

O DIREITO À SAÚDE E A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS POR DECISÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS *

THE RIGHT TO HEALTH AND THE INABILITY TO OBTAIN MEDICATIONS BY INDIVIDUAL JUDGMENTS

Zélia Luiza Pierdoná

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com base no referido preceito, muitas decisões judiciais têm sido proferidas determinando que o Poder Público conceda medicamentos em demandas individuais. O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que as referidas decisões não encontram fundamento de validade na Constituição. Para tanto, serão apresentados os princípios aplicáveis à seguridade social, sistema de proteção no qual se incluiu a saúde. Após, será demonstrado que as mencionadas decisões, além de contrariar citados princípios, são instrumentos que aumentam as desigualdades, impedindo, dessa forma a concretização, de um dos objetivos do Estado brasileiro, “redução das desigualdades sociais”.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À SAÚDE; DEMANDAS INDIVIDUAIS; MEDICAMENTOS; IMPOSSIBILIDADE.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established that health is everyone's right and duty of the State. Based on this precept, many judgments have been fixed that the Government should give medications in individual lawsuits. This paper aims to demonstrate that these decisions have no basis of validity in the Constitution. For this, will be presented the principles that are applicable to social security, protection system which included health. After that, will be shown that those decisions not only runs counter said principles, but also are instruments that increase inequality, which prevents the objective of the Brazilian state "reduction of social inequalities”.

KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH, INDIVIDUAL LAWSUITS, MEDICATIONS, IMPOSSIBILITY.

Introdução

Na Constituição de 1988, de forma diversa do modelo anterior, o direito à saúde não é mais restrito aos trabalhadores e seus dependentes: dirige-se a todos.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Esse modelo de universalização da saúde foi sugerido, pela primeira vez, por uma Comissão instituída pelo Governo britânico, que, após um ano de trabalho, elaborou um relatório¹, o qual foi assinado por William Beveridge, presidente da citada comissão.

No mencionado relatório, a saúde está inserida num sistema de proteção que foi designada “seguridade social”. Da mesma forma ocorre com o ordenamento jurídico brasileiro, instituído a partir da Constituição de 1988.

Assim, é no contexto em que a saúde está inserida que abordaremos a universalização pretendida pela Constituição. Verificaremos que a proteção de todos em todas as situações que demandem ações de saúde constitui um objetivo a ser perseguido pelo Estado brasileiro. Rumo à sua efetividade deverão ser adotadas (selecionadas) políticas sociais que garantam o acesso igualitário.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a concessão de medicamentos, em razão de decisões judiciais proferidas em ações individuais, encontram fundamento de validade no ordenamento jurídico.

Para proceder a referida análise, abordaremos, inicialmente, os princípios aplicáveis à seguridade social e, portanto, também à saúde. Após, a partir dos citados princípios e da interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionados à saúde, faremos a análise objeto deste trabalho.

Desenvolvimento

O direito à saúde é um direito fundamental social, o qual, juntamente com a previdência e assistência social, formam o sistema de proteção social que a Constituição de 1988 denominou seguridade social². Os artigos 194 a 204 estabelecem os preceitos constitucionais do citado sistema, o qual está inserido no título VIII da Constituição (Ordem Social).

No art. 194, a Constituição estabelece que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Seus princípios específicos estão preceituados no parágrafo único do citado artigo, bem como no *caput* do art. 195 e seu § 5º.

Assim, além de estabelecer a abrangência do referido sistema, o *caput* do art. 194 da Constituição Federal determina que as iniciativas das ações de seguridade são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade. Dessa forma, a Constituição atribuiu responsabilidade para sua implementação, tanto pelos poderes públicos quanto pela sociedade.

O sistema de seguridade social foi proposto a partir de um estudo elaborado por uma comissão interministerial, nomeada pelo governo britânico em 1941, com a finalidade de fazer uma investigação dos sistemas de proteção social existentes e recomendar

mudanças. William H. Beveridge presidiu a referida comissão, que realizou o seu trabalho no período de um ano, tendo divulgado o seu resultado em 1942, o qual foi posteriormente publicado³.

A mencionada comissão concluiu que a proteção social deveria ser efetivada por um conjunto de ações, nas quais estariam incluídos um seguro obrigatório que protegeria o trabalhador até determinado limite e um seguro voluntário, que tinha por objetivo a proteção, além do citado limite. Estaria incluída, ainda, a assistência social nacional, a qual visava a proteção aos miseráveis. Por fim, englobaria os serviços gerais de saúde a toda população. Ao citado conjunto de proteção a comissão denominou seguridade social. Além disso, o relatório da referida comissão, ressaltou que a manutenção do emprego era condição necessária a seu êxito.

Assim, por meios do conjunto de ações (seguros compulsório e voluntário, assistência e saúde) a seguridade social desenhada pela citada comissão tinha por objetivo a proteção de toda a população e de todas as necessidades. Isso representa o ponto inovador da proteção sugerida. Nesse sentido sustenta José M. Almansa Pastor⁴, que o relatório ofereceu uma nova visão, inspirada na idéia central de liberação das necessidades. Segundo ele, o sistema não pode se reduzir a um mero conjunto de seguros sociais. Deve haver, também, a assistência nacional, um serviço nacional de saúde, ajuda familiar, bem como os seguros voluntários complementares.

Da mesma forma que o estudo elaborado pela referida comissão, a inclusão de todos e em todas as situações de necessidade é o princípio que fundamenta o sistema brasileiro de proteção desenhado na Constituição de 1988. Entretanto, citado princípio constitui um *vir a ser* e deve ser interpretado em conjunto com os demais preceitos constitucionais.

Para tanto, a seguir apresentaremos o conjunto de princípios que dão sustentação ao sistema brasileiro de seguridade social, os quais estão preceituados no parágrafo único do art. 194 da Constituição, bem como no *caput* do art. 195 e seu §5º.

Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

O primeiro princípio enunciado (art. 194, parágrafo único, inciso I) demonstra a proteção adotada pela Constituição. A referida proteção está em consonância com o Estado desenhado pela Constituição de 1988, a qual tem como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e, como um de seus objetivos, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Para isso, o art. 193 da CF enuncia que a Ordem Social tem como finalidade o bem-estar e a justiça social e, como base, o primado do trabalho.

Os mencionados objetivos somente serão concretizados se todas as pessoas em situação de necessidade tiverem acesso a um padrão mínimo. Isso demonstra que a proteção adotada pela Constituição (seguridade social) corresponde aos anseios do Estado

instituído em 1988. A garantia do mínimo necessário é atribuição do Estado e da sociedade, conforme preceitua o *caput* do art. 194 da Constituição.

Nesse sentido, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento estabelece que a seguridade social protegerá todas as pessoas em todas as situações de riscos sociais. Constitui um *vir a ser*, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco e todas as pessoas forem atendidas.

Temos defendido⁵ que a universalidade será alcançada no sistema de seguridade social como um todo, visto nas duas faces que o citado sistema possui, e não em cada uma de suas áreas isoladamente. De um lado temos a saúde e de outro a concessão de recursos, quando eles não podem ser obtidos pelo esforço próprio, por meio da previdência e da assistência social.

Em ambas as facetas, referidas no parágrafo anterior, a proteção deve incluir, além das prestações estatais, a proteção a ser dada diretamente pela sociedade, pois, conforme já mencionado, a responsabilidade pelas ações de seguridade são tanto dos poderes públicos quanto da sociedade (*caput* do art. 194 da CF).

De maneira diversa da proteção anterior à Constituição de 1988, a proteção à saúde não é dirigida apenas aos trabalhadores e seus dependentes: dirige-se a todos. Assim, deve-se buscar atingir a universalidade em relação à saúde, atendendo a todas as pessoas preventiva e curativamente.

No que se refere a concessão de recursos, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, a Constituição prevê dois subsistemas: a previdência, que se dirige aos trabalhadores e seus dependentes, tendo por objetivo a manutenção de seus níveis de vida; e a assistência, dirigida aos necessitados, que objetiva a concessão do mínimo existencial. É com a soma das duas proteções que será possível atingir a universalidade.

O princípio da universalidade (proteger a todos em todas as situações de necessidade), conforme referido, é um ideal a ser cumprido, uma vez que a própria Constituição prevê, no inciso III do parágrafo único do art. 194 da Constituição, o princípio da seletividade e distributividade.

Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Conforme vimos acima, a seguridade social tem como objetivo a universalidade da proteção. Vimos, ainda, que esse é um ideal a ser atingido. Rumo à sua efetivação, o legislador infraconstitucional e o Executivo deverão escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão protegidos, até que todos sejam protegidos. A referida seletividade está prevista no inciso III do parágrafo único do art. 194.

Ressalta-se que as escolhas feitas pelo Legislativo e o Executivo deverão estar em consonância com o princípio previsto no inciso VII do parágrafo único do art. 194 da CF (gestão democrática e descentralizada), o qual será comentado no próximo item.

Ressalta-se, ainda, que a escolha não é totalmente discricionária, pois a própria Constituição já apresentou os vetores a serem seguidos. Isso se verifica no segundo comando do princípio — distributividade — o qual determina que a escolha dos riscos a serem cobertos deve concretizar os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social).

Esse princípio não tem sido reconhecido, especialmente pelo Judiciário, em suas decisões relacionadas à concessão de medicamentos pelo Poder Público. No decorrer deste trabalho, faremos uma análise sobre o tema.

Princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais

Com o princípio da uniformidade das prestações às populações urbanas e rurais a Constituição pretendeu equacionar o tratamento diferenciado que era conferido às populações rurais. Assim, rumo a universalidade, o tratamento dirigido à população urbana deverá ser estendido à rural.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

A irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194, parágrafo único, IV, relaciona-se ao valor nominal dos benefícios de seguridade social. Aplica-se, portanto, a todas as áreas. Mencionado princípio aplica-se, também, à remuneração dos empregados e avulsos em atividade (art. 7º da CF).

A irredutibilidade é comumente confundida com a manutenção do valor real. Entretanto, esta aplica-se, por determinação constitucional, aos benefícios previdenciários, conforme preceito do § 4º do art. 201 da Constituição, o qual assegura “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Princípio da equidade na forma de participação no custeio

O custeio da seguridade social deve atender ao princípio da equidade (inciso V do parágrafo único do art. 194). O referido princípio revela um conteúdo muito mais amplo que aquele relacionado à capacidade contributiva aplicada aos impostos.

Não se deve observar apenas a citada capacidade, mas também outros fatores relacionado ao sistema de seguridade social. O primeiro a ser observado é a relação entre a contribuição e as prestações a serem usufruídas, devendo, o legislador estabelecer contribuições segundo o risco⁶ apresentado pelo contribuinte. Se maior o risco social, maior a contribuição. Outros vetores estão previstos no § 9º do art. 195 da Constituição.

Considerando o objeto do presente trabalho, entendemos que a determinação prevista em lei⁷ de que o plano privado de saúde restitua ao SUS (sistema único de saúde) os valores gastos em tratamento daquele titular do plano de saúde, atende o princípio ora em discussão.

Princípio da diversidade da base de financiamento

O princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, VI) demonstra a preocupação do constituinte em garantir meios para a efetivação da proteção social.

O referido princípio deve ser entendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo anterior à atual Constituição, o financiamento relacionava-se, essencialmente, à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o empregador quanto o trabalhador.

Entretanto, com a Constituição de 1988, a proteção foi ampliada, passando de modelos isolados, que visavam proteger o trabalhador e seus dependentes para um sistema de seguridade social, o qual, conforme vimos, objetiva atender a todos os cidadãos por meio de das duas faces. Para a efetividade desta proteção ampla, as formas anteriores de financiamento não seriam mais suficientes, motivo pelo qual o constituinte estabeleceu a diversidade de bases de financiamento.

Princípio da gestão da seguridade social

O inciso VII do parágrafo único do art. 194 da Constituição dispõe que a gestão da seguridade social deve ser democrática e descentralizada. O mencionado preceito é um desdobramento, no âmbito da seguridade social, do previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição, já que exige a participação dos destinatários do sistema na gestão da seguridade social. A referida participação é uma das formas de exercício direto no poder, a que se refere o citado preceito constitucional.

Considerando o objeto do presente trabalho e considerando, ainda, que todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) possuem Conselhos de Saúde⁸, a seleção referida acima (princípio da seletividade) deve ser feita com a participação deles. Assim, tanto a formulação de políticas públicas pelo Executivo quanto a edição de leis pelo Legislativo deve ser precedida da oitiva da comunidade, por meio dos citados conselhos.

Dessa forma, o mencionado princípio impede que o Poder judiciário determine a adoção de políticas de saúde, uma vez que os juízes não decidem com base nos vetores apresentados pelos destinatários.

Princípio do custeio prévio

A Constituição, no § 5º do art. 195, determina que a criação, majoração ou extensão de benefícios e serviços da seguridade social somente poderá ser feita com a correspondente fonte de custeio total.

Assim, pelo preceito constitucional, não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja ingressos de receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações. Isso significa que não haverá proteção sem a contrapartida financeira.

Assevera Uendel Domingues Ugatti,⁹ que o preceito constitucional em referência é “norma constitucional da espécie princípio, uma vez que atua como vetor, diretriz e elemento estruturante do planejamento constitucional para a seguridade social, norteando a atividade do legislador ordinário, intérprete, magistrado e do administrador público”. O autor o denomina “princípio da contrapartida”. Segundo ele, citado princípio:

atua, de forma nítida, como fundamento de validade de todo o sistema de seguridade social, pois todas as prestações, seja nas áreas de saúde, previdência ou assistência social, apenas podem existir ou ser instituídas pelo legislador ordinário com a respectiva previsão da fonte e custeio total, assim como a criação de fontes de custeio encontram-se atreladas às prestações sempre de acordo com o plano atuarial, sob pena de sua nulidade, por absoluta ausência de fundamento de validade.

Temos sustentado¹⁰ que o princípio revela, ao mesmo tempo, a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como sua decisão política, efetivada por meio de seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo.

O referido preceito concretiza aquilo que os alemães denominam “reserva do possível”. Assim, no que tange à seguridade social, não precisamos fazer uso do citado princípio, já que há disposição específica relacionada ao citado sistema.

Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade se extrai do disposto no *caput* dos arts. 194 e 195 da Constituição. Aquele enuncia que as ações de seguridade social são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade¹¹, o que revela que toda a sociedade participa da efetivação da proteção social.

Já o art. 195 prevê que o financiamento da seguridade social está a cargo de toda a sociedade, o qual se efetiva de forma direta e indireta. O financiamento direto se dá por meio do pagamento das contribuições de seguridade social (art. 195 e 239 da Constituição). A forma indireta é realizada pela destinação de dotações do orçamento fiscal. Exemplo de financiamento indireto, considerando-se o objeto do presente trabalho, é a previsão estabelecida no art. 198, §2º, da Constituição.

Segundo Almansa Pastor¹², o autêntico alcance da solidariedade é dado por meio dos recursos financeiros. Considerando o dispositivo constitucional, podemos afirmar que a solidariedade, para a concretização dos direitos de seguridade social, é ampla, já que toda a sociedade a financia.

Para o autor acima referido¹³ a relação jurídica de seguridade social tem seu princípio fundamental na solidariedade. Afirma ele que o citado princípio tempera os rigores do individualismo e do socialismo.

O princípio da solidariedade demonstra que é a própria sociedade a responsável por sua proteção, uma vez que todos contribuem para a proteção de todos. Na previdência social, a solidariedade é mais restrita, haja vista que o financiamento se dá, essencialmente, pelas contribuições dos trabalhadores e das empresas, conforme o preceito do art. 167, XI da Constituição.

Da necessidade de interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionados à saúde

Os direitos de seguridade social, assegurados como fundamentais pela Constituição, devem ser interpretados a partir dos preceitos e princípios constitucionais de forma sistemática, e não de disposições constitucionais isoladas.

No que tange à saúde, uma das áreas da seguridade, a Constituição estabeleceu, em seu art. 196, que ela é um “direito de todos e um 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”.

Muitos aplicadores do direito interpretam o direito à saúde apenas pela primeira frase do dispositivo constitucional acima transcrito (saúde é direito de todos e dever do Estado). Entretanto, conforme se verifica em todo o preceituado no art. 196, o referido direito é garantido mediante política sociais e econômicas que garantem o acesso universal e igualitário.

Além disso, o parágrafo único do art. 194, o *caput* e o §5º do art. 195, também da Constituição, estabelecem os princípios de seguridade social, acima comentados, os quais devem ser observados em todas as suas áreas. Portanto, também na saúde.

Assim, embora à primeira vista o direito a saúde pareça absoluto, no sentido de que o Estado é obrigado a conceder a todas as pessoas qualquer prestação de saúde, inclusive todos os medicamentos, haja vista as disposições iniciais do art. 196 e o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, os demais preceitos demonstram que essa interpretação deve ser afastada.

O primeiro aspecto que afasta referido entendimento é a parte final do próprio art. 196. O segundo é o princípio previsto no inciso III, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Esse princípio determina ao Legislativo e ao Executivo que selecionem as prestações e os serviços que serão concedidos, de acordo com as possibilidades econômicas do Poder Público, haja vista o preceituado no § 5º do art. 195 da CF, o qual exige o custeio prévio em relação às prestações de Seguridade Social.

Há que ser ressaltado que ambos os Poderes devem ouvir a sociedade, por meio dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Saúde ao selecionar as prestações que serão atendidas, haja vista o princípio da gestão democrática previsto no inciso VII do parágrafo único do art. 195 da Constituição, comentado acima.

O princípio da seletividade (escolha dos riscos a serem cobertos em todas as áreas da seguridade, dentre as quais se inclui a saúde) deve ser utilizado enquanto não haja possibilidade de concretização do princípio da universalidade.

Assim, rumo à universalização, a seleção deverá ser feita pelo Legislativo e pelo Executivo, a partir de discussões provenientes da gestão democrática e implementadas por meio de políticas sociais, conforme determinação do art. 196 da Constituição.

Considerando a determinação constitucional contida no referido artigo constitucional, a implementação deve se dar por meio de políticas sociais. Ou seja, a efetivação do direito à saúde dá-se de forma coletiva e não individual, uma vez que a expressão “políticas sociais” só pode ser compreendida no aspecto coletivo.

A implementação coletiva, referida no parágrafo anterior, é decorrência do tipo de direito envolvido, “direito à saúde”, o qual é classificado como direito social, conforme preceitua o art. 6º da Constituição.

Os direitos sociais (de segunda dimensão ou geração) têm por objetivo promover a igualdade material. Em razão dos referidos direitos buscarem a mencionada igualdade, pode-se afirmar que não é possível discutir, em demandas individuais, as questões que

envolvem o direito à saúde. Isso porque, decisões individuais resultarão aumento das desigualdade e não sua redução.

Entretanto, muitos interpretam os direitos sociais, a partir de uma ótica individual/patrimonialista, o que gera mais desigualdades, pois uns serão atendidos em detrimento da coletividade. Armando de Oliveira Assis¹⁴, já em 1963, chamava atenção à mencionada problemática, conforme se verifica em suas palavras abaixo transcritas:

sob a alegação de que se trata de matéria do domínio do Direito Social, os seus interpretadores são levados a invocar o “sentido social”, o “objetivo social” de tais leis, e à sombra de uma interpretação supostamente “social” muitos disparates poderão ser cometidos em detrimento da coletividade.

Os direitos sociais demandam uma interpretação específica que garanta a efetividade da igualdade material. Certamente não é por meio de uma interpretação individual/patrimonialista, própria dos direitos de primeira geração, que os de segunda geração devem ser interpretados. Eles exigem uma visão coletiva para sua implementação.

Assim, considerando que o direito à saúde é um direito social, as demandas devem buscar a implementação de políticas públicas, as quais garantirão o acesso universal e igualitário, segundo determina o art. 196 da Constituição. Apenas dessa forma é possível concretizarmos a igualdade material.

A efetividade do direito à saúde, a partir de uma demanda judicial, somente garantiria o acesso igualitário se a prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo, fosse “concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação”, conforme sustenta Ana Paula de Barcellos.

Entretanto, a autora afirma que “é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear (ou deseje fazê-lo) toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros”¹⁵. Além disso, haveria violação ao princípio do custeio prévio, estabelecido no §5º do art. 195 da Constituição e já comentado acima.

A necessidade de acesso igualitário foi observada pela Ministra Ellen Gracie, na decisão abaixo transcrita. Nela foi ressaltado que a determinação para que o Estado forneça medicamentos, em razão de decisões judiciais, compromete a efetividade da saúde básica a toda a população:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não nas situações individualizadas. **A responsabilidade do Estado em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde e de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...), está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.**

(STF, STA 91, DJU 05.03.2007, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie).

Conforme se observa no trecho acima, a concessão de medicamentos a partir de decisão judicial desigualada ainda mais os cidadãos, inviabilizando o objetivo do Estado brasileiro previsto no art. 3º, III da Constituição.

Esse aspecto foi salientado por Ana Paula Barcellos. Para ela, as decisões judiciais que concedem as prestações de saúde se transformam, de forma involuntária, em formas de “distribuição de renda muito pouco equitativa no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável”¹⁶.

O direito à saúde é direito de todos e não apenas daqueles que buscam o Poder Judiciário. As decisões individuais garantem o exercício do direito ao autor da ação em detrimento dos demais.

Os recursos utilizados para implementar a decisão judicial que determina a concessão de medicamentos a uma pessoa exclui os demais que poderiam ser atendidos por políticas sociais, pois os recursos públicos não são infinitos.

Há restrições de ordem financeira, razão pela qual há a necessidade de se estabelecer critérios para a utilização dos recursos, selecionando os riscos que serão atendidos rumo à universalização. Em sendo selecionados determinados riscos, todas as pessoas atingidas por ele serão atendidas. Assim, haverá observância do art. 196 da Constituição, o qual determina que o acesso à saúde será feito de forma igualitária.

A seleção mencionada no parágrafo anterior também pode considerar a condição financeira do destinatário. O citado critério atende a universalidade a que se refere o artigo constitucional mencionado, pois aquele que detém recurso terá acesso a medicamentos, independentemente da disponibilidade pelo Poder Público. Isso estaria em consonância com o preceito do art. 194 da Constituição, o qual estabelece que a sociedade também é responsável pelas ações de seguridade social.

E, aquele que não os detém recursos para adquirir os medicamentos serão atendidos pelo Poder Público. Dessa forma, todos terão acesso a medicamentos, garantindo-se a universalidade a que se refere o art. 196 da Constituição.

Conclui-se, assim, que as demandas judiciais individuais não são meios adequados para concretizar o direito à saúde, pois ele deve ser implementado por políticas públicas estabelecidas a partir da gestão democrática preceituada no art. 194, parágrafo único, VII da Constituição.

Em não havendo políticas sociais, as demandas judiciais devem ser intentadas com o objetivo de determinar que elas sejam fixadas ou que seja suprida a omissão, na hipótese de necessidade de criação por meio de lei. Portanto, as demandas não podem ser individuais.

E, tanto no âmbito administrativo, quanto no legislativo, há possibilidade de se destinar recursos para sua implementação, atendendo-se, assim, ao princípio do custeio prévio.

Além disso, não haverá violação da tripartição dos poderes, já que não é atribuição do Poder Judiciário definir e implementar políticas sociais de saúde.

Considerações finais

A concessão de medicamentos pelo Poder Público insere-se dentro da universalização que a Constituição conferiu à saúde. Entretanto, a referida concessão deve ser realizada de forma a garantir a efetividade dos preceitos constitucionais, e não as impedir.

Nesse sentido, apenas por meio de políticas sociais, e não por decisões judiciais individuais, é que o Poder Público deve garantir o acesso a medicamentos.

Entretanto, em razão dos avanços da ciência que a cada dia faz novas descobertas no campo da saúde, da limitação dos recursos e da necessidade de custeio prévio, não há como se adotar políticas públicas que garantam a concessão de todos os medicamentos a todas as pessoas necessitadas.

A própria Constituição estabeleceu o caminho a ser seguido. Determinou que deverá haver seletividade, observando-se a distributividade, a qual tem por objetivo a efetividade da justiça social, preceituada no art. 193 da Constituição. Nesse contexto, é possível a adoção de políticas que condicionem a concessão de medicamentos a pessoa sem condições financeiras para adquiri-los.

Determinou, ainda, que a gestão da seguridade social e, portanto, também da saúde, deve ser democrática. Dessa forma, as propostas de concessão de medicamentos a serem concedidos por meio de políticas sociais devem ter a participação da população, por meio dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Saúde, garantindo-se, com isso, a gestão democrática, prevista no art. 194, parágrafo único, VII da constituição.

Assim, considerando os princípios de seguridade social, bem como a necessidade de interpretação sistemática dos preceitos constitucionais relacionadas à saúde, as decisões judiciais que determinam a concessão individual de medicamentos não encontram fundamento de validade no ordenamento jurídico.

Referências

ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008.

BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y servicios afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ª. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIERDONA, Zélia Luiza. “A proteção social na Constituição de 1988”, *Revista de Direito Social* nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*, São Paulo: LTr, 2003.

1BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y servicios afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

2Abordamos referido sistema no artigo de nossa autoria “A proteção social na Constituição de 1988”, publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

3BEVERIDGE, William Henri. *Seguro social y servicios afines*: informe de Lord Beveridge. Título Original: Social insurance and allied services. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

4PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ª. ed. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 73 e 74.

5Dentre outros trabalhos, no artigo “A proteção social na Constituição de 1988”, publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

6Exemplo da aplicação deste vetor é a contribuição de acidente do trabalho, cujas alíquotas variam, conforme o risco da atividade econômica (art. 22, II da Lei 8.212/91).

7Conforme previsão do art. 32 da Lei nº 9.656/98, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

8A Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. A Resolução nº 333, de 04-11-2003, do Conselho Nacional de Saúde aprova as diretrizes para a criação, reformulação, estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

9UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*, São Paulo: LTr, 2003, p. 106.

10Dentro outros trabalhos, no artigo “A proteção social na Constituição de 1988”, publicado do Revista de Direito Social nº 28. Notadez, Porto Alegre, 2007.

[11](#)A sociedade participa da execução da seguridade social em todas as suas áreas, especialmente por meio da saúde privada, da previdência complementar e da assistência privada (assistência familiar e caritativa).

[12](#)PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 124.

[13](#)PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ed. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 120 e 124.

[14](#)ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 153.

[15](#)BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008, p. 306.

[16](#)BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008, p. 307.