
O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O ACESSO A MEDICAMENTOS NO SUS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DESSA GARANTIA

*Sebastião Sérgio da Silveira**

RESUMO: Esse trabalho tem o escopo de analisar os fundamentos do direito constitucional à saúde e a possibilidade de propositura de ações visando compelir o Estado ao fornecimento de medicamentos. Da mesma forma, aborda a possibilidade de busca de tal tutela através da ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação.

ABSTRACT: This work has the scope to examine the fundamentals of the constitutional right to health and the possibility of bringing actions seeking to compel the State to supply medicines. Likewise, it addresses the possibility of pursuing such protection through civil action and the legitimacy of public prosecutors for bringing the action.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional à saúde; ações pleiteando medicamentos; ação civil pública; Ministério Público.

KEYWORDS: Constitutional right to health; actions claiming medicines, public civil action, prosecutors.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, acompanhamos um crescimento vertiginoso dos números de ações judiciais que buscam a efetividade ao direito à saúde. São medidas ajuizadas contra União, Estados e Municípios, nas quais se pleiteiam medicamentos, aparelhos, tratamentos, etc. De um lado, uma legião de cidadãos que depositam no Poder Judiciário a última esperança para salvação de suas vidas ou diminuição do sofrimento e, de outro, gestores públicos atônicos com a repercussão das despesas decorrentes de tais demandas, em seus orçamentos.

Por certo, esse aumento da litigiosidade decorre de vários fatores. Dentre eles merece destaque o empobrecimento gradativo da população brasileira, principalmente da classe média, que a cada dia propicia o agregamento de novos usuários ao Sistema Único de Saúde. Na maioria são pessoas que já tiveram um plano de saúde no passado e hoje, dependem dos serviços médicos oficiais. Da mesma forma, também contribui para tais disputas o encarecimento descontrolado dos custos dos serviços de saúde, principalmente em decorrência da incorporação de novas tecnologias e da ausência de uma política pública consistente para o setor.

*Promotor de Justiça em Ribeirão Preto, Professor e Coordenador dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, Mestre e Doutor pela PUC-SP e Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra.

A situação é tão alarmante, que o Supremo Tribunal Federal realizou audiências públicas, nos meses de abril de maio de 2.009, com a finalidade de ouvir opiniões de especialistas sobre o palpitante tema.

Ninguém desconhece a gravidade do quadro. A sustentação do aumento de demandas judiciais, de fato, poderá inviabilizar – em curto espaço de tempo – o funcionamento do próprio Sistema Único de Saúde, que ainda não possui fontes de financiamento definidas para a sua manutenção. Lamentavelmente o grande responsável pela situação – o Governo Federal – que é gestor dos programas de medicamentos de auto custo, vem assistindo impassível a crise, sequer permitindo que sua base política no Congresso Nacional viabilize a apreciação das propostas que definem recursos para o custeio das ações de saúde.

Por outro lado, não é possível deixar de se sensibilizar com o sofrimento de milhares, quicá milhões de brasileiros, que sem apoio de programas oficiais, se socorrem ao Judiciário para a garantia do direito fundamental à vida e saúde.

Pobre de um país (como o Brasil), onde seus cidadãos dependem de demandas judiciais para o acesso ao mezinho direito de viver ou de ter diminuído o seu sofrimento!

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO

A preocupação com o direito à saúde, como consectário lógico de todo estado social de direito, não é nova. Talvez quem melhor tenha interpretado tal sentimento foi Adriano de Cupis¹, que colocou a saúde como tutela complementar à vida – bem maior de todo o indivíduo - sustentando a necessidade de garantia de todos os meios necessários para tornar possível o acesso aos tratamentos disponíveis.

Felizmente, a Constituição República – a despeito da criminosa omissão de nossas autoridades – vem garantindo o sucesso para maioria de nossos pobres doentes, nas recentes contendas judiciais.

Nesse sentido, em primeiro lugar, merece ser destacado que ao refundar a República do Brasil em 1988, os Constituintes elencaram a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da democracia a ser instalada (CR, art. 1º). Arrolaram como objetivos fundamentais da nova República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CR, art. 3º).

Tais compromissos constitucionais estão a exigir a criação de condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por isso, a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços, nem que isso tenha ser feito através da custosa via judicial.

¹ I Diritti della Personalità, Milão: Giuffrè, 1973, p. 148.

O art. 6º da Constituição indicou a saúde como direito social básico de todas as pessoas, ao lado da educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, infância e assistência aos desamparados.

A mesma Carta, em seu artigo 196, estatuiu que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Do caput do artigo 5º da Constituição, extrai-se que a vida é a primeira das garantias fundamentais do cidadão. Reflexamente, tal direito reclama a integralidade de providências para a sua preservação. A negativa aos mecanismos de proteção à saúde implica em crassa ofensa ao referido preceito fundamental.

A mesma garantia ao direito à saúde também está contemplada no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Tratado de São José da Costa Rica) que foi promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992 e que incorporou ao sistema jurídico de nosso país com status de norma constitucional, por força daquilo que dispõe os §§ 1º e 2º do artigo 5º de nossa Carta Republicana.

Como se vê, não se trata de um conjunto de normas programáticas. A Constituição tratou de assegurar efetividade social ao direito fundamental à saúde, em toda a sua amplitude, reconhecendo-o como direito público subjetivo do cidadão.

Assentada a premissa de que saúde é direito fundamental, não pode ele ficar infenso à proteção jurisdicional. Nesse sentido, preleciona Jorge Miranda que “Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos”.²

Ocorrendo omissão na garantia do básico e direito fundamental à saúde, compete ao Poder Judiciário compelir o Estado a cumprir com os mandamentos legais e constitucionais, como, aliás, vem ocorrendo com muita frequência.

A despeito da verdadeira perplexidade que a chamada “jurisdicionalização da saúde” vem provocando, o certo é que os tribunais estão se limitando a fazer prevalecer a hierarquia dos princípios, dentre eles os constitucionais. Conforme é cediço, os princípios são as regras matrizes do ordenamento e, por isso mesmo, possuem supremacia sobre os demais dispositivos e indicam a ideologia a ser adotada por todos os operadores do direito. Essa posição destacadíssima dos princípios, invocados à miúdo nos julgados sobre o tema, foi assim sintetizada por Bandeira de Mello:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”³

Registre-se, ainda, que em se tratando de dever do estado e direito do cidadão, ainda que em sede de princípios, não é possível ao administrador sustentar que

²Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232.

³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 68

a aplicação de recursos públicos se constituiu em atividade discricionária do Poder Executivo, simplesmente porque esse pensamento apequenado ofende todo o sistema de valores estruturados na Constituição da República Brasileira. A simples ofensa a princípios é uma das mais graves violações ao Estado de Direito e, por si só, caracteriza ato de improbidade administrativa (Lei 8429/92, art. 11). Sobre força cogente desses princípios, não é demasiado lembrar a lição de Luis Roberto Barroso, para quem:

“[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.”⁴

Não bastasse o amplo espectro de dispositivos constitucionais, estruturados e harmonizados, apontando para a ampla garantia ao direito à saúde, tal matéria também não passou ao largo das preocupações do legislador ordinário.

No plano infraconstitucional, a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, procurando dar vazão ao espírito da Constituição, alçou a saúde como “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º).

A redação do dispositivo afasta qualquer possibilidade da aceitação de tese fazendária – quase sempre invocada – no sentido de que o direito à saúde está restrito a um conjunto de normas pragmáticas. De forma tão incisiva quanto a disposição do artigo 196 da Constituição, o diploma legal também estabelece um dever ao Estado de criar todas as condições para o “pleno exercício” da garantia.

Restaria então, questionar a questão do fornecimento de medicamento. A resposta é intuitiva. De que adiantaria garantir consultas, cirurgias, exames e outros procedimentos, se o cidadão não possui acesso às drogas, quase sempre prescritas para a complementação do tratamento? Mesmo sendo despiciendo, mercê lembrar que o inciso II, do artigo 7º da Lei nº 8080/90⁵, garante a integralidade na assistência dentro SUS, de forma que todas as necessidades do cidadão, até o encerramento do tratamento é de responsabilidade do Estado.

Não foi por outro motivo que a jurisprudência de todos os tribunais brasileiros caminhou no sentido de garantir o amplo acesso a medicamentos, insumos e equipamentos, que visam a garantia do direito à saúde e, em última instância, da vida e da própria dignidade humana.

Analisando tal matéria, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com peculiar sensibilidade, assim decidiu:

⁴BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

⁵II- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso.

“Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico vida e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração Pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para preservar a vida humana, bem jurídico fundamental. A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: “ai governo, diz muito bem Danilo Castellano (*La Verità della Politica*, Milão, ed. Scientifiche Italiane, 2002, p. 58), non è data la scelta dei fine ma solamente quella dei mezzi”, sobretudo quando se trate de bens da personalidade, porque não há bem comum possível com o maltrato daqueles bens, maxime o da vida”.⁶

O C. Superior Tribunal de Justiça também vem sufragando a tese segundo a qual o cidadão possui o direito líquido e certo de exigir do Estado o fornecimento de medicamentos de que necessite para o seu tratamento, reiterando que “O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.”⁷

Por fim, E. Supremo Tribunal Federal também perfilhou o mesmo entendimento, ao decidir:

“O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”⁸

Esse entendimento jurisprudencial, quase uniforme de todos os nossos tribunais, decorre, conforme já dito, da lógica aplicação da supremacia dos valores constitucionais, na medida em que a Constituição, no dizer de Canotilho “é uma lei hierarquicamente superior – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma lei constitucional, pois, em princípio, ela detém o monopólio das normas constitucionais.”⁹ Em outras palavras, se o Constituinte do Brasil elencou a dignidade humana, a vida e a saúde como garantias fundamentais, é defeso ao intérprete ou aplicador deixar de tê-los como referencial principal em qualquer processo de subsunção ou aplicação.

⁶Apelação nº 918.625-5-9, Des. Ricardo Dip, j. 31 de agosto de 2009. No mesmo sentido: Apelação 946.090-5/6-00, Rel. Des. Vera Angrisani, j. 15.09.2009; Apelação 765.627-5/9-00, Rel. Des. Lineu Peinado, j. 01.09.2009; Apelação 850.808-5/0-00, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 19.08.2009; Apelação 666.777-5/0-00, Rel. Des. Carvalho Viana, j. 16.09.2009; Apelação 930.722-5/0-00, Rel. Des. Regina Capistrano, j. 18.08.09, dentre muitos outros.

⁷AgRg no REsp 1028835 / DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15/12/2008.

⁸RE 393.175 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.02.2007.

⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991

Ao sufragar direitos dos cidadãos em face do discurso do Poder Executivo, que reclama a primazia da política de prioridades do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário está evidenciando o grau de maturidade do sistema republicano brasileiro e o seu compromisso com a tutela dos valores superiores contemplados em nossa Carta Constitucional. Por certo, essa não é uma conquista do cidadão, mas do próprio Estado Brasileiro, do qual todos nós somos personagens.

Por fim, deve ser salientado que existe responsabilidade solitária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que o Sistema Único de Saúde é uno, orgânico e hierarquizado, no qual todos os entes federados possuem idênticas responsabilidades, de forma que as ações podem ser proposta contra um, alguns ou todos eles, de conformidade com o entendimento jurisprudencial pacificado (STJ, AgRg no Ag 886974 / SC, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 29/10/2007 p. 208; AgRg no Ag 961677 / SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 11/06/2008).

3. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A TUTELA DO DIREITO E LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A ação civil pública sempre foi conhecida no direito brasileiro como instrumento destinado à proteção dos interesses difusos, coletivo e individuais homogêneos. Todavia, vem sido manejada, de modo insistente, principalmente pelo Ministério Público, visando a proteção de direito individual indisponível, como nas hipóteses de garantia de acesso a medicamentos de alto custo.

Os instrumentos processuais de defesa jurisdicional desses direitos são encontrados na Constituição (CR, art. 129, II e III) e na legislação ordinária, em especial na Lei da Ação Civil Pública (LACP, arts. 1º, IV) e no corpo de normas que mantém o espírito emancipador da Constituição da República. Sobreleva-se, nesse passo, o instituto da ação civil pública de tutela dos interesses individuais indisponíveis, coletivos e difusos, para a qual se legitima o Ministério Público (LACP, art. 5º).

A denominação ação civil pública, decorre, por certo, do interesse público que ela sempre deve objetivar e pela presença de uma parte pública – o Ministério Público – que atual em qualquer iniciativa processual dessa natureza, seja como autor ou *custus legis*.

Muito ao contrário daquilo que muitos sustentam, inexistente qualquer incompatibilidade no uso da ação civil pública para a tutela de interesses individuais indisponíveis, como tem ocorrido nas hipóteses de iniciativas que visam a garantia do fornecimento de medicamentos a pessoas determinadas.

Embora o Ministério Público não detenha o monopólio das iniciativas da ação civil pública, tal instrumento foi contemplado no capítulo da Constituição que disciplina o Parquet. Nesse mesmo capítulo, ou seja, no artigo 127, a Constituição dispôs que compete a instituição “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Por certo, as funções institucionais do Ministério Público, previstas no artigo 129 da C.F. (inclusive a de propor a ação civil pública), não podem ser analisadas de forma descontextualizada com as competências constitucionais preconizadas no referido artigo 127 da Carta.

Da interpretação sistemática dos dois dispositivos constitucionais, resulta certa

a conclusão de que o Ministério Público está incumbido da utilização do instrumento previsto no inciso III, do artigo 129, sempre com vistas à tutela dos bens previstos no artigo 127, dentre eles os individuais indisponíveis.

A pretensão de negar legitimidade ao Ministério Público ou adequação da ação civil pública para tal desiderato equivaleria a negar a eficácia ao próprio dispositivo constitucional (art. 127) que impôs tal munus ao Parquet, em canhestra visão restritiva do instituto e de sua dimensão constitucional. Contemplando integralmente esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal asseverou:

“Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.”¹⁰

No mesmo sentido e, ainda com maior ênfase, o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo coro a esse entendimento, ao decidir:

“O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”. 9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP. Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.200.”¹¹

É de se lembrar, por fim, que muitos Ministérios Públicos vêm adotando entendimentos internos, no sentido de reconhecer a conveniência da propositura de tais ações, como ocorreu com o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, que editou a Súmula nº 45, com a seguinte redação: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando que o Poder Público forneça tratamento médico ou medicamentos, ainda que só para uma pessoa.”

Portanto, inexistem dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura de tais ações e da adequação da ação civil pública para a tutela dos interesses mencionados.

¹⁰RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000.

¹¹S.T.J., EDcl no AgRg no REsp 1098600-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.09.2009

4. CONCLUSÕES

Inexiste qualquer dúvida no sentido de que o cidadão possui o direito líquido e certo do recebimento de atenção integral ao tratamento ou prevenção dos males que afligem sua saúde, inclusive os medicamentos. Diante da omissão no atendimento de tais necessidades básicas, podem os prejudicados se socorrer da via jurisdicional para a tutela de tal garantia.

Por certo, a busca de todos brasileiro é de que o Estado crie programas oficiais, que de forma isonômica, contemplem os interesses de todos os usuários do Sistema Único de Saúde, sendo que enquanto permanecer a omissão governamental, os cidadãos poderão continuar se valendo do Poder Judiciário para a efetivação de tal relevante direito.

Por outro lado, sendo a saúde uma garantia fundamental e indisponível do cidadão, o Ministério Público possui o dever de tomar todas as iniciativas possíveis, visando a concreção das necessidades de que tomar conhecimento.

Da mesma forma, a ação civil pública pode e deve ser utilizada para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, dentre eles, com especial ênfase, os direitos à vida e saúde, com seus consectários lógicos, como as medidas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos contra o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I Diritti della Personalità, Milão: Giuffrè, 1973, p. 148.

Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, tomo IV, p. 232.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 68

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

II- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso.

Apelação nº 918.625-5-9, Des. Ricardo Dip, j. 31 de agosto de 2009. No mesmo sentido: Apelação 946.090-5/6-00, Rel. Des. Vera Angrisani, j. 15.09.2009; Apelação 765.627-5/9-00, Rel. Des. Lineu Peinado, j. 01.09.2009; Apelação 850.808-5/0-00, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 19.08.2009; Apelação 666.777-5/0-00, Rel. Des. Carvalho Viana, j. 16.09.2009; Apelação 930.722-5/0-00, Rel. Des. Regina Capistrano, j. 18.08.09, dentre muitos outros.

AgRg no REsp 1028835 / DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15/12/2008.

RE 393.175 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.02.2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Almedina, 1991

RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000.

S.T.J., EDcl no AgRg no REsp 1098600-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.09.2009