro que a dimensão

objetiva também se faz atuante. Neste sentido, clara é a exemplificação de NOVAIS, Jorge Reis, (2003, p. 68-69). As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição:

Direito subjetivo é sempre reflexo de uma posição jurídica o que implica em dizer que todo direito subjetivo revela uma posição jurídica e, dito deste modo, todo ele possui subjetividade. Isto representa conceber direito subjetivo em sentido amplo, "[...] como posição jurídica subjetiva ativa ou de vantagem".

Os direitos fundamentais sociais, cristalizado, na CF/88, traz contemplado no artigo 6.º - o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, moradia, educação, segurança, previdência, assistência aos desamparados, proteção a infância e por fim o direito da maternidade, pois o homem faz jus a todos esses direitos que traduzem uma ordem econômica, financeira e social em harmonia.

A Carta de 1988 englobou sim todos esses direitos devido ao crescimento da demanda social que veio atrelada aos movimentos democráticos que teve poder de convencimento no Congresso Constituinte. Representam, portanto, a expressão de uma luta, que só teve fim com a declaração e promulgação da Constituição Federal Brasileira em 5 de outubro de 1988. E agora, mais do que nunca é necessário lutar pela efetividade desses direitos.

Sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, assevera CANOTILHO, José Joaquim Gomes, (1994, p. 374): Resulta da consagração constitucional desses direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como direito objetivo expressos através de normas programáticas ou imposições constitucionais (direitos originários de prestações); da radiação subjetiva de direitos através da criação por lei de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

[...] que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

A constitucionalização do princípio, na diretriz de proteção a direitos fundamentais da pessoa humana, uma das mais relevantes posturas adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor na sacração da reparabilidade de danos morais advindos de relação de consumo (CDC, artigo 6º., VI), balizando, desse modo, o comportamento e atuação dos fornecedores de bens e serviços, como o próprio Estado. De outro modo, plasmou-se a diretriz de que o desrespeito aos valores referidos leva ao sancionamento do lesante, no contexto da doutrina enunciada, servindo, outrossim, a repressão como exemplo a demonstração do vigor do Direito para o restante da sociedade.

Após explorar a segunda dimensão dos direitos fundamentais, vem a pauta calcada no manto da fraternidade dos direitos fundamentais a terceira dimensão, permeada pelos direitos difusos e que também tem como objetivo à proteção do ser humano, e não somente a do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade.

Como direito fundamental da pessoa humana, autor BONAVIDES, Paulo (1999, p.514) diz:

(não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado social de Direito).

Todos somos iguais perante a lei, preconiza no artigo 5º, caput da Constituição de 1988, temos traduzido os princípios da igualdade e da isonomia.

Neutralidade no conceito do princípio da igualdade traduz um comportamento, processualmente por parte do juiz idêntico às partes, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Cristalizada no século XX, a terceira dimensão é o direito a que tem a responsabilidade de manter um meio ambiente equilibrado, o progresso e uma saudável qualidade de vida para todos os brasileiros. Essa dimensão vem de maneira intuitiva e instintiva traduzir o humanismo e universalidade, uma vez

que, não se destinam somente à proteção dos interesses dos indivíduos. Essa dimensão também reflete o respeito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e à paz comum entre a humanidade.

Conforme já descrito acima, a terceira dimensão engloba: o meio ambiente, o desenvolvimento, a paz, a comunicação, a propriedade sobre o patrimônio como a humanidade.

Concluindo, além dos direitos fundamentais de terceira dimensão já descritos, poderá na medida em que os processos de universalização forem se desenvolvendo, outros direitos poderão ser englobados nessa dimensão.

## **CAPÍTULO 2 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Para dar início a este capítulo, vale lembrar um antigo pensamento Grego que é citado com frequência na atualidade, “*Mens Sana In Corpore Sano*”, o que no aspecto psicológico e sociológico traduz bem a definição de saúde. Porém a proposta é trazeremos o conceito de saúde para uma esfera jurídica.

### **2.1. Direito à Saúde: Conceito**

De maneira responsável, o Poder Público tem como incumbência, formular e implementar as políticas sociais e econômicas com a obrigação de garantir as pessoas, de forma igualitária à assistência à saúde de forma preventiva, curativa e farmacêutica integral.

A responsabilidade, quanto ao fornecimento das medicações, está disposta nos artigos 6º e artigo 7º, da Lei 8.080 de 19.09.90, esta editada em atendimento ao comando dos artigos 196 e seguintes da Constituição de 1988.

O que são direitos à saúde? Qual a extensão de nossos direitos humanos à saúde?. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da CF/88 – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Publico, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei fundamental do Estado.

Desponta a distinção: quando se fala em direitos humanos, todos nós somos iguais. Mas, quando se fala em direitos à saúde, há de se levar em conta a singularidade de cada qual, e a possibilidade de o Estado atendê-los com a igualdade possível.

A saúde integrada com a humanidade de forma macro, nessa esteira de raciocínio, é cediço que o objetivo principal é proteger o bem jurídico de maior relevância para o nosso ordenamento jurídico, o qual constitui direito que exige prestação positiva do estado como um direito cujo sujeito não é um indivíduo, ou alguns indivíduos, mas todo um grupo.

Já no âmbito jurídico, as discussões constantes denotam a resistência para o reconhecimento do direito à saúde como um bem econômico, afinal está diretamente ligado aos cofres públicos.

Numa ótica neoliberal, outorgado à população, os gestores do direito à vida se assemelhem a um mero detalhe, quase que imperceptível globalizante, ainda que por demais comezinho, encontra-se ameaçado pelas negligências governamentais em respeitá-lo, frente ao ofuscamento que lhes impregna os olhos a, guarnecido em meio ao texto constitucional como in casu, para propiciar sua efetiva tutela.

Publicado em 14 de Novembro de 2010, no Jornal da Manhã, Autor: Aline Rios, da redação, a notícia de que, doentes travam luta pela sobrevivência Ministério Público Federal tem 6 ações coletivas e na quarta região do Tribunal Federal Federal existem mais de 23 mil ações na área da saúde. A maioria é de pessoas que remédios que o sistema público não oferece, segue o texto na íntegra:

Apesar do artigo 196 da Constituição Federal determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, muitas pessoas acabam tendo que recorrer à Justiça para conseguir ter acesso a medicamentos e tratamentos que deveriam ser ofertados pelo sistema público de saúde. Nesta lista também estão incluídos aqueles que pagam por planos de saúde e no momento em que mais precisam, acabam ficando sem auxílio. No ano passado, de acordo com dados do Fórum pela Saúde, o Paraná gastou R\$ 35 milhões na aquisição de medicamentos por determinação judicial, o que equivale a 64% do total de gastos neste setor. A 4ª Região do Tribunal de Justiça Federal, que integra Paraná, Santa Catarina e o Rio Grande do Sul é a que concentra o maior volume de processos na área da saúde no país.

Neste sentido José Cretella Junior, “Comentários à Constituição Federal de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item nº 181, 1993, Forense Universitária.

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

O direito à vida e à saúde integral, nesse diapasão não pode ser programático, devem ser cumpridos de forma imediata, pois estão intrinsecamente relacionados aos direitos fundamentais individuais.

Corroborando este raciocínio, TAVARES, André Ramos, 2006.p.744., em citação a Júlio César de Sá Rocha observa com bastante pertinência que a conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente:

a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Adotado desde 1948 o conceito difundido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a assistência à saúde, conforme descrita no texto constitucional brasileiro de 1988 está longe de ser uma realidade, simboliza um mero compromisso em sua maioria político, um horizonte a ser perseguido. É utópica e inatingível a idéia de que uma saúde ótima reflete um Estado equilibrado, onde o que predomina é o valor a vida.

Disso se extrai que a saúde, como direito da pessoa, só pode ser alcançada em um Estado de Direito, que tem atos alicerçados na ordem jurídica. Por isso tem de existir mesmo que gradativamente a positivação dos direitos humanos.

SILVA NETO, Manoel Jorge , 2006. p.232,:

Não há justiça social onde grassam a pobreza e indivíduos completamente à margem da vida em sociedade – sem trabalho, sem educação, **sem saúde**. É correto também dizer que ali onde se presenciar acentuado desnível socioeconômico entre os indivíduos, presumivelmente não houve desenvolvimento nacional.

Com essa propensão interpretativa, sintetiza GERMANO SCHWARTZ, citado por eminente professor EUCLIDES DE OLIVEIRA, que: a Lei 8.080/90, que em seu artigo 3º, caput, já faz menção que a saúde é direito fundamental do homem”, de forma tal que “as normas constitucionais referentes à saúde são normas de aplicabilidade imediata e eficácia plena (Direito e Responsabilidade Obra Coordenada pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Editora DelRey, 2002, pág. 223).

## **2.2. Princípios Constitucionais efetivadores do Direito à Saúde**

O reconhecimento entre Nações marcou o reconhecimento a Declaração Universal dos Direitos Humanos de maneira ampla, quebrando todas as barreiras. Compartilhando desse pensamento, o Brasil está, mesmo que no campo ideológico, alinhado a estes ideais em seu texto Constitucional de 1988, reconhecido como direitos fundamentais.

As políticas públicas voltadas à saúde, amplamente entendidas como programas públicos com objetivos delineados e finalidades estabelecidas, demandam questionamentos acerca do atendimento aos fins a que se dispõem, conforme destaca LUCCHESI, Patrícia, ao salientar que:

[...] no contexto da realidade brasileira, cabe indagar: os cidadãos brasileiros têm acesso às ações e serviços de saúde necessários para a resolução de seus problemas, ou ainda existem restrições e barreiras importantes de

acesso? As ações e serviços estão sendo planejados e programados de acordo com as necessidades de saúde da população e com as condições de saúde da realidade local? Os recursos que estão sendo mobilizados para o enfrentamento dos problemas de saúde, estão sendo mobilizados da forma mais adequada? Se estão, são suficientes? É possível identificar ganhos de equidade e qualidade no atendimento ao cidadão? A atuação setorial tem produzido impactos significativos na melhoria das condições de saúde da população e na qualidade do ambiente?

Efetivando o direito à saúde, é necessário enfrentar as políticas os melhor dizendo, a politicagem e fazer valer mesmo que por meio jurídico a proteção que nos garantem a CF/88, a promoção, proteção e recuperação dos indivíduos, com vistas à satisfação da sociedade e à melhoria de sua qualidade de vida.

E nem se cogite a hipótese de comprometimento das verbas públicas, ou escassez de recursos, pois o Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento, especialmente no que se refere às verbas destinadas a atividades de menor importância, sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e os gastos públicos.

### **2. 3. Obrigação dos Entes Federativos quanto à efetividade ao direito à Saúde**

A ausência de planejamento por parte do Estado é o responsável pelo abandono da saúde no Brasil. Esse abandono se deve no âmbito federativo, estadual e até municipal. No contexto dos interesses políticos de cada mandato governamental, apreende-se com a história que as políticas públicas

efetivadoras do direito à saúde no país, em regra são oriundas de programas de governos que têm prazo de validade conforme a gestão em vigor.

Conforme o constitucionalista BONAVIDES, 2000:

A nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

Fica notório que nem com a mudança de gestão administrativa por parte do governo, as políticas de saúde que deveriam primar pela evolução e continuidade do bem estar do povo, não é a meta pautada dos governantes. Já está mais do que na hora da União criar uma meta que deveria ser pautada na legalidade, transparência e na moralidade.

Como observa a jurisprudência, nesse tipo de pacto , CASTANHERIAS NEVES, 1967, p. 507 relata que:

“...está em jogo a vida das pessoas, que é o valor primeiro e o fundamento último de toda a ordem jurídica. Por isso, são-lhe inoponentes as objeções ou interpretações baseadas nos cálculos mesquinhos das operações econômicas ou financeiras. Não se pode reduzir tais contratos aos padrões dos negócios governados apenas pela lógica dos lucros. É preciso ir além, enxergar um pouco mais alto, no sistema jurídico-normativo, e deixar iluminar pelos princípios que se radicam na dignidade da pessoa humana, hoje sublimada à condição constitucional de fundamento da República (art. 1º, caput, III, da Constituição), e perante a qual devem justificar se as normas jurídicas e toda a juridicidade.

O Jornal O Estado de São, em 28 de novembro de 2010, publicou o artigo - A Justiça e o setor de saúde, que traz a pauta o tema desse trabalho levantando a seguinte ótica:

Os processos judiciais que questionam decisões do poder público em matéria de saúde tiveram um crescimento vertiginoso nos últimos anos. Eles eram pouco significativos, na década anterior, mas um levantamento que vem sendo realizado pelo Conselho

Nacional de Justiça (CNJ) constatou que hoje tramitam mais de 112 mil ações desse tipo em 20 dos 91 tribunais brasileiros. Na esfera estadual, o Tribunal de Justiça de São Paulo é o mais demandado do País nesse tipo de litígio, com 44,6 mil ações, seguido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com mais de 25 mil processos. Esses litígios começaram a proliferar nos tribunais após a promulgação da Constituição de 88, que assegurou a todos os brasileiros o direito universal e integral à saúde - inclusive assistência farmacêutica. Até então, o atendimento gratuito só era garantido aos que contribuíam com a Previdência Social e a rede pública praticamente não distribuía medicamentos gratuitos. Só em São Paulo, a Secretaria da Saúde gasta mais de R\$ 300 milhões por ano para cumprir liminares - o valor é equivalente ao custo de construção de seis hospitais de porte médio.

Interessante observar que os R\$ 300 milhões gastos por ano para cumprir liminares no Estado de São Paulo, conforme descritos no artigo publicado pelo Jornal O Estado de São, descrito acima, representa conforme, os balanços anuais publicados oficialmente (por força de Lei), no site da Fazenda Pública, apenas cerca de **12%** dos recursos destinados pra saúde.

Membros do STJ e dos TJ dos Estados, inspirados pelos proclamas libertários difundidos ao longo do texto constitucional, em caso análogo ao presente, já se expressaram acerca do tema, veiculando este mais do que acertada e óbvia orientação:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRESERVAÇÃO DA VIDA - PODER PÚBLICO MUNICIPAL - TUTELA ANTECIPADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE. Fornecimento de medicamentos a paciente em risco de vida e saúde. Verossimilhança presente. Regras constantes dos artigos 196, da CF e 287, da CE, que tornam verossímil a tese autoral, de molde a permitir a antecipação dos efeitos práticos da aguardada decisão final positiva. Decisão interlocutória incensurável. Improvimento do recurso. Unânime - Tipo da Ação: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Número do Processo: 2000.002.11367 - Data de Registro : 28/05/2001 - Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Votação : DES. MURILO ANDRADE DE CARVALHO - Julgado em 22/03/2001.

Para o ilustre Miguel Reale, o homem em dado momento de sua vida adquire a percepção do seu próprio valor como pessoa, o qual, uma vez adquirido, se apresenta como uma *invariante axiológica*. É a luz desse entendimento, que corresponde a um “historicismo axiológico”, que apresenta a pessoa como *valor-fonte* do Direito.

## **CAPÍTULO 3 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Nesse tópico, a concretização do direito à saúde está diretamente relacionada com o fornecimento por parte do SUS - Sistema Único de Saúde do acesso a medicamentos aos cidadãos que fazem uso e necessitam deles para manutenção da sua condição digna de vida, diante de uma enfermidade. Isso é a pura aplicabilidade dos direitos fundamentais.

### **3.1. Fornecimento de medicação por ordem judicial: diretrizes e procedimentos**

Com a função de corrigir as desigualdades, cabe ao Poder Judiciário de forma basilar, utilizar todas as suas ferramentas quando o Estado em sua estância maior, não cumpre seu papel de provedor da saúde do brasileiro.

O médico como força maior para prescrição de um tratamento, seja na administração pública ou privada, não pode sentir-se coibido em decorrência na escolha do tratamento adequado, e com isso, é mister saber que o maior prejudicado neste braço de ferro é o paciente. E conciliar tais conflitos não é nada fácil.

O artigo publicado do Jornal Diário Catarinense, escrito por CHEREM, DADO - DEPUTADO ESTADUAL (PSDB), em 10 de novembro de 2010 | N° 8986 aborda Desafio da saúde pública. Encontrar o equilíbrio entre receitas cada vez mais escassas, despesas cada vez mais altas e o componente ético, que é salvar vidas, eis o grande desafio das instituições que trabalham com a saúde pública no Brasil hoje. Precisamos regulamentar a Emenda 29, que tramita há mais de 10 anos no Congresso, para que a União, realmente, aplique os percentuais necessários na saúde.

Se por um lado o Estado e os planos de saúde visam o equilíbrio financeiro e o lucro, por outro não se pode olvidar a finalidade social de tal atividade que é a cura e prevenção de doenças, através de medidas que assegurem a integridade física e psíquica do ser humano. É exatamente neste aspecto que o profissional médico tem primordial engajamento, na escolha de um tratamento que vise chances de êxito ao paciente que deposita nele todas as suas esperanças. Baseado nisso, o atendimento oferecido não pode se limitar a simples operações financeiras, pois o que se encontra em jogo é vida e dignidade humana, fundamento de toda a ordem jurídica e fonte de todas as leis.

Ademais, neste aspecto o médico possui particular proteção legal que se encontra nos artigos 8º e 16º da Resolução 1246/88 do Conselho Federal de Medicina, os quais estabelecem que nenhuma instituição, seja pública ou privada, poderá limitar a escolha, por parte do médico, para o estabelecimento do diagnóstico ou para execução do tratamento, o que vem sendo roborado pelas decisões dos Tribunais, citando como exemplo decisão recente do STJ onde o ministro Carlos Alberto Menezes Direito Desembargador relator de caso envolvendo tal temática, assim destacou:

Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente, o que é incongruente com o sistema de assistência à saúde.

Nenhuma entrada de sumário foi encontrada.

A omissão do Estado em efetivar o direito constitucional de acesso à saúde deve ser combatida pelo poder Judiciário. Além disso, o Ministério Público também deve proteger e defender os interesses sociais e individuais dos brasileiros que buscam o seu direito à saúde e tem apoio na previsão legal descrito na CF/88, que têm tutela para fazer valer os direitos difusos e coletivos. É obrigação do Ministério Público cuidar dos serviços públicos, aqui no tema saúde, conforme o artigo 197 da Lei Fundamental.

A Licitação, conforme prevê o artigo 37, da Constituição Federal, é o método utilizado para realização da aquisição de medicamentos pelas três esferas da Administração Pública, devidamente regulamentada pela Lei infraconstitucional de nº 8.666/1993.

Vergonhosamente, a União, representada pelo Ministério da Saúde, bate na tecla de que a assistência farmacêutica que deve ser dispensada ao coletivo da população, através da aquisição de medicamentos por excesso de dispensa de licitação para se atender às tutelas de emergência, ocasionará a *falência do Estado*.

Demonstrado claramente que, a partir do momento que a sociedade obtiver acesso a informação dos direitos relacionados à obtenção de tratamento dos males da saúde, utilizando as tutelas jurídicas para fazer valer com que o Estado ou o setor de saúde privada, forneça o acesso a medicamentos acarretará uma demanda jurídica de larga escala.

Conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Os requisitos para o obter êxito em ações de medicamentos é o risco de VIDA iminente, a falta de sensibilidade do Estado, dando a NEGATIVA quanto ao fornecimento do medicamento.

Cabe destacar, ainda, conforme apurado no site do Ministério da Saúde:

o preço dos medicamentos sofre a vergonhosa incidência de impostos governamentais, incluindo no seu preço 18% de ICMS e 3% do PIS-CONFINS, demonstrando a insensibilidade dos governos Federal e Estadual ao pretender uma arrecadação sobre um medicamento que deveria ser distribuído gratuitamente aos cidadãos, conforme determina a Constituição Federal.

Cumprir registrar que o Estado, em momento algum poderá induzir o MM juízo em erro na valoração dos bens jurídicos em testilha, aduzindo que tais verbas por não terem sido orçadas estaria se desrespeitando o princípio da tripartição de poderes, com a concessão de liminares, o que de pronto merece ser afastado, pois: o direito à vida, por ser garantia fundamental, está muito acima do direito de fiscalização de gastos do Poder Público, que jamais poderia impor para liberação do remédio, obediência a prioridades legalmente estabelecidas e aprovadas. “Isto chega a contraria princípios básicos de moral”

Com efeito, é hoje letra viva na CF/88 a necessidade de se indenizar a parte lesada pelos danos morais sentidos, que devem ser reparados, dada a natureza dos bens jurídicos em questão, máxime no que se refere ao abalo moral experimentado pelo autor da demanda em sua esfera de consideração pessoal, pela agressão à sua honra que é um bem alusivo ao sentimento da própria dignidade e estimação que outrem faz da reputação de uma pessoa relativamente à sua qualidade moral e valor social.

Desconsiderar a grave ameaça que paira sobre aqueles que vão bater às portas do Judiciário, necessitando via processo judicial, a obtenção e o reconhecimento, assim como, a proteção de seu direito à saúde que tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em Juízo.

Conforme fatos expostos, uma sociedade organizada pode e deve assumir o papel de proteção da saúde, usando todas as ferramentas processuais, como por exemplo, ação civil pública ou ações individuais.

Assim, em completo desatino à Lei Máxima, e legislação infraconstitucional, promove um dos mais vorazes atos de rapinagem de nossa história justamente contra o enfermo que padece de mal cuja mortalidade é extremamente elevada.

### **3.2. Modalidades de atuação judicial e tutela de urgência**

Evidenciaremos nesse tópico, que o Poder Judiciário é a entidade maior e responsável para efetivar o acesso emergencial aos serviços de saúde quando se faz necessidade para suprir a ineficiência do Poder Público.

São idôneas as tutelas do direito à saúde, em especial aquelas tutelas mandamentais, fundamentadas nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, se constituem em técnicas processuais aptas e idôneas para a tutela do direito à saúde.

O dever de assistência ao doente que incube ao Estado envolve não só as medidas necessárias á sua recuperação como também as que possam garantir-lhe melhor condição de saúde.

<b>TUTELAS DE URGÊNCIA X OBRIGAÇÃO</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Utilização do Poder Judiciário</li> <li>▪ Para o acesso emergencial aos serviços de saúde</li> <li>▪ Através de ordem judicial (CF/88)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Em detrimento de pessoas que estão esperando serviços de saúde em postos de saúde e hospitais públicos e privados conveniados com o SUS</li> <li>▪ Esta obrigação também é prevista pela nossa Constituição Federal no Capítulo do SUS</li> </ul>

**TABELA 1 - TUTELAS DE URGÊNCIA X OBRIGAÇÃO**

Mais do que o direito à saúde, trata-se do direito a vida, ou seja, algo que não pode esperar é algo imprescindível a utilização das medidas de urgência, tidas como: tutela, cautelar e antecipação dos efeitos da tutela.

A doutrina brasileira trata a ação cautelar e à antecipação de tutela como institutos diferentes e com finalidades que abrange um grande e diverso espectro e constituem aspecto formal na maneira que se apresentam no mundo jurídico.

Constata-se que Juízes e Tribunais estão mais sensíveis em relação ao consentimento das liminares e isso também é entendimento do Supremo Tribunal Federal. Cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria, na linha do que já restou dito, condenar a pessoa à morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde.

O novo perfil do Estado Democrático e Social de Direito, também conta com a tutela inibitória, como corolário serve às novas situações de direito material, especialmente àqueles de conteúdo não patrimonial, no sentido de conferir verdadeira tutela preventiva a estes direitos.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 2001. p.159-160 ressalta que se deve à genialidade de Piero Calamandrei a classificação que confere melhor sistematização ao universo da tutela cautelar. As medidas destinadas a assegurar a efetividade do processo podem representar:

**a)** provimentos instrutórios antecipados: os provimentos instrutórios normalmente são proferidos no bojo do processo de cognição, no momento procedimental próprio para a produção da prova. Se, todavia, houver risco para o resultado dessa atividade, é possível antecipar o respectivo provimento, pela via da tutela cautelar, aqui destinada à conservação da prova;

**b)** provimentos destinados a assegurar a efetividade da execução, obstando o desvio de bens sobre os quais poderão recair os atos executórios;

**c)** provimentos interinos, que antecipam provisoriamente a sentença de mérito, com o objetivo de evitar danos irreparáveis a uma das partes. A relação de instrumentalidade, aqui, é diversa daquela identificada nos provimentos anteriores, que se limita a assegurar meios para a emissão do provimento cognitivo ou executivo. A tutela cautelar concedida mediante provimento interino de mérito constitui antecipação do provável resultado definitivo, inerente ao provimento principal. Essa modalidade de cautelar se assemelha muito aos provimentos de cognição sumária, deles se afastando pelo caráter provisório do provimento, que jamais se torna definitivo, pois instrumentalmente ligado à tutela principal. Esta constituirá a única regulamentação da relação substancial litigiosa. Não configura mera ratificação do provimento cautelar, que é substituído e deixa de existir;

**d)** provimentos judiciais determinando a prestação de caução, para garantir eventual prejuízo àquele contra quem foi proferido tutelar cautelar ou de outra natureza, mas não definitiva.

As normas da antecipação de tutela aparecem no Código de Processo Civil, e vieram com o papel de positivar o avanço da legislação brasileira, no ordenamento jurídico pátrio.

Com fundamento no artigo. 273, do Código de Processo Civil, requerer, liminarmente, e inaudita altera par a tutela antecipatória dos efeitos da sentença, no sentido de determinar que o Estado que forneça as pessoas, imediatamente, os medicamentos prescritos e necessários e o tratamento determinado pelo médico que assiste, conforme receitas médicas ora juntadas, com dispensa de licitação em razão da urgência, face perigo real e concreto, tendo primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados,

Ao tratar dos tipos de tutela cautelar (típicas e atípicas), BEDAQUE, José Roberto dos Santos. 1988, p. 842. inclui como já dito, a tutela antecipada, que denomina “tutela cautelar antecipatória”, invocando ensinamentos de processualistas italianos atuais:

[...] Em qualquer dessas formas de tutela cautelar, a segurança constitui o escopo último, ainda que para alcançá-lo seja necessário satisfazer provisoriamente o direito pleiteado, antecipando o conteúdo do provimento final. São também cautelares, apesar do conteúdo antecipatório.

A previsão legal expressa com o *nomen iuris*, as liminares que ostentam a natureza de tutela antecipada, veio com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o Código de Processo Civil, introduzindo-a em seus artigos 273 e 461 e respectivos parágrafos.

SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento , 2003, p. 1:

o não cumprimento de decisões judiciais revela o enfraquecimento da Democracia, do Estado Democrático de Direito e do acesso ao Judiciário Público, e há afronta inequívoca à separação de Poderes.

Em estágio de evolução, ocorre um processo, que veio com a finalidade de pacificação, além de sua natureza jurídica e, nesse sentido, deve ter preocupação com uma justiça mais célere e justa na medida do possível.

A mudança do comportamento do judiciário tem sido percebida com as decisões favoráveis diante das demandas propostas. À tutela do direito à saúde mostra que os nossos Magistrados estão bastante sensível, basta ver os casos em que ocorre o deferimento da tutela antecipada específica liminarmente.

## CONCLUSÃO

No Brasil, temos a Carta Magna de 1988, como uma constituição dirigente, que tem primado como objetivos fundamentais o bem-estar e a justiça sociais.

Comunga na ordem jurídico-constitucional, a dupla fundamentalidade formal e material onde estão revestidos os direitos e garantias fundamentais na nossa ordem constitucional.

A interpretação da CF/88 e seus ordenamentos infraconstitucionais representaram um marco fundamental com todas as suas hermenêuticas.

À realidade que circunda a vivencia das pessoas, postulantes, que necessitam adquirir o medicamento, ficam abstraídos do ideário - sempre lastimavelmente afrontado - que medeia todo o ordenamento constitucional, e se sobreviver a todas as vicissitudes de fluentes do descaso Estatal para com tema tão relevante como o inerente a salvaguarda de sua vida.

Estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, nos direitos fundamentais e sociais, inserido neles o direito à saúde, ficando assim evidenciado que são direitos fundamentais de segunda dimensão e se caracterizam por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, dentre elas a previdência social.

O valor máximo da dignidade humana também aparece descrito no conceito de saúde, o ordenamento jurídico pátrio, consagrou não apenas a existência do patrimônio material, como também a existência do patrimônio imaterial, qual seja, o moral e a conseqüente responsabilidade à indenização daquele que causar prejuízo a estes patrimônios.

O Poder Executivo dividido nas suas três esferas governamentais, assim como, o Poder Judiciário quando solicitado para tanto, detém o direito à saúde com natureza jurídica de direito subjetivo público.

Como guardião da Constituição, todo o juiz é investido desse poder e da função de atuar como intérprete e concretizador do direito fundamental à saúde.

O Poder Público, através das diversas esferas governamentais, deve proporcionar à população, por meios eficazes o acesso a diagnóstico preventivo, curativo e farmacêutico integral para assistência médico-hospitalar. Para que esse sistema funcione é necessária uma constante fiscalização do estado e da população, objetivando o devido cumprimento dos deveres pelos órgãos administrativos responsáveis por essa área.

O fornecimento de medicamentos impetrado pelo Poder Judiciário é totalmente assegurado constitucionalmente, independente ou não de estarem qualificados na relação nacional de medicamentos especiais – RENAME, quando da omissão do Estado, em especial por falta de força política.

O estado utilizar como álibi para o não cumprimento de suas obrigações, os princípios da seletividade e da reserva para deixar naufragar a dignidade humana do cidadão que contribui com todas as suas obrigações é um ato de total covardia e significa um retrocesso social. Cabe ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, garantir e disponibilizar a assistência médico-hospitalar.

Obrigação do Poder Judiciário, por meio do princípio da igualdade, é garantir, a redução das desigualdades sociais tão gritantes em nosso País. O mínimo existencial é totalmente viável para assegurar uma vida digna e justa.

Finalizando, o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário de seu direito à dignidade, o Estado tem obrigação de natureza *rebus sic stantibus*, mormente naqueles casos de doenças crônicas atestadas por laudo médico de profissional habilitado, em face dos sensíveis avanços da Medicina e das peculiaridades de cada paciente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, São Paulo: Renovar, 2001

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p.159-160. No mesmo sentido SLAIBI FILHO, Nagib. Tutela antecipada. [www.nagib.net](http://www.nagib.net).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CASTANHERIAS NEVES, “Questão de Facto – Questão-Direito”, Coimbra, Liv. Almedina, 1967

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

Jornal da Manhã, <http://jmnews.com.br/noticias>

\_\_\_ [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20101128/not\\_imp646322,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20101128/not_imp646322,0.php)

LUCCHESI, Patrícia. *Políticas públicas em saúde*. Biblioteca Virtual em Saúde.

\_\_\_ Disponível: [http://itd.bvs.br/itdmod/public/scripts/php/page\\_show\\_introduction.php?lang=pt&menuId=2&subject=he](http://itd.bvs.br/itdmod/public/scripts/php/page_show_introduction.php?lang=pt&menuId=2&subject=he)

GALBRATH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*. 7. ed. Tradução de Ivo Koytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997 – reimpressão 2002.

KRÄMER, Ana Cristina. O poder judiciário e as ações na área da saúde. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 15, maio 2006.

\_\_\_\_ [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana\\_Kramer.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm).

Acesso em: 17 dez. 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, A teoria da separação de poderes. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, 489, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

\_\_\_\_ Ministério da Saúde - <http://portal.saude.gov.br/portal/saude>

SANTOS, Marisa Ferreira. O princípio da seletividade das prestações de seguridade social. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, J. A. da. Aplicabilidade das Normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998 (<http://boletimjuridico.com.br/doutrinas/textos.asp?id+107>).

SILVA, Virgílio Afonso da, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo, 2005, p. 96.

Silveira, Fernando Paulo , de magistrado e de estudioso do Direito Constitucional: [http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_12.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_12.pdf)

SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

STRECK, Lênio Luiz. A Concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. Caderno de direito constitucional – 2006. Escola da Magistratura. Cursos de Currículo Permanente. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. p. 31.

TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: A saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 78.

VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério as Justiça co-edição com EdUNB, 1979.