

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ UNESPAR
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro FUNDINOPI

FABIANO MARANHÃO RODRIGUES GOMES

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À SAÚDE

Jacarezinho
2008

FABIANO MARANHÃO RODRIGUES GOMES

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À SAÚDE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI.

Jacarezinho
2008

FABIANO MARANHÃO RODRIGUES GOMES

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À SAÚDE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, sob a orientação do Prof. Dr. Clayton Maranhão.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Clayton Maranhão

Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti

Jacarezinho, 31 de outubro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa e minha filha queridas que, na medida do possível, souberam suportar a minha ausência durante os períodos de estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de forma particular e emocionada, em primeiro lugar, ao Grande Arquiteto do Universo que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais pelo amor, apoio incondicional e demonstrações incessantes de retidão de caráter.

Aos professores do programa de mestrado, em especial ao professor Gilberto Giacóia, pelo conhecimento que apresentaram e pelo encaminhamento nos estudos.

Aos meus colegas e amigos, que, de alguma forma, ajudaram-me a chegar até este momento.

Aos grandes amigos e incentivadores Samia e Paulo Bonavides.

E, por final, agradecimento especial ao meu orientador professor, grande mestre e amigo Clayton Maranhão, cuja força e paciência foram de grande importância no período em que estive dedicado ao desenvolvimento desse trabalho.

*"A maior riqueza é a saúde."
(Ralph Waldo Emerson. 1803-1882.
Escritor, filósofo e poeta americano).*

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. *Responsabilidade do Estado no direito à saúde*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho-PR. 2008.

RESUMO

O presente estudo, embasado em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, enfoca, primeiramente, a questão do direito à saúde como direito subjetivo fundamental, positivado como norma constitucional programática, e sua conseqüente influência direta na dignidade humana, partindo para a responsabilidade social do Estado em relação à prestação dos serviços de saúde pública, principalmente em relação ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médico ambulatoriais às pessoas desprovidas de condições financeiras para arcar com tratamentos particulares ou custear planos de saúde. Outro ponto de análise é pertinente a alguns aspectos relevantes da saúde pública, dentre eles o funcionamento do SUS – Sistema Único de Saúde e seu sistema de descentralização nas três esferas de governo. Ressalta-se também os entendimentos a respeito do confronto entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, além da necessidade de intervenção do Poder Judiciário como meio necessário à coerção do Poder Público em garantir a prestação de serviços de saúde condignos, conforme prescreve a Constituição Federal. Por final, o estudo passa pela responsabilidade civil do Estado, mais detidamente em relação aos danos causados às pessoas por conta da não prestação ou da insuficiência dos serviços de saúde pública. Para melhor elucidar, colaciona-se decisões judiciais que dão prevalência ao direito à saúde, mesmo sob critérios seletivos de atendimento e fruição, além de demonstrarem a respectiva responsabilização estatal.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos fundamentais. Saúde. Reserva do possível. Responsabilidade do Estado.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. *The State liability regarding health rights*. Dissertation presented to the Master in Law Program from Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho-PR. 2008.

ABSTRACT

This dissertation, based in the doctrine and jurisprudence research, focus, firstly in the health right as a fundamental subjective right, included in the legislation as a programmed constitutional provision, and its direct influence on the dignity of the individual, and then to the liability of the State regarding the public health service, mainly in the supply of drugs and treatments to individuals that do not have enough financial conditions neither a health care program. Another point of analyses relates to some relevant aspects of the public health, including the SUS – Sole Health System and its decentralization system on the three govern spheres. Should also be mentioned the thoughts in respect of the confront from the principles of the minimum existence and the reserve of the possible, and also the need of the Courts to intervene as a necessary way to guarantee that the services will be provided in accordance with the Federal Constitution. In the end, the study mentions the State civil liability in relation to the damages caused to the individuals due to the lack of performance or the non-performance of the public health services. For a better comprehension, it were included some court precedents in which the right of health prevail, even on selective criteria of attendance and enjoyment, and also evidences the state liability.

Keywords: Human dignity. Fundamental law. Health. Reserve of the possible. Liability of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	010
1- DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	013
1.1- Noções gerais de direitos fundamentais.....	013
1.1.1- A declaração dos direitos do homem.....	015
1.1.2- Classificação dos direitos fundamentais.....	016
1.1.3- Direitos fundamentais e garantias institucionais.....	018
1.1.4- Direitos fundamentais e o direito constitucional brasileiro.....	018
1.2- Direito fundamental à saúde.....	020
1.2.1- Conceituação e noções gerais.....	020
1.2.2- Histórico.....	025
1.2.3- Eficácia.....	031
1.2.4- Princípios.....	034
1.2.4.1- Princípio da igualdade.....	035
1.2.4.1.1- Igualdade material.....	036
1.2.4.1.2- Igualdade formal.....	036
1.2.4.2- Princípio da dignidade humana.....	037
1.2.4.3- Princípio do mínimo existencial.....	039
1.2.4.4- Princípio da reserva do possível	040
1.2.4.5- Princípio da proporcionalidade.....	046
1.2.5- Tratados internacionais – normas programáticas.....	047
2- A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À SAÚDE.....	050
2.1- O Sistema Único de Saúde – SUS.....	053
2.2- Aspectos relevantes da saúde pública.....	055
2.2.1 - Direito de acesso a medicamentos e tratamentos médicos.....	055
2.2.2 - Protocolos médicos	061
2.2.3 - A questão da quebra das patentes farmacêuticas.....	068
2.2.4 - Responsabilidade de cada ente federativo.....	071
3- RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA.....	077
3.1- Responsabilidade civil.....	079
3.2- Responsabilidade civil do Estado e teoria do risco.....	088
3.3- Responsabilidade civil do Estado por ineficiência dos serviços de saúde pública.....	092
4- A BUSCA DO PODER JUDICIÁRIO.....	095
4.1- Meios utilizados para garantir a efetividade do direito à saúde.....	098

4.2- O entendimento jurisprudencial - dever do Estado de prestação dos serviços de saúde pública.....	099
4.3- O entendimento jurisprudencial - responsabilidade do Estado pela ineficiência dos serviços de saúde pública.....	114
5. CONCLUSÃO.....	119
6. REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

O direito à saúde ganha a cada dia mais espaço nas discussões pertinentes ao exercício dos direitos fundamentais, posto que o Estado, na qualidade de responsável pela sua efetivação a todos os cidadãos, não vem cumprindo seu mister de forma adequada e, por conseqüência, acarreta severos danos, muitas vezes irreparáveis, principalmente àqueles que não possuem condições financeiras de prover seus próprios tratamentos médicos.

O Brasil passa por um período de evidente escassez de recursos financeiros e estruturais, de forma que falta uma política adequada de gestão do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, o número de profissionais da área de saúde é insuficiente, assim como os equipamentos, unidades de saúde, leitos, tratamentos, entre outros. A situação é cada vez mais dramática e clama por uma urgente reestruturação, que deverá ocorrer senão pelo bom senso dos administradores, por meio da coerção exercida pelo Poder Judiciário.

Esquece-se que o direito à saúde é direito fundamental do cidadão, constitucionalmente garantido e estabelecido como de dever do Estado, conforme prescreve o artigo 196 da Carta Maior.

Desta forma, o Poder Judiciário sofre um crescente número de ações oponíveis contra o Estado, com a finalidade de compelir os órgãos responsáveis pela saúde pública nos âmbitos federal, estadual e municipal a realizar o cumprimento de medidas eficazes na prevenção e tratamento de problemas relacionados à saúde.

Nesta seara, aparecem indagações a respeito do conflito entre o direito subjetivo à saúde e as condições financeiras do Estado, de onde se pode salientar, o princípio do mínimo existencial em contraposição ao princípio da reserva do possível.

Outra questão de suma importância é a relativa à responsabilidade civil do Estado pela má prestação dos serviços de saúde pública, que muitas vezes

acarretam danos à saúde e à vida dos cidadãos. A responsabilização estatal neste particular também é alvo de grandes discussões judiciais, as quais, na maioria das vezes acabam por gerar sua condenação à indenização ou reparação dos danos.

Por conta destes fatores, não resta dúvida a respeito da importância do estudo da matéria, analisando as principais questões que a rodeiam, principalmente em relação ao entendimento jurisprudencial, na busca das melhores soluções ou sugestões para aprimorar os serviços de saúde pública no Brasil.

O presente trabalho pode ser apresentado estruturalmente, a partir da análise dos direitos fundamentais, mais especificamente o direito fundamental à saúde, seus principais aspectos, eficácia e os princípios a eles atrelados, como a igualdade, dignidade humana, mínimo existencial e proporcionalidade.

Em um segundo enfoque, ressalta-se a responsabilidade social do Estado no que tange ao direito fundamental à saúde, demonstrando quais os misteres das Administrações Públicas, o funcionamento do SUS – Sistema Único de Saúde e sua descentralização e os conflitos que envolvem o direito de acesso a medicamentos e tratamentos médicos em relação a questões como os protocolos médicos, a quebra de patentes farmacêuticas e, primordialmente, o princípio da reserva do possível, cujo escopo principal está ligado à idéia de que o Estado não estaria obrigado a prover os serviços de saúde, caso seus custos possam comprometer as finanças públicas.

A participação do Poder Judiciário como interveniente no processo para compelir o Estado a realizar suas obrigações pertinentes à prevenção de doenças, fornecimentos de tratamentos médico-ambulatorias e de medicamentos também deverá passar por uma análise detida, assim como as principais idéias esposas nos julgados dos Tribunais Superiores.

E, num terceiro contexto, pretende-se uma análise da responsabilidade civil do Estado por ineficiência nos serviços de saúde pública. Para tanto, realizar-se-á um enfoque geral sobre responsabilidade civil, partindo para a responsabilidade civil do Estado e, por final, as conseqüências jurídicas da ineficiência dos serviços de saúde pública.

A busca do entendimento jurisprudencial sobre a matéria também deve ganhar um foco específico, demonstrando como os Tribunais têm tratado a responsabilização civil do Estado em relação ao direito à saúde.

Por final, convém esclarecer que o presente trabalho tem a finalidade de demonstrar as principais mazelas pelas quais passa a saúde pública brasileira e seus pontos principais, sempre acompanhados de estudos jurisprudenciais, de modo a viabilizar subsídios necessários para que o cidadão possa fazer valer, em face do Estado, o seu direito fundamental à saúde.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No intuito de localizar o direito à saúde no bojo dos direitos fundamentais, imprescindível que se realize uma abordagem a respeito destes últimos, salientando seu conceito, características e principais particularidades.

A respeito do esboço histórico dos direitos fundamentais, deve-se mencionar que suas primeiras idéias surgem embasadas no cristianismo, direito natural e no constitucionalismo, e como forma de limitação e controle dos abusos do Estado e suas autoridades constituídas, garantindo, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Por direitos fundamentais entendem-se os direitos subjetivos das pessoas, individuais ou coletivamente consideradas, assentes na Constituição. De sorte que, deve-se ter por direito fundamental toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada expressa ou implicitamente na Lei Fundamental.¹ Esses direitos têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, uma vez que garantem o aspecto social da vida humana.

A importância dos direitos fundamentais é tal que os seus princípios estão contidos nos textos constitucionais, atribuindo-se-lhe, portanto, uma posição superior no ordenamento jurídico nacional, que orienta o legislador e incide imediatamente.²

Efetivamente, os direitos fundamentais são uma construção teórica recente, não sendo uniforme a doutrina, no que respeita a sua existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência. Seu objetivo é o bem jurídico da personalidade, aqui entendida como a titularidade de direitos e deveres que se consideram ínsitos em qualquer ser humano, em razão do que se torna sujeito de relações jurídicas, dotado, portanto, de capacidade de direito.

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 7-8.

² Constituição Federal, artigo 5º, parágrafo 1º "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

A razão de ser dos direitos fundamentais está na necessidade de uma construção normativa que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que o direito e a política vêm reconhecendo à pessoa. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.³ Ou seja, dirigem-se ao indivíduo em sua vida privada.

Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem o direito à vida e ao próprio corpo, à honra, o direito ao nome, etc. a tutela jurídica dos direitos da personalidade é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira, o da dignidade da pessoa humana.⁴

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

São também absolutos, porque eficazes contra todos (*erga omnes*), exigíveis de todos, admitindo-se, porém, direitos da personalidade relativos, como os direitos subjetivos públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, por exemplo, com o direito à saúde, ao trabalho, à educação e à cultura, à segurança e ao meio ambiente.

Outra característica é a indisponibilidade, porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei. São ainda, imprescritíveis no sentido de que não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo. E, finalmente, extrapatrimoniais, porque não avaliáveis em dinheiro, salvo os direitos de autor e de propriedade industrial, que têm regime próprio.

Assim, o objeto dos direitos da personalidade é o bem jurídico que não pode ser dissociado da pessoa. São valores essenciais à pessoa no seu aspecto

³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*, p. 243.

⁴ *Ibid.*, p. 244.

físico, moral e intelectual. Esses valores são a vida humana, o corpo humano, a honra, a liberdade, o recato, a imagem, o nome... Esse conjunto ou esse complexo unitário da natureza física, psíquica e moral, vem a justificar um direito geral de personalidade que se constrói a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, base legítima dos direitos especiais da personalidade que o sistema jurídico brasileiro já reconhece.⁵

1.1.1 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

A Declaração dos Direitos do Homem foi proposta em 19 de junho de 1789, e trouxe a renovação do pacto social, visando proteger os direitos do homem contra atos do governo, sendo que seu preâmbulo faz menção expressa aos Poderes Legislativo e Executivo. O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, recordando-os deles.⁶

A Declaração classifica duas grandes categorias de direitos: os direitos do homem (da personalidade) e os direitos do cidadão (direitos fundamentais).

Os direitos do homem são expressos mediante autorizações objetivas para agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Inclui-se aí a liberdade em geral, a segurança, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, a liberdade de expressão e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens). E seus corolários: a presunção de inocência, a legalidade criminal, a legalidade processual.

Os direitos dos cidadãos, na verdade, são direitos subjetivos originados a partir do dever estatal objetivo de garantir aos cidadãos um meio de participação no exercício do poder político. Aí se incluem os direitos de participar da vontade geral, de escolher representantes que o façam, de consentir no imposto, de controlar o dispêndio do dinheiro público, de pedir contas da atuação do agente público.

⁵ AMARAL, op. cit., p. 246-247.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 22.

1.1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de critérios bem variados, existem algumas classificações de direitos fundamentais, dentre as quais salientamos a classificação realizada do ponto de vista das gerações.

Os direitos fundamentais chamados de primeira geração 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.⁷ De acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.⁸ J.J. Gomes Canotilho⁹ ensina que os direitos fundamentais de primeira geração surgiram com o Estado mínimo ou Estado liberal e têm função de defesa ou de liberdade.

Diante disto, os direitos fundamentais de primeira geração segundo Paulo Bonavides, “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.¹⁰

Acrescenta Vladimir Brega Filho que “entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros), complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política”.¹¹

Passando à segunda geração dos direitos fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da

⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 516

⁸ *Ibid.*, p. 517

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 63.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 517.

¹¹ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*, p 22.

liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’¹².

Necessário mencionar que possuem a função de prestação social, caracterizando-se “por outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.¹³

O direito à saúde classifica-se como um direito fundamental de segunda geração, posto que, se externa como um verdadeiro direito a prestação, ou seja, um direito social prestacional, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal. Os direitos de Segunda geração estão expressos no Constituição Federal de 1988 a partir do artigo 6º, e neste aspecto, o referido artigo reconhece o direito à saúde como um direito social que exige do Estado prestações positivas, para deste modo evidenciar a sua garantia/efetividade.¹⁴

Já os direitos fundamentais de terceira geração caracterizam-se por sua função de proteção perante terceiros, também chamados de direitos da fraternidade ou da solidariedade, os quais possuem como característica principal e específica, a titularidade coletiva e não individual, como ocorre com os direitos de primeira e segunda geração.

São direitos fundamentais de terceira geração “o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos”.¹⁵

Por final, a quarta geração dos direitos fundamentais nos trás aqueles direitos correlacionados com a função de não-discriminação. Segundo Paulo Bonavides, encontram-se entre eles o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.¹⁶

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 49.

¹³ Loc. cit.

¹⁴ HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*.

¹⁵ BREGA FILHO, op. cit., p. 23.

¹⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 525.

1.1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS INSTITUCIONAIS

É sabido que os direitos fundamentais são constitucionais na medida em que foram inseridos no texto da Constituição Federal. Essas lhes atribui o efeito de aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º) e instituiu que seu rol abrange os direitos decorrentes do regime jurídico, dos princípios e dos tratados internacionais (artigo 5º, parágrafo 2º).

Assim, os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos assumem a forma de norma jurídica e podem ser encontrados nas suas espécies: regras e princípios. Ou mais exatamente, os direitos fundamentais podem ser encontrados em normas de organização do ordenamento jurídico e em normas que disciplinam diretamente as condutas.

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe no seu título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. Enumera nesse título tanto direitos atribuídos às pessoas como a determinadas instituições.¹⁷

Então, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 aperfeiçoou tecnicamente o regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais. Suas normas representam o desejo de compatibilizar economia e bem-estar-social com a introdução de garantias constitucionais, tanto do direito objetivo quanto do direito subjetivo.

1.1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ensina Zulmar Fachin que “o constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico”¹⁸ e que “a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa”.¹⁹

Sobre a importância do direito constitucional para a disciplina dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva explica que na sucessão das

¹⁷ MORAES, Alexandre. *Direitos fundamentais*, p. 42.

¹⁸ FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*, p. 198.

¹⁹ Loc. cit.

declarações de direitos de pose perceber a preocupação com a efetividade dos direitos humanos pela apontada de um conjunto de meios e recursos jurídicos para sua garantia. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos ficasse condicionado à sua inscrição no texto das constituições.²⁰

A Constituição Federal de 1988 adotou técnica mais moderna. Abriu-se um título sobre os princípios fundamentais, logo introduz o título II – Dos direitos e garantias fundamentais, nele incluindo os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II), os direitos da nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os partidos políticos (capítulo V) e há ainda o título VII – Da ordem econômica e financeira, e especialmente ao título VIII – Da ordem social, onde se localizam conteúdos dos direitos sociais referidos no capítulo II do título II (artigo 6º, da Constituição Federal).

O artigo 5º abre o capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, no qual estão contidos direitos fundamentais, referindo-se, de um lado, ao conjunto de preceitos normativos que definem o estatuto fundamental dos indivíduos e cidadãos na sociedade política; de outro, às posições jurídicas subjetivas atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos por esses mesmos preceitos normativos.

Os direitos fundamentais recebem um conceito amplo à medida que seus preceitos não se restringem à configuração dos direitos subjetivos, envolvem também uma dimensão objetiva. Ao lado dos direitos subjetivos, estabelece princípios de organização e de ação social, econômica e política, ou seja, as instituições que refletem o modo de vida socialmente compartilhado. Esses princípios são incluídos aqui porque visam garantir o gozo de direitos, e que são, por isso, apelidados de garantias.

Já os dois parágrafos do artigo 5º, estabelecem o regime jurídico dos direitos fundamentais. Pelo parágrafo primeiro tem-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Enquanto que o parágrafo 2º contém uma importante delimitação do conteúdo desses direitos.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 152-153.

Em face da dificuldade de concretização dos direitos e garantias fundamentais, vale lembrar que, a interpretação ou determinação do sentido das normas não constitui um problema exclusivo deste setor do ordenamento jurídico, nem pode ser isolado do problema geral da aplicação das normas jurídicas. Inclusive, pode-se afirmar que os estudos sobre direitos fundamentais têm motivado a revisão das teorias da interpretação jurídica a partir das chamadas teorias da argumentação jurídica.

1.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.2.1 CONCEITUAÇÃO E NOÇÕES GERAIS

Após a análise geral dos direitos fundamentais, é possível a realização de um estudo mais aprofundado no tange ao direito à saúde. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 6º, que abre o capítulo II (“Dos direitos sociais”) do título II (“dos direitos fundamentais”), a saúde como um dos direitos sociais.

Por sua vez, o artigo 196 da Carta Magna, prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. E continua, afirmando que “o direito à saúde deve ser 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”.

Certamente não haveria como ser outro o entendimento da Norma Maior, pois o direito à saúde constitui, sem qualquer laivo de dúvida, um direito fundamental.

Outrossim, verifica-se que o legislador constituinte reconheceu que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde” (artigo 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, atribuindo-lhe o caráter de serviço público essencial. Deste modo, sendo a saúde direito fundamental, o Estado reveste-se do

papel de garantidor positivo de uma política sanitária ampla, com o fito de desincumbir-se da sua responsabilidade, de seu dever constitucional de prestar.²¹

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, que é um dos Órgãos da Organização das Nações Unidas – ONU, datada do ano de 1946, está contido a primeira definição a respeito saúde, sendo esta o “completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”.

Os direitos à vida e à integridade física ocupam posição capital no sistema dos direitos da personalidade. A vida humana mais do que um estado, é o processo pelo qual um indivíduo, nasce, cresce e morre. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe sim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apóiam nessa condição.²²

A integridade física é a incolumidade do corpo humano, o estado ou a qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano. A vida e a integridade física da pessoa são bens jurídicos protegidos pela Constituição, pelo Código Civil, e pelo Código Penal.

A vida humana é fenômeno unitário e complexo, uma totalidade unificada de tríplice aspecto, o biológico, o psíquico e o espiritual. Biologicamente, é processo de atividades orgânicas e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.²³

A proteção jurídica da vida humana e da integridade física tem como causa final a preservação desses bens jurídicos, do que decorre a importância em determinar-se o momento em que ela começa e se extingue, o que marca, aliás, o início e o fim da personalidade jurídica.²⁴

²¹ TAVARES, Paulo César Vieira. *A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais*.

²² AMARAL, op. cit., p. 254.

²³ Ibid., p. 254-5.

²⁴ Ibid., p. 255.

O direito subjetivo que tem a vida humana como bem jurídico pressupõe três titulares do dever jurídico de respeitá-lo: a) o próprio indivíduo; b) as demais pessoas; e c) o Estado. O próprio indivíduo tem para consigo o direito-dever de legítima defesa, que consiste na reação contra agressão injusta, atual, inevitável, não excedendo o necessário à defesa. Relativamente a terceiros, têm estes o dever de não matar, de não contribuir ou ajudar na morte de alguém. Quanto ao Estado, tem este o dever, negativo, de respeitar a vida dos cidadãos e o dever, positivo, de proteger-lhes a vida, com a utilização de todos os meios jurídicos necessários, assim como o dever de punir os autores de quaisquer atentados contra a vida humana, função típica do direito penal.²⁵

Por conta de obrigação constitucional e por meio de políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de garantir a saúde dos cidadãos, reduzindo o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Esse dever do Estado é, portanto, pressuposto basilar na efetivação da saúde, já que se vive num Estado Democrático de Direito. Segundo Hewarton Humenhuk, “quando se fala em um Estado Democrático de Direito, se fala em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social”.²⁶

A efetivação dos direitos sociais, contudo, a despeito da consagração nos textos legais, encontrou inúmeros percalços, principalmente de natureza econômica, eis que é cediço que os direitos sociais, de maneira geral, ao contrário dos direitos individuais, demandam prestações positivas pelo Estado.

Por outro lado, tais direitos, no mais das vezes, são proclamados de maneira genérica e abstrata, como fins, diretivas, metas a serem observadas na condução do Estado, o que também dificulta sua realização fática, por ficarem ao alvedrio da vontade política dos legisladores e governantes, ainda que muitos puguem a natureza vinculante de certas regras, mas sempre dentro de um campo de discricionariedade na escolha da forma de concretização das imposições constitucionais relacionadas ao direito social²⁷.

²⁵ AMARAL, op. cit., p. 255-256.

²⁶ HUMENHUK, Hewarton. *O direito a saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*, p. 29

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 274.

Dentre as especificidades do gênero, é de bom alvitre destacar a obrigação do Estado de prestar ao cidadão tratamento digno às suas enfermidades, onde se inclui o dever de fornecer os medicamentos necessários a tal fim.

Nota-se, com certa freqüência, o surgimento de diversas situações e discussões ligadas à saúde pública, as quais colocam em conflito o interesse público, correlacionado à tentativa de equilíbrio das contas e orçamentos e o interesse particular, exteriorizado nas mazelas dos cidadãos desprovidos de razoável situação econômica.

Diante deste paradoxo, a cada dia que passa, cresce a quantidade de ações oponíveis ao Estado, em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas acerca dos bens jurídicos que a Constituição alinha na Ordem Social.

No que se refere à titularidade do direito à saúde, é necessário mencionar que, por englobar proteções individuais, de grupos e da comunidade em geral, pode se apresentar sob aspecto individual e/ou transindividual.

Ensina Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁸ que “a saúde, enquanto direito de todos (artigo 196), ao se adequar perfeitamente enquanto direito difuso (transindividual, de natureza indivisível tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) visa possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Por conseqüência, o fato do direito à saúde apresentar além da titularidade individual, uma titularidade transindividual, implica na impossibilidade de ser contrariado pelos Poderes Públicos, ou de ter sua previsão retirada da Constituição Federal, e ainda na necessidade do Estado brasileiro em promover todas as medidas necessárias para garantir sua efetivação e sua observação.

Vale ressaltar, segundo Roger Raupp Rios²⁹, “é direito individual, denominado pelos juristas como ‘direito subjetivo público’, isto é, direito de alguém exigir uma certa prestação (assistência à saúde) perante o Estado. Eis a dimensão

²⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos*, p. 98.

²⁹ RIOS, Roger Raupp. *Respostas jurídicas frente à epidemia de Hiv/Aids*.

individual, pela qual alguém pode pleitear judicialmente o acesso à medicação, como, aliás, tem decidido favoravelmente o Supremo Tribunal Federal”.

Na concepção de direito transindividual, o direito à saúde se apresenta por duas subespécies, quais sejam, os direitos coletivos e os direitos difusos. Essa afirmação se baseia no fato de, inúmeras vezes, não se poder atribuir titularidade ao direito, sendo, portanto, patrimônio de um grupo, ou até da humanidade, como no caso da preservação ambiental. Diante desta idéia de direitos transindividuais, importante, neste momento, uma breve análise dos direitos coletivos e dos direitos difusos.

O direito coletivo ocorre “quando um certo grupo, com determinação relativa, decorrente da participação em uma relação jurídica-base pode obter proteção para toda classe representada, não podendo haver satisfação ou prejuízo senão de forma que afete a todos membros desta determinada classe”.³⁰

É possível exemplificar essa idéia de direitos coletivos da seguinte forma: pacientes soropositivos inscritos em programa de distribuição de remédios estão ligados, por uma relação jurídica-base, com o SUS; servidores públicos militares excluídos da caserna, em virtude da soropositividade. Se por acaso for negada a inclusão de um remédio necessário, exigível dentro do sistema de saúde, poderá haver defesa deste direito coletivo, mediante ação civil pública, ação civil coletiva ou mandado de segurança coletivo, ajuizados por associação representativa do grupo ou pelo Ministério Público. A decisão, nestes casos, aproveita a todos os membros do grupo. Tudo sem prejuízo de que, individualmente, algum dos prejudicados defenda-se a si próprio, pelas ações individuais pertinentes.³¹

Nota-se o direito difuso “quando certo grupo, com indeterminação absoluta de seus titulares, cuja ligação decorre somente de mera circunstância de fato, pode obter proteção para todo o grupo”³². Dentro da idéia de direito difuso, o direito à saúde envolve interesses indivisíveis, não se podendo aferi-los quantitativamente com relação a cada integrante de um grupo indeterminável de pessoas que estejam reunidas por uma mesma situação de fato.

³⁰ RIOS, op. cit.

³¹ Loc. cit.

³² Loc. cit.

Um exemplo que pode ser mencionado em relação à idéia de direitos difuso é a seguinte: moradores de uma mesma região compartilham do direito difuso ao meio ambiente sadio, onde se pode incluir, por hipótese, medidas preventivas diante de epidemias. Estes direitos podem ser defendidos pelos mesmos meios processuais disponíveis para os direitos coletivos, pelo Ministério Público ou por associações que tenham entre seus objetivos a questão discutida.³³

Assim, não há qualquer dificuldade em associar a dignidade da pessoa humana com o direito à saúde, já que se tal direito não estiver sendo concretizado, a vida da pessoa, com certeza, não estará sendo digna, em desrespeito, pois, aos objetivos constitucionais do bem-estar e da justiça social.³⁴

1.2.2 HISTÓRICO

Os direitos sociais estão insertos no conjunto dos direitos fundamentais e, estes, no âmbito dos direitos humanos. Ainda que não seja objeto específico de estudo, a análise histórica sobre a evolução de tais temas se faz necessária.

Os direitos humanos surgiram como direitos da modernidade, atrelados ao ideário das Revoluções Burguesas ocorridas em fins do século XVIII, especialmente a francesa e a norte-americana.³⁵

Conforme lembra Lopes, os primeiros códigos morais e jurídicos, desde os Dez Mandamentos até a Lei das Doze Tábuas, eram conjunto de regras que estabeleciam obrigações para os indivíduos, mas não direitos. A figura deôntica originária era o dever, e não o direito; “a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagememente”.³⁶

Não obstante, desde os primórdios, a busca da saúde tem sido uma realidade na evolução da humanidade. A cada época conforme as suas

³³ RIOS, op. cit.

³⁴ TAVARES, op. cit.

³⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde - parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p.19.

³⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo*, p.127.

necessidades e possibilidades, cada povo demonstra soluções as mais variadas possíveis, na concretização da garantia à saúde.

Já nas sociedades primitivas verifica-se a busca constante da cura dos males dos seres humanos, por meio da magia representada pela “existência de curandeiros, xamãs³⁷ e feiticeiros”³⁸ Justificam-se tais atitudes pela valorização da vida, pelo medo da morte e ainda pelo interesse na melhora da qualidade de vida. Os gregos foram os responsáveis pela apresentação da primeira idéia de saúde, representada pela máxima “*mens sana in corpore sano*”.³⁹

Na idade média, a classe burguesa, objetivando consolidar social e politicamente a ascensão econômica já conquistada, lutou para estabelecer uma esfera de liberdade com várias prerrogativas a serem reconhecidas pelo Estado. A ligação primordial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana delineava a universalidade como ideal dessa luta social.

Por sua vez, a lei e o princípio da legalidade e, mais a frente, a Constituição e o princípio da supremacia constitucional, tornaram-se instrumentos jurídicos de veiculação do novo pacto social que se afirmava, recuperando a noção de “justo” da antiguidade clássica e da escolástica e, com isso, permitindo a abertura do sistema a uma dimensão ético-valorativa.

Ferreira Filho ressalta que a questão deparada literalmente na *Antígona*, por Sófocles,⁴⁰ manifestava a idéia de que o direito não corresponderia àquilo que o legislador declara, mas a algo que projetaria o justo e, conseqüentemente, independeria, como o justo, da mera vontade dos homens. Para ele, esta seria a raiz mais profunda da doutrina dos direitos fundamentais.⁴¹

³⁷ Segundo a Wikipédia, xamã é o sacerdote ou sacerdotisa do xamanismo que entra em transe durante rituais xamânicos, manifestando poderes sobrenaturais e invocando espíritos da natureza.

³⁸ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*, p. 28.

³⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁰ Vale transcrever a resposta dada por Antígona ao rei Creonte, quando questionada acerca do descumprimento de suas leis: “não foi, com certeza Zeus, que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem e nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram” (SÓFOCLES; 496a.C. – 406a.C. *Antígona*. Trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 35-36).

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos direitos fundamentais*. In. SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 240.

Com essa idéia de justiça da época moderna, apareceu a concepção de “direitos naturais”, tidos como inerentes ao homem, visto que decorrentes da própria condição humana. Seriam, por isso, direitos anteriores ao Estado e por este interrogáveis; direitos abstratos e universais, pois reconhecidos a todos os homens; imprescritíveis, na medida em que presos à natureza imutável do ser humano; e inalienáveis, pois a ninguém se possibilitaria abrir mão deles.⁴²

Devido à anterioridade em relação ao Estado, esses direitos eram exclusivamente declarados, e não propriamente constituídos pela ordem jurídica estatal; eram direitos contra o Estado, que almejavam a criar uma esfera de proteção do indivíduo frente à intercessão estatal na esfera privada. Tratava-se, por conseguinte, de direitos individuais.

Segundo Bonavides, “a universalidade se manifestou pela primeira vez, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.”⁴³

Assim, o principal modelo de positivação dos referidos direitos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, promulgada em 26 de agosto de 1789, mostrou-se mais abrangente e significativa que as declarações inglesas e americanas, posto que, conforme Bonavides: “se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano”.⁴⁴

Delineados como “poderes de agir”, esses direitos individuais foram estruturados como direitos subjetivos. Ao Estado incumbia o encargo de impedir que fossem violentados e de restaurá-los quando atingidos, responsabilizando o causador do dano; ou seja, o dever de resguardá-los, dotando-os de coercibilidade e, portanto, de justiciabilidade.⁴⁵

⁴² KIST, Dário José. *O Estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração*. Revista da AJURIS, p. 38-39.

⁴³ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 516.

⁴⁴ Loc. cit.

⁴⁵ KIST, op.cit., p.38-39.

A ascensão dos burgueses proprietários e industriais, aliada aos fenômenos de expansão da economia e dos mercados, o êxodo rural, a crescente urbanização e concentração urbana, contribuiu para o surgimento de uma classe operária em busca da consolidação de âmbitos próprios e de intervenção social e política.

A dissonância entre o ideal revolucionário de igualdade para todos e a limitação dos direitos de participação de voto, por motivos econômicos e culturais, demonstrava a fragilidade do sistema de direitos então vigentes.

Conforme salienta Peces-Barba, a conquista dos direitos políticos foi tormentosa, na medida em que neles se manifestava o contraste entre o teor literal genérico e a atuação real dos direitos já assegurados, limitada à participação da burguesia proprietária e instruída, única capaz de ter acesso ao voto censitário. Havia assim, a necessidade de conquista do poder político que permitisse a obtenção de uma maioria parlamentar para aproximar-se de prerrogativas até então efetivadas apenas pela e para a classe burguesa.⁴⁶

Destarte, os movimentos sociais do proletariado contribuíram decisivamente para estabelecer e expandir os Direitos do Homem, tanto no sentido individual quanto no social. A luta pelos direitos sociais, além do ideal de emancipação do homem, aparece com um sentido mais amplo, enquanto luta pelos direitos tradicionais liberais, como liberdade, igualdade e fraternidade- “lema que os primeiros movimentos socialistas e operários herdaram da Revolução Francesa[...]. A luta contra a opressão social subentendia a luta pela liberdade”.⁴⁷

Assegurada a igualdade política, o objetivo passou a ser a efetivação da igualdade real, ou seja, a igualdade quanto às condições de vida e às possibilidades de realização de cada indivíduo.

O redimensionamento do papel do Estado tornou-se assim uma evidente necessidade: ao Estado caberia assumir vários encargos e atividades jamais considerados como atividades tipicamente estatais (ou públicas), passando a

⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Diritti sociali: origini e concetto*, p. 41-42.

⁴⁷ HOBBSBAWN, Eric J. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária*, p. 436-437.

prestar uma série de serviços de saúde, educação, assistência social e de intervir diretamente na regulação dos mercados, conforme aponta Sarmiento.⁴⁸

Entretanto, para que houvesse essa transformação da função estatal, tornava-se imperioso haver a alteração do modo por que se concebiam as relações entre o indivíduo e o Estado, até então constituídas sob o fundamento do antagonismo e da desconfiança, onde os direitos individuais serviam de barreira à atuação estatal. O pleno exercício dos direitos individuais e políticos formalmente positivados sujeitava-se ao voto de confiança nas instituições públicas e da atribuição de um distinto desempenho ao Estado: atuar com “garante” dos direitos sociais.⁴⁹

Louis Blanc e a corrente humanista do socialismo apresentaram a nova concepção de direitos humanos, embasada na noção de liberdade como capacidade, igualdade como a satisfação de necessidades básicas e fraternidade como fundamento de obrigações positivas entre os indivíduos.

Inseriu-se, assim sendo, a idéia de que os direitos humanos apenas seriam respeitados se o Estado propiciasse aos indivíduos os necessários recursos à preservação dos bens tutelados pelos direitos e coagisse os particulares a colaborar no aporte de recursos para tanto. Os direitos sociais tornavam-se instrumento para obter a igualdade fática que possibilitaria a todas as pessoas usufruírem os demais direitos consagrados anteriormente.⁵⁰

Esses direitos fornecidos pelos Poderes Públicos em favor da coletividade passaram a ser conhecidos como “direitos de crédito”, que por sua vez, correspondiam à busca da igualdade real no referente às condições iniciais para o exercício dos demais direitos, individuais e políticos, suprimindo necessidades básicas e viabilizando o desenvolvimento pleno da pessoa.

Nesse sentido, Barreto salienta que se tem um novo patamar conceitual, “onde os direitos sociais irão representar a integração dos princípios da

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, p. 252.

⁴⁹ FIGUEIREDO, op.cit. p. 23.

⁵⁰ Loc. cit.

igualdade material e da liberdade real” e, com isso, “atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum”.⁵¹

Desse modo, os direitos fundamentais de segunda geração se tornam tão essenciais quanto os direitos fundamentais de primeira geração, tanto por sua universalidade quanto por sua eficácia, estando intimamente ligados aos direitos prestacionais sociais do Estado perante os indivíduos.

Realizada sucinta abordagem sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, aponta-se o desenvolvimento havido no direito social à saúde.

Trata-se o referido direito de reivindicação antiga, contudo sua inclusão no rol dos direitos humanos ocorreu modernamente, visto que o primeiro documento acolhido como declaração de direitos é da Idade Média, sendo a “Magna Carta da Inglaterra” de 1215, onde os barões ingleses determinaram ao rei, João Sem Terra, que assinasse um documento que lhes garantisse direitos pela limitação do poder absoluto do monarca.

A cláusula 39 da Magna Carta versava que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido, ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.⁵²

No entanto, a saúde na Idade Média não era disciplinada, uma vez que os indivíduos a consideravam como um “castigo divino”, e assim sendo, não haveria forma de regulamentá-la, incumbindo apenas aos Deuses definir quem seria merecedor ou não de contrair determinada doença. Assim, o momento histórico não admitia o tratamento digno à saúde, pois, os Deuses soberanos que eram, detinham maiores poderes que o próprio monarca.⁵³

Percorrendo a história, alcança-se o período que precede o período industrial, onde a preocupação única era a de isolar os indivíduos acometidos de

⁵¹ Cf. BARRETO, Vicente Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*, p. 118-119.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*, p. 70.

⁵³ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *A efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988, por meio dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva*.

doenças, sendo que à própria coletividade incumbia organizar e manter os hospitais, e por esse motivo, ineficazes eram os atendimentos quanto às exigências básicas.

Com a Revolução Industrial, houve uma brusca mudança nesse cenário, vez que a urbanização ocasionou melhorias à coletividade. A necessidade de os industriais conservarem os operários saudáveis para seus afazeres, o processo de conscientização dos operários quanto a possuir melhores condições de trabalho e a conseqüente busca por essas melhorias, constituíram fatores essenciais para as inovações sociais ocorridas.⁵⁴

Diante da busca incessante por direitos trabalhistas e da circunstância colidente entre os interesses destes e os dos empregadores, passou o Estado a fiscalizar e a intervir nas condições de saúde no âmbito do trabalho.

1.2.3 EFICÁCIA

A saúde é elemento essencial ao exercício da cidadania do ser humano. Sem saúde o homem não vive, sobrevive, pois a saúde está direta e intimamente ligada à qualidade de vida e à dignidade das pessoas.

Destarte a saúde, como direito fundamental constitucionalmente previsto, possui determinado grau de eficácia e aplicabilidade. A Carta Maior determina a relação de aplicabilidade das normas constitucionais, no parágrafo primeiro, de seu artigo 5º, versando que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A carga de eficácia será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em normas de natureza eminentemente programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental.⁵⁵

⁵⁴ SIQUEIRA, op. cit.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 268 e ss.

A presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juizes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício desses direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficácia e, conseqüentemente, sua efetividade.⁵⁶ Desta forma, não há indícios de divergências a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

O Professor Vladimir Brega Filho ilumina o entendimento, salientando que “ao serem inseridos nas Constituições, os princípios deixam de ser normas destituídas de eficácia. Mesmo tendo caráter de normas programáticas, de declarações, de exortações, terão eficácia, pois servirão de critério de interpretação e darão coerência ao sistema.”⁵⁷

Nesta linha, todas as normas constitucionais seriam dotadas de eficácia, sob pena de configuração de fraude à vontade do povo, representada pelo Poder Constituinte. De conseqüência, desnecessária e até mesmo sem finalidade seria a norma prescrita no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, supra mencionada. Ademais,

ao se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito, pautada que está no respeito aos direitos fundamentais, forçosos concluir que a norma constitucional que assegurou a todos o direito à saúde tem eficácia plena, merecendo aplicação instantânea e incondicionada, já que dotada de força normativa para produzir efeitos concretos independentemente de regramento posterior. Entendimento contrário, com certeza, despreza a proteção absoluta aos direitos fundamentais consignado no Magno Texto.⁵⁸

Por sua vez, Howerstton Humenhuk, ensina que “o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, revela em sua normatividade, uma imposição aos Poderes Públicos de alicerçar a eficácia máxima e imediata factível aos direitos fundamentais”⁵⁹. E cita Ingo Sarlet, quando o jurista designa a norma do parágrafo 1º do artigo 5º como “espécie de mandado de otimização (maximização)”.⁶⁰

⁵⁶ SARLET, op. cit., 268 e ss.

⁵⁷ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*, p. 55.

⁵⁸ TAVARES, op. cit.

⁵⁹ HUMENHUK, Howerstton. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*.

⁶⁰ Loc. cit.

Segundo Ingo Sarlet:

Ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada.⁶¹

Acrescenta ainda o autor mencionado no parágrafo anterior “faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais... a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos”.⁶²

Neste particular, verifica-se nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que tem prevalecido o entendimento no sentido de que a interpretação da norma programática do artigo 196 da Constituição Federal não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental.⁶³

Para a Corte Suprema⁶⁴, a saúde caracteriza-se como sendo direito público subjetivo, representando prerrogativa jurídica indisponível de todos, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar; considerando que o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa seqüência constitucional indissociável do direito à vida.⁶⁵

⁶¹ SARLET, op. cit. 268 e ss.

⁶² Loc. cit.

⁶³ Agravo regimental no recurso extraordinário nº 271.286-8, RS, Relator Ministro Celso de Mello, Diário de Justiça da União, 24/11/2000. Ver também STF, DJU 23.08.00, p. 37, RE 273.834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello e DJU 23.08.00, p. 50, RE 267.612-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello.

⁶⁴ Agravo Regimental no RE nº. 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/11/00.

⁶⁵ TAVARES, Paulo César Vieira. op. cit.

Assim, é correto afirmar que a Constituição tem força normativa própria, sendo norma em sentido material e, desta forma, mister se faz que seja sempre interpretada em sintonia com a sua mais alta hierarquia.

É de bom alvitre salientar, entretanto, que alguns pensadores, ao dividir os direitos sociais em dois grupos, sendo o primeiro aquele ligado aos direitos de defesa e o segundo referente aos direitos prestacionais, defendem a diferença da eficácia da norma constitucional para cada um deles.

Os direitos de defesa são aqueles correlacionados ao direito primário de liberdade, que requerem uma atitude de abstenção do Estado e, portanto, não acarretam maiores problemas quanto aos seus efeitos de aplicação imediata.⁶⁶

Os direitos prestacionais, também chamados de direitos sociais a prestações, são aqueles “que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática e normativa”⁶⁷, não se dirigindo à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas vinculado às tarefas de distribuição e redistribuição de recursos existentes⁶⁸, como nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet, não gerando, por consequência, direitos públicos subjetivos.

1.2.4 PRINCÍPIOS

Princípio, palavra derivada do latim, (*principium, principi*) que significa fonte, origem, base. Em linguagem leiga é o ponto de partida de um começo qualquer.⁶⁹

Como assevera Celso Ribeiro Bastos, “são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo

⁶⁶ CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*, p. 136.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 136-137.

⁶⁸ SARLET, op. cit. p. 268 e ss.

⁶⁹ CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico: nova fronteira da língua portuguesa*, p. 635

jurídico”.⁷⁰ Os princípios constitucionais são os verdadeiros parâmetros que orientam o sistema jurídico, sendo a Constituição Federal a base de todo o Direito vigente.

Em harmonia com o conceito normativo de saúde como direito social a ser garantido pelo Estado, independentemente de contribuição dos cidadãos, foram fixados determinados princípios que norteiam o seu emprego. Deste modo, discorre-se acerca dos princípios da igualdade, da dignidade humana e o do mínimo existencial, que dentre outros, são alicerces do direito fundamental à saúde.

1.2.4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Prescreve o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)”.

Portanto, o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionada inclusive no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional; estamos diante de um princípio, direito e garantia para o qual todas as demais normas devem obediência.

Contudo, há que se considerar o desafio existente em determinar os conceitos de “iguais” e “iguais perante a lei”. Assim sendo, compete ao jurista à interpretação do conteúdo dessa norma, tendo em vista a sua finalidade e os princípios consagrados no Direito Constitucional, para que desta forma o princípio realmente tenha efetividade.

Vale a lembrança da lição de Carlos Maximiliano⁷¹, quando, se referindo, à interpretação da norma, adverte que o Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreve inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis.

E prossegue o ilustre autor afirmando de que:

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p.154.

⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p.166.

desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentir real e o bem presente e futuro da comunidade.⁷²

A igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal, deve ser encarada e compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal.

1.2.4.1.1 IGUALDADE MATERIAL

O entendimento da igualdade material deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que concerne às possibilidades de concessão de oportunidades. A igualdade material tem por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar que “todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres”.⁷³

Observa-se então, que a Constituição Federal vigente, em vários enunciados, indica o nivelamento das desigualdades materiais, contudo, a observação das desigualdades sócio-econômicas no mundo fático, demonstra que o princípio constitucional e as normas que buscam amainar as desigualdades materiais são constantemente desrespeitados.

1.2.4.1.2 IGUALDADE FORMAL

O artigo 5º da Constituição Federal prescreve igualdade de todos perante a lei.⁷⁴ Esta é a igualdade formal, que interessa mais diretamente ao jurista. Ingo Wolfgang Sarlet salienta o fato de que o princípio da igualdade encontra-se

⁷² MAXIMILIANO, op. cit., p.166.

⁷³ BASTOS, op. cit. p. 225.

⁷⁴ Na Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo VII temos a seguinte prescrição: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

diretamente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, quando leciona que:

não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.⁷⁵

Tal princípio sofreu diversas interpretações no decorrer da história. A doutrina tradicional, sintetizando, preconizou que o conteúdo de tal preceito seria o de dar tratamento diverso para pessoas desiguais; entretanto, não esclareceu em que circunstâncias e em que medida seria constitucionalmente admissível que a lei desigualasse.

Deste modo, a doutrina tradicional tem um posicionamento similar à máxima de Aristóteles, para o qual o princípio da igualdade consistiria em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”.⁷⁶

Assim, o Princípio de Igualdade, mais que uma expressão do Direito, é uma maneira digna de se viver em sociedade, onde visa num primeiro momento “propiciar garantia individual” e num segundo “tolher favoritismos.”⁷⁷

1.2.4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

A doutrina o considera o postulado fundamental e a base principiológica da atual Carta Magna, não raras vezes dizendo que é a razão dos demais princípios, pelo que se desrespeitado, ferirá diversos outros valores que o

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 89.

⁷⁶ BASTOS, op.cit., p.229.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*, p.23.

ser humano possui. Sua importância é revelada ao inaugurar a Constituição Federal como fundamento da República, logo em seu artigo primeiro.⁷⁸

A dignidade é atributo essencial do ser humano, quaisquer que sejam suas qualificações. Em última instância, a dignidade humana reside no fato da existência do ser humano ser em si mesma um valor absoluto, ou como disse o filósofo alemão Kant: “o ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e nunca como um meio ou um instrumento para a consecução de outros fins”.⁷⁹

Christiani Marques mostra bem a importância desse princípio dizendo que “o princípio da dignidade humana busca propiciar melhores condições de vida ao empregado. Na dignidade humana se valoriza o trabalho humano; na igualdade ou não-discriminação se combatem as desigualdades ou permite-se alguma diferença, desde que legítima e justificada, [...]”.⁸⁰

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o fundamento último do Estado brasileiro. Ela é o valor-fonte a determinar a interpretação e a aplicação da Constituição, assim como a atuação de todos os poderes públicos que compõem a República Federativa do Brasil.

O Estado deve ser instrumento a serviço da dignidade humana e não o contrário. É nesse amplo alcance que está a universalidade do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos.

Rizzatto Nunes entende que “[...] a dignidade é garantida por um princípio, logo, é absoluta, plena e não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.” Com relação à aplicação do princípio da dignidade, o mesmo autor enfatiza que:

é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.⁸¹

⁷⁸ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...].

⁷⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 60.

⁸⁰ MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*, p. 147.

⁸¹ NUNES, Rizzatto. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. p. 46.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é o norteador do ordenamento jurídico brasileiro (e comparado), na medida em que é base fundamental à interpretação e à aplicação de todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo-se primar por sua prevalência nas relações entre os indivíduos, bem como nas relações destes com Estado.⁸²

1.2.4.3 PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio do mínimo existencial está ligado à pobreza absoluta, assim compreendida a que deve ser combatida pelo Estado, ao contrário da pobreza relativa, que depende da situação econômica do país, sendo sanada em consonância com o orçamento.

O mínimo existencial não possui locução constitucional própria, devendo ser procurado na idéia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão. Necessita de conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, como o direito à saúde e à alimentação entre outros, considerados em sua dimensão, essenciais e inalienáveis.⁸³

O mínimo existencial estaria ligado às condições mínimas de existência humana digna, de maneira que não poderia ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas

Portanto, o mínimo existencial é a parcela mínima de que cada pessoa precisa para sobreviver, devendo ser garantido pelo Estado, por meio de prestações positivas. O Estado por sua vez, obtém os recursos necessários para garantir o mínimo existencial através de tributos, na espécie de impostos. Sem o mínimo existencial, não há que se falar em liberdade e/ou igualdade, pois a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental.

⁸² GUILHERMER, Gabriela Calixto. *O Direito do trabalho, a constituição federal principiológica e a inclusão social*.

⁸³ PORTELLA, Simone de Sá. *Direitos humanos e mínimo existencial*.

Nessa ponderação de valores, é essencial a invocação do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo, assim, o retrocesso nas conquistas sociais. Por fim, a fiel efetivação dos direitos sociais de prestação depende ainda de um padrão uniformizado de atuação dos poderes estatais, para que a inércia do Poder Público e a adoção de medidas parciais não acabem por produzir categorias variadas de prestações de caráter universal.⁸⁴

O mínimo existencial deve ser assegurado a todo cidadão não de forma individualizada, mas sim como objeto de políticas públicas bem definidas e harmônicas com a noção de Estado Democrático de Direito.

1.2.4.4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Um grande problema envolve a prestação dos serviços de saúde pelo Estado, qual seja, a sua situação financeira e orçamentária. Não são raras as vezes em que os Órgãos públicos já esgotaram os recursos a serem destinados à saúde pública em determinado exercício financeiro, e mesmo assim, são condenados a custear medicamentos e tratamentos médicos além de suas possibilidades.

Pode-se afirmar que “a reserva do possível, no que toca à possibilidade financeira do Estado, consubstancia a disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica.”⁸⁵ Sua idéia principal é a destinação de tudo quanto é possível para atender as necessidades do indivíduo, até o momento em que se coloque em risco o orçamento público. Não se trata, portanto, de negar direitos, mas apenas de não se ter como atender a todos.

A posição de Aaron e Schwartz, citado por Gustavo Amaral, é bastante coerente quando dizem que “a questão de escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas pensam que quando a saúde e a vida estão em

⁸⁴ ALMEIDA JÚNIOR, Elmo José Duarte. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível.

⁸⁵ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira e Souza, ANDRÉ Evangelista de. *A efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica mediante intervenção do Poder Judiciário: critérios.*

jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento de custo com tratamento tornou essa posição insustentável”.⁸⁶

Por mais que não se queira aceitar, ou acreditar, o Estado é o principal parceiro para a concretização de direitos e garantias, e diante do Erário deficitário, muito não se pode fazer. Paira, desta forma, um imenso conflito de interesses: a saúde da pessoa diante da “saúde” financeira do Estado. Entretanto, dentre os direitos fundamentais há direitos mais relevantes e de maior importância para a vida de um indivíduo.

De outro vértice, a saúde da pessoa, como já visto, é direito fundamental, de aplicação imediata e constitucionalmente protegido, enquanto que a “saúde” financeira do Estado não o é. O direito à saúde resume-se em uma relação de justiça social e não um direito individual, de maneira que para sua melhor efetivação e otimização, deve obedecer a rígidos critérios racionais.

Com certeza, dentre os direitos fundamentais há direitos mais relevantes e de maior importância para a vida de um indivíduo. Então, quando em conflito, deve haver uma ponderação e utilizando-se do princípio da proporcionalidade prestigiar um direito, ou parte dele, em face de outro. A saúde pode ser considerada talvez como um dos mais relevantes, entretanto, isso não implica dizer que seria um direito absoluto e ilimitado.

Complementa Canotilho que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”, sustentando que “os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de vinculatividade normativo-constitucional”; asseverando que “as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos”, e que “as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão; acrescentando que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização desses

⁸⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, p. 136.

direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas”.⁸⁷

Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁸ expõe seu entendimento afirmando que:

como dá conta a problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’ (que não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

Acrescenta ainda que:

parece oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais”; destacando “que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível... Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes⁸⁹”.

Admitir-se-ia, portanto, a alegação estatal da reserva do possível caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. Decididamente, parece pouco provável que o Estado consiga cumprir este mister. Sem se olvidar que os Estados-Membros (responsáveis pela distribuição dos medicamentos excepcionais) não vêm cumprindo a Emenda Constitucional 29/2000, que prevê a destinação, no orçamento, de recursos mínimos para a área da saúde.⁹⁰

Na contramão da insuficiência de recursos financeiros do Estado, surge o princípio do mínimo existencial também merece análise. Filósofos e juristas têm

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 481-482.

⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 355.

⁸⁹ Ibid. p. 356 e 357.

⁹⁰ TAVARES, op. cit.

defendido a tese de que o Estado deve garantir o "mínimo existencial", ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade / capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde.⁹¹

Desta forma, imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, adiante abordado neste trabalho, de modo que a cada caso concreto se busque a solução mais equânime e justa. No entanto, "o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo".⁹²

Para finalizar este tópico, extremamente conveniente a matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo⁹³, que reflete um debate a respeito da conveniência do Estado ser condenado judicialmente a fornecer medicamentos de alto custo.

Na defesa dos interesses estatais, argumentou Luiz Roberto Barradas Barata, médico sanitário e secretário da Saúde do Estado de São Paulo:

Ao formular as propostas que norteariam a implantação do SUS (Sistema Único de Saúde), os sanitários incluíram, acertadamente, o direito de todos os brasileiros terem acesso universal e integral à saúde, incluindo a assistência farmacêutica. Um avanço sem precedentes, sobretudo se lembrarmos que, antes da Constituição Federal de 1988, o atendimento gratuito em saúde era garantido apenas aos que contribuíam com a Previdência Social e a distribuição de medicamentos pela rede pública era quase nula.

No Estado de São Paulo, cerca de 350 mil pessoas recebem regularmente medicamentos de dispensação excepcional, os chamados "medicamentos de alto custo". São aqueles mais caros, para doenças específicas e de

⁹¹ KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*.

⁹² GANDINI; BARIONE; ANDRÉ. *op. cit.*

⁹³ Folha de S. Paulo, 17/março/2007 - seção Tendências e Debates

tratamento prolongado, como Aids, esclerose múltipla, hepatite, doença renal crônica.

O investimento é de R\$ 80 milhões por mês. São produtos de valor elevado, que custam, mensalmente, em alguns casos, o equivalente ao valor de um automóvel zero quilômetro. O cadastramento de novos pacientes cresce ano a ano: em 2003, por exemplo, o programa atendia 100 mil paulistas.

Atualmente, cerca de 150 tipos de medicamento de alto custo em 300 apresentações são dispensados pelo SUS/SP. Todos constam de lista padronizada, estipulada pelo Ministério da Saúde. Significa que passaram por avaliação de eficácia terapêutica. Para receber um desses remédios, basta, dentro dos critérios técnicos predefinidos, solicitar o medicamento à Secretaria de Saúde de seu Estado.

Nos últimos anos, o avanço da indústria farmacêutica tem sido notório. Entretanto, muitos produtos recém-lançados possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar à de remédios já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. No entanto, os novos remédios custam muito mais que os atualmente padronizados pelo SUS.

Outros produtos, comercializados fora do Brasil ou ainda em fase de testes, não possuem registro no país e não devem ser distribuídos pelo SUS, pois podem pôr em risco a saúde de quem os consumir. São justamente esses medicamentos que o Estado mais vem sendo obrigado a fornecer por pedidos na Justiça.

É importante ressaltar que a entrega de medicamentos por decisão da Justiça compromete a dispensação gratuita regular, já que os governos precisam remanejar recursos vultosos para atender situações isoladas.

Em São Paulo, a Secretaria da Saúde gasta cerca de R\$ 300 milhões por ano para cumprir ações judiciais para distribuição de remédios não padronizados de eficácia e necessidade duvidosas. Com esse valor é possível construir seis hospitais de médio porte por ano, com 200 leitos cada.

Além de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, chegou a ter de custear, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital.

Nesse sentido, a recente decisão da ministra Ellen Gracie, presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), acerca da dispensação de medicamentos exclusivamente padronizados pelo SUS, regulamenta a assistência gratuita e universal que não deve ser confundida com a distribuição indiscriminada de qualquer tipo de medicamento à população. Os Orçamentos dos governos federal, municipais e estaduais são limitados, e por isso é fundamental estabelecer critérios e condutas para que esses recursos não sejam utilizados para satisfazer o interesse de grupos e empresas preocupadas em ganhar dinheiro à custa da saúde da população.

Já tarda no país uma discussão em torno da regulamentação constitucional da assistência farmacêutica gratuita. Obviamente, o poder público não deve se furtar de fornecer medicamentos, pois isso seria inadmissível. Mas a regulamentação, com uma lista criteriosa, ampla e com protocolos definidos, é o melhor e mais saudável caminho para evitar que alguns sejam privilegiados em detrimento da maioria.

Por sua vez, na defesa da garantia do fornecimento dos medicamentos, assuntou Marcelo Semer, que é juiz de direito em São Paulo e presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes para a Democracia:

Durante longo período, o dogmatismo estabeleceu limites ao Judiciário, como aplicador neutro e apolítico de normas positivas, afastando-o do questionamento sobre valores, como de resto a própria teoria de um direito puro. Não é preciso ir longe para ver o desatino. Bastam as atrocidades praticadas quando nazismo e fascismo vigoraram sob estruturas formalmente legais.

No pós-guerra, germinou a idéia do novo constitucionalismo, moldado à luz da dignidade humana e com a incorporação, pelo Estado de bem-estar, de pautas econômicas e sociais.

As novas Constituições passaram a assegurar expressamente o direito à educação, saúde, cultura e outros.

A revanche do positivismo, expressão do conservadorismo jurídico, deu-se com a teoria das normas programáticas, segundo a qual esses novos direitos eram meras "cartas de intenção" e só seriam aplicáveis quando ou se transformados em leis.

Premidos pelos conflitos da vida real, com a insuficiência dos critérios propostos pela dogmática jurídica, os juízes começam a superar armadilhas do positivismo, pelas quais estariam obrigados a aplicar todas as leis, menos as fundamentais, e apreciar todos os conflitos, exceto os políticos.

Devem fazê-lo, sobretudo, por três motivos: a) princípios também são direitos, superiores às leis, pois previstos na Constituição; b) nenhuma lesão de direito pode deixar de ser apreciada, cláusula pétrea que representa o direito aos direitos; c) a função do Judiciário é impedir o abuso de poder, limitando a atuação dos demais poderes aos termos da Constituição.

É disso que trata a obrigatoriedade que vem sendo imposta ao Executivo, em decisões judiciais, quanto ao fornecimento de remédios a pacientes com gravíssimas moléstias e sem condições de adquiri-los. Situações-limites, nas quais muitas vezes a recusa pode significar a morte. No fundo, é uma questão relativamente prosaica, que, ante o tradicionalismo jurídico, ganha ares revolucionários: tutelar os direitos é garantir o seu exercício.

Se a Constituição determina que saúde é direito de todos e dever do Estado, impõe o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção e se funda na diretriz do atendimento integral, não pode o direito ser restringido por administradores.

Se o direito ao tratamento é direito à saúde, como negar que o acesso a medicamentos indispensáveis à vida também seja obrigação pública? Ao Estado incumbe a adoção de políticas públicas que permitam ao indivíduo o gozo desses direitos, alocando verbas suficientes para a inclusão social que determina a Constituição, em detrimento de outras despesas menos relevantes, ainda que politicamente mais recompensadoras. Em relação aos direitos humanos de primeira geração, limitar o abuso do poder é impedir mecanismos que constringam a liberdade. Aos direitos de segunda geração, como educação e saúde, é determinar a realização da prestação pública. Nesse caso, omissão é a própria violação do direito.

O STF começa agora a analisar a questão dos remédios. Tem importante precedente sobre políticas públicas em que se ancorar. Julgando o recurso extraordinário nº 436.996, acerca da obrigatoriedade de vagas na educação infantil, a Corte Suprema já decidiu que é possível ao juiz determinar a implementação de políticas públicas sempre que órgãos estatais comprometerem, com a omissão, a eficácia de direitos sociais.

Como se vê, a discricionariedade do administrador não é absoluta. Há uma pauta de ações sociais a que está vinculado pela Constituição, formando um mínimo de exigências que asseguram a dignidade humana. Prestações sociais não são meras decisões de conveniência e oportunidade.

O ativismo judicial não é propriamente novidade, ainda que utilizado com excessiva parcimônia por aqui. Nos EUA, foram decisões da Corte Suprema que abriram espaço para o fim da segregação racial. Entre nós,

vários temas saíram das lides para mudar a lei: proteção aos direitos da companheira e incorporação de crianças de seis anos ao ensino fundamental, entre outros. Quiçá o direito à saúde saia fortalecido da discussão.

Com isso, facilmente verificável tanto a grande controvérsia existente entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, quanto o forte combate que recebe a teoria da reserva do possível, principalmente em relação ao fato de contrapor um direito fundamental (saúde), com um direito não classificado como fundamental (situação financeira do Estado).

1.2.4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Aplicação do princípio da proporcionalidade em relação aos direitos fundamentais é deflagrada a partir do momento em que se verifica uma colisão entre tais direitos, de modo que seja possível limitar o raio de abrangência de um deles, visando dar maior efetividade ao outro.

Canotilho, citado por Maria Filchtiner Figueiredo, ensina que os conflitos entre princípios se resolvem conforme critérios de preponderância, peso ou valor, segundo a denominada “concordância prática” que, dessa forma, consiste num princípio de interpretação constitucional.⁹⁴

O principal escopo do princípio da proporcionalidade é a imposição de uma “coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de um em relação aos outros”⁹⁵. Desta forma, é possível afirmar que a proporcionalidade serve como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais.

João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e Souza, Evangelista de André, citando Marga Inge Barth Tessler⁹⁶, ensinam que:

a proporcionalidade, na ótica do critério da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde. Por exemplo, se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a

⁹⁴ FIGUEIREDO, op. cit., p. 120.

⁹⁵ Loc. cit.

⁹⁶ Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de *stress*, às custas do Estado, em um determinado 'SPA' em Gramado ou Campos de Jordão.⁹⁷

Outro bom exemplo em relação à necessidade de adequação à proporcionalidade seria a realização de uma ordem desmedida no sentido de proibir o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV).⁹⁸

Também seria claramente inadequada que:

uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados.⁹⁹

O princípio da proporcionalidade deve ser caracterizado e utilizado como o fiel da balança entre a aplicação dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Portanto, pode-se afirmar sem medo de errar que a proporcionalidade está intimamente ligada à idéia de justiça e ao bom senso que deve prevalecer nas relações humanas e principalmente na relação entre Estado e particular, de modo que as soluções sejam adequadas, necessárias, proporcionais e, conseqüentemente, justas.

1.2.5 TRATADOS INTERNACIONAIS – NORMAS PROGRAMÁTICAS

Os Tratados Internacionais são compostos por normas programáticas¹⁰⁰ decorrentes do acordo de vontades celebrado entre sujeitos de

⁹⁷ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ. op. cit.

⁹⁸ Loc. cit.

⁹⁹ Loc. cit.

¹⁰⁰ Segundo José Afonso da Silva, constitucionalista brasileiro, normas programáticas são normas constitucionais pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados

Direito Internacional, com aspectos especiais quanto à sua constituição e introdução no ordenamento jurídico dos sujeitos celebrantes, visando à produção dos efeitos jurídicos. O acordo - tratado - firmado deve satisfazer às regras de direito contratual, principalmente na prevalência do livre consentimento, do *pacta sunt servanda*, e da boa-fé¹⁰¹.

Caracterizam-se os tratados internacionais por serem fontes essenciais de Direito Internacional para desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais. O Estado brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988 vem se empenhando na adoção de medidas em prol da inclusão de tratados internacionais direcionados à proteção dos Direitos Humanos, e neste aspecto, é signatário dos mais respeitáveis Tratados Internacionais, tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰², como na da Organização dos Estados Americanos (OEA)^{103, 104}.

Tais pactos reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica.¹⁰⁵ Nesse último, o Brasil acolheu expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais, e caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

interesses, limitou-se lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Assim as normas programáticas localizam-se principalmente entre os direitos sociais tratados nas Constituições contemporâneas, marcadas pelo compromisso do Estado Social Intervencionista.

¹⁰¹ QUINTANILHA, David Coelho França. *Tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*.

¹⁰² A Organização das Nações Unidas (ONU) foi fundada oficialmente a 24 de Outubro de 1945 em São Francisco, Califórnia, por 51 países, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. A primeira Assembléia Geral celebrou-se a 10 de Janeiro de 1946 (em Westminster Central Hall, localizada em Londres). A sua sede atual é na cidade de Nova Iorque. Um dos feitos mais destacáveis da ONU é a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2606).

¹⁰³ A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização internacional criada em 1948, com sede em Washington (Estados Unidos), cujos membros são as 35 nações independentes das Américas. (http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos).

¹⁰⁴ PEDRON, Daniele M., *A (in) constitucionalidade o critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial a portadores de Deficiência*. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 54-61, abr./jun. 2006.

¹⁰⁵ QUINTANILHA, op. cit.

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, notadamente em matéria de direitos fundamentais sociais, visa impedir que o legislador infraconstitucional venha a negar no todo ou parcialmente, a essência da norma constitucional que buscou tutelar e concretizar o direito social resguardado em seu texto. A inclusão de tal proibição na ordem jurídica deu-se para impedir a violação do núcleo essencial do Texto Magno, e, por consequência, a supressão de normas de justiça social. Com isso, firma-se a vedação do legislador em reduzir qualquer direito social assegurado constitucionalmente, sob pena de violação do princípio de proteção da confiança e segurança dos cidadãos no âmbito social, e de inconstitucionalidade.¹⁰⁶

Como bem elucidou Canotilho, a proibição de retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico. Destarte, ao legislador fica proibido de instituir políticas discriminatórias.¹⁰⁷

Deve-se assim, continuamente buscar o progresso de nosso ordenamento jurídico em consonância com as com as necessidades atuais. Apesar disso, não se deve renunciar aos direitos e garantias fundamentais conquistados com tamanho empenho ao longo de nossa história, com o pretexto de acompanhar a evolução, devendo assim, o desenvolvimento social ocorrer, porém escoltado por instrumentos protetivos, especialmente de Direitos Humanos.

¹⁰⁶ MACIEL, Álvaro dos Santos. *Do princípio do não retrocesso social*.

¹⁰⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 340.

2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À SAÚDE

Como já demonstrado no presente trabalho, não há qualquer laivo de dúvida de que a saúde é direito fundamental subjetivo e que deve ser garantido pelos Órgãos Públicos:

O direito à saúde é reconhecidamente um direito originário a prestações, haja vista a sua característica de direito público subjetivo exprimindo prestações materiais para proteção da qualidade de vida. Isto posto, é decorrente diretamente da Constituição, consubstanciando em uma exigência inderrogável de qualquer Estado que exprima nos seus pilares valorações básicas a dignidade humana e à justiça social.¹⁰⁸

A Constituição Federal estabelece quatro pontos prioritários em relação à tutela do direito à saúde, a saber: prestação do serviço de saneamento (artigo 23, inciso IX; 198, inciso II; e 200, inciso IV); atendimento materno-infantil (artigo 227, inciso I); ações de medicina preventiva (artigo 198, inciso II); e ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, inciso II).¹⁰⁹

Dentre os artigos constitucionais que tutelam o direito à saúde, atenção especial deve ser dada aos artigos 6º e 196. O artigo 6º inclui o direito à saúde no rol dos direitos sociais e o artigo 196 determina que a saúde é *direito de todos e deve do Estado*. Estabelece ainda que compete aos Órgãos Públicos a tomada de 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.

Em suma, as políticas sociais e econômicas constantes no artigo 196 da Constituição Federal podem ser resumidas nos seguintes objetivos: a) redução do risco de doenças; e b) acesso universal e igualitário às ações e serviços. Tais ações visam a promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

O ordenamento jurídico brasileiro contém ainda várias normas infraconstitucionais que disciplinam o direito à saúde e a conseqüente

¹⁰⁸ HUMENHUK, op. cit.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. apud. CURY, Ieda Tatiana., op. cit., p. 95.

responsabilidade do Estado, como por exemplo, a Lei 9313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de aids, para incluir o benefício do fornecimento de leite maternizado para os filhos de mães portadoras do HIV e doentes de aids, e a Lei 11.347, de 27 de setembro de 2006, que versa sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos.

Explica Hwerstton Humenhuk que:

devido a CF/88 não ser uma Constituição dirigente, posto que suas características revelam um Estado Democrático de Direito, o dever do Estado no que concerne a saúde, exprime "evidente caráter vinculativo em relação ao legislador, ao poder público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos juízes, aos Tribunais, e, também no âmbito das relações jurídico-privadas(sic).¹¹⁰

O autor supra mencionado reproduz o ensinamento de Sebastião Tojal, que afirma estar "o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde, visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e as justiças sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas".¹¹¹

Portanto, compete ao Estado o dever de realizar a prestação dos serviços de saúde pública a todos os cidadãos, principalmente ao desprovidos de condições financeiras para pagamento de planos de saúde ou tratamentos particulares, mas "não somente curando e prevenindo doenças, mas também modificando o sistema social, através de uma construção mutante, que eleva cada vez mais a qualidade de vida".¹¹²

A obrigação estatal se estende à geração de políticas sociais e econômicas, conforme prescreve o artigo 197 da Constituição Federal¹¹³, cabendo ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle,

¹¹⁰ HUMENHUK, op. cit.

¹¹¹ Loc. cit.

¹¹² Loc. cit.

¹¹³ Artigo 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

diretamente ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado, em relação aos serviços de saúde.

As ações e serviços públicos de saúde estão determinados no artigo 198 da Constituição Federal¹¹⁴, o qual dispõe que os mesmos integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com três diretrizes assim dispostas: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e c) participação da comunidade.

Por conta do mencionado dispositivo constitucional, conclui-se que existem duas redes de saúde, uma pública e outra privada, constituída através de contratações e convênios, formando rede regional e hierárquica, as quais devem seguir os mandamentos e princípios de um Sistema Único de Saúde, atualmente denominado de SUS.

Não obstante, na forma do ensinamento de Germano Schwartz, assim como “a responsabilidade sobre a saúde é dividida entre todas as esferas de governo, o SUS também assim se reparte, possuindo cada ente federado os órgãos, poderes e instrumentos para tal”.¹¹⁵

Portanto, de forma conclusiva, o Estado, em todas as suas esferas, quais sejam, Federal, Estadual e Municipal, tem a obrigação de efetivar o direito à saúde, seja através da prevenção ou recuperação da mesma,¹¹⁶ com políticas econômicas e sociais.

¹¹⁴ Artigo 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

¹¹⁵ SCHWARTZ, op. cit., p. 103.

¹¹⁶ HUMENHUK, op. cit.

2.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

Nos termos do artigo 198 da Constituição Federal, o Estado no cumprimento do seu dever constitucional de provimento à saúde, “tem a obrigação de estabelecer as ações e serviços públicos de saúde”,¹¹⁷ designando-os “através de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada”.¹¹⁸

Este exercício se dá através do SUS – Sistema Único de Saúde, realizado pela Lei 8.080/90:

Assim, a Administração Pública está diretamente ligada a promoção e efetivação do direito à saúde. Pois o artigo 4º do ordenamento infraconstitucional (Lei 8.080/90) é claro ao estabelecer que as ações e serviços de saúde serão prestados por todas as instituições públicas federais, estaduais e municipais do Poder Público, que da mesma forma constituem o SUS.¹¹⁹

O SUS deve ser acessível e igualitário, obedecendo aos princípios constantes no artigo 5º, da Lei 8.080/90, os quais são formados “por uma série de ações e serviços através de políticas sociais e econômicas, sempre com o escopo de alcançar a efetivação da saúde como meio para uma qualidade de vida”.¹²⁰

Os serviços do SUS são descentralizados, de forma que existem competências federais, estaduais e municipais, todas dispostas nos artigos 16, 17 e 18 da Lei 8.080/90.

A direção nacional do SUS é de responsabilidade do Ministério da Saúde, mais precisamente do Ministro da Saúde, competindo-lhe as matérias elencadas no artigo 16 da Lei 8.080/90, dentre as quais se destacam o dever de formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; participar na formulação e na implementação das políticas de a) de controle das agressões ao meio ambiente, b) de saneamento básico, e c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho; promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema

¹¹⁷ HUMENHUK, op. cit.

¹¹⁸ Loc. cit.

¹¹⁹ Loc. cit.

¹²⁰ Loc. cit.

Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; e acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais.

Em segundo âmbito, a direção estadual do SUS, através da respectiva secretaria de Estado, tendo como responsável o Secretário Estadual de Saúde, tem suas competências dispostas no artigo 17 da Lei 8.080/90, donde pode-se citar o dever de promover e descentralizar os serviços e as ações de saúde para os Municípios; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; e estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde.

Em relação à direção municipal do SUS, representada pela Secretaria Municipal de saúde ou órgão equivalente, tendo como responsável o Prefeito Municipal e o Secretário Municipal ou o diretor do órgão equivalente, pode-se afirmar que suas ações estão dispostas no artigo 18 da Lei 8.080/90, donde destaca-se: planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho; e normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Os dispositivos legais supra mencionados revelam a evidente descentralização dos sistemas de saúde, de forma que fique caracterizada a sua municipalização, principalmente por uma “questão de democracia, visto que coloca em primeiro plano as necessidades locais”¹²¹, respeitando particularidades de cada região, bem como a vigilância dos sistemas, minimizando as distâncias e deixando os cidadãos em maior de ligação com o SUS.

Complementa Howerston Humenhuk que “a municipalização da saúde externa um claro liame com a descentralização, conforme o artigo 198, I, da CF/88. Os municípios passam a ter mais destaque com a descentralização da saúde, posto

¹²¹ SCHWARTZ, op. cit., p. 105.

que, evidencia antes de tudo as necessidades locais, buscando melhor efetividade e execução do direito à saúde a partir da realidade local, designando desta maneira maior democratização na busca da dignidade humana e da qualidade de vida”(sic).¹²²

2.2 ASPECTOS RELEVANTES DA SAÚDE PÚBLICA

Os dias atuais refletem uma flagrante crise no sistema de saúde pública mundial. No Brasil a situação não é diferente e se agrava ainda mais por conta das más gestões públicas. Destarte, em virtude dos problemas generalizados de saúde pública, surgem algumas situações específicas no sentido da busca do dever constitucional de garantia desse direito fundamental, as quais merecem ser salientadas.

Tal estudo, esposado nos tópicos que adiante seguem, tem a finalidade de identificar questões relevantes em relação à saúde, de modo que se viabilize a busca de meios eficazes de minoração das falhas e omissões existentes no que se refere à prestação pelo Estado de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

2.2.1 DIREITO DE ACESSO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS MÉDICOS

O acesso aos medicamentos é um direito garantido pela lei Orgânica do SUS e a ampliação da participação popular na construção e controle de políticas de assistência farmacêutica é estratégica para assegurar a integralidade da atenção à saúde.

Entretanto, é cada vez maior o número de ações judiciais cujo objeto é a obtenção de medicamentos ou tratamentos médicos, negado administrativamente por órgãos públicos de saúde, principalmente os municípios e os Estados, em virtude de sua maior proximidade com a população.

¹²² HUMENHUK, op. cit.

Não há nenhuma dúvida de que as políticas de saúde pública deixam muito a desejar, “configurando uma ameaça real e inadmissível à vida de indeterminado e elevadíssimo número de pessoas”.¹²³

A Lei 8.080/90, em seu artigo 6º, assegura o provimento da assistência terapêutica integral, incluindo a assistência farmacêutica que constitui um elemento da política de medicamentos e um subsistema do sistema de saúde, indicando, portanto, a importância de sua organização e estruturação nos diversos níveis de atenção à saúde, com ênfase para o setor público.¹²⁴

Esta é definida como um conjunto de atividades inter-relacionadas que consiste em assegurar uma atenção farmacêutica técnico-científica fundamentada, com critérios de equidade, qualidade e efetividade como suporte das ações de prevenção, diagnóstico, tratamento e recuperação da saúde, focalizando as necessidades do paciente e da comunidade em prol da saúde e melhor qualidade de vida, através da promoção do uso racional de medicamentos.¹²⁵

A assistência farmacêutica, como parte integrante da assistência terapêutica integral, compreende o fornecimento, ao paciente que está sob tratamento em órgãos e entidades do SUS, do medicamento que lhe foi receitado pelo profissional de saúde do SUS dentre aqueles padronizados.

Devido à importância estratégica da Assistência Farmacêutica para o sistema de saúde, o Ministério da Saúde publicou, no final de 1998, uma portaria que delineou a Política Nacional de Medicamentos. Esta Política configura e especifica uma série de decisões de caráter geral, adotadas pelo poder público e que apontam para os rumos e as linhas estratégicas de atuação a serem seguidas na condução da matéria.

Esse documento é parte essencial da Política Nacional de Saúde do Brasil, e se constitui num dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da

¹²³ CURY, op. cit., p. 123.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde Departamento de Atenção Básica.*

¹²⁵ Loc. cit.

população e para a consolidação do Sistema Único de Saúde, contribuindo para o desenvolvimento social do país.¹²⁶ As diretrizes observadas pelo Ministério da Saúde no desenho da Política Nacional de Medicamentos foram estruturadas a partir de três eixos de ação governamental:

a) Regulação Sanitária, que objetiva proteger o usuário de medicamentos a partir de padrões de qualidade, segurança, eficácia em relação aos produtos e aos métodos de fabricação, armazenamento, transporte e dispensação, dentre outros aspectos.

b) Regulação Econômica, que tem como um dos principais objetivos, o equilíbrio entre o poder de mercado das empresas, e reduzir os custos de aquisição seja do ponto de vista do setor público, da saúde suplementar (seguros privados) ou do ponto de vista do consumo direto das famílias.

c) A Assistência Farmacêutica envolve um conjunto de ações e serviços de atenção à saúde do cidadão que culmina, eventualmente, com o acesso propriamente dito ao medicamento. No âmbito da assistência, analisam-se as necessidades da população e suas prioridades sob o prisma da saúde pública, os objetivos, as estratégias de promoção e expansão do acesso. Promovem-se a construção de consensos terapêuticos a respeito da abordagem em doenças específicas e a indicação e o uso de medicamentos, bem como avaliação e acompanhamento dos hábitos de prescrição, dispensação e resultados terapêuticos.¹²⁷

Ampliar o acesso da população a medicamentos tem sido um dos grandes desafios impostos ao poder público brasileiro. Para tanto, o Ministério da Saúde vem implementando, desde 1998, ações que expressam de forma articulada os eixos assumidos no desenho da Política Nacional de Medicamentos. O escopo da atuação envolve a regulação sanitária, a regulação econômica, a reestruturação e a expansão da assistência farmacêutica além do essencial aparelhamento administrativo e institucional para a consecução destes objetivos.¹²⁸

A Política Nacional de Medicamentos baseia-se nos mesmos princípios que orientam o Sistema Único de Saúde e constitui estratégia essencial para consolidá-lo uma vez que contribui para viabilizar um dos componentes fundamentais da assistência à saúde que é a cobertura farmacológica. Assim, para instituir a Política delineada, as três esferas de governo – federal, estadual e municipal –, de acordo com suas respectivas competência e abrangência de atuação, devem desenvolver ações orientadas pelas seguintes diretrizes:

1. Adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME, representada por uma lista nacional de referência composta pelos fármacos considerados básicos e indispensáveis para atender ao mais amplo espectro de doenças, em permanente atualização.

2. Regulamentação sanitária de medicamentos, com foco nos processos de registro de produtos e de autorização para o funcionamento de fabricantes, distribuidores e varejistas do setor farmacêutico, em ações de farmacovigilância e na promoção da produção e uso de medicamentos genéricos.

3. Reorientação da assistência farmacêutica, com ênfase na promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais, por meio do desenvolvimento de atividades de descentralização da gestão da assistência farmacêutica, de promoção do uso racional de medicamentos, de otimização do sistema de distribuição no setor público, pautada por critérios de natureza epidemiológica, técnica e administrativa, bem como da

¹²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica.

¹²⁷ Loc. cit.

¹²⁸ Loc. cit.

adoção de instrumentos e iniciativas que possibilitem a redução nos preços desses produtos.

4. Promoção do uso racional de medicamentos, destacando a adoção de medicamentos genéricos, assim como o processo educativo dos consumidores de medicamentos e a atualização da informação dos profissionais prescritores e dispensadores a respeito de temas como risco da automedicação, interrupção e troca da medicação prescrita e necessidade de receita médica.

5. Desenvolvimento científico e tecnológico, mediante a promoção de pesquisas na área farmacêutica, visando a aprofundar a capacitação de recursos humanos, o aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, bem como a estimular medidas de desenvolvimento da tecnologia da produção de fármacos, especialmente os constantes da RENAME, e a revisão constante Farmacopéia Brasileira.

6. Promoção da produção de medicamentos, baseada na efetiva articulação da capacidade instalada dos segmentos industriais – oficial, privado nacional e transnacional – na produção de medicamentos da RENAME, resultando na capacitação de recursos humanos, no estabelecimento de referências de preços para o mercado, na menor dependência de importação de insumos e na ampliação da produção de medicamentos destinados ao tratamento de patologias de grande impacto sobre a saúde pública.

7. Garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, mediante o desenvolvimento da capacidade administrativa de imposição do cumprimento das normas sanitárias, organizadas no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

8. Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos para atuação nas diversas ações realizadas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos. O acesso aos medicamentos é parte significativa do exercício do direito à saúde que, por sua vez, está diretamente ligado ao direito à vida, conforme se conclui das regras constitucionais e legais que dispõem sobre o tema.¹²⁹

De conseqüência, em atendimento à política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, a prescrição de medicamentos no âmbito do SUS deve observar o “Formulário Terapêutico Nacional”, que tem por fim orientar os profissionais de saúde quanto ao manuseio de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado, devidamente aprovados e registrados no Ministério da Saúde, conforme dispõe o artigo 12 da Lei 6.360/76, de modo a se monitorar sua segurança, eficácia e qualidade terapêutica.¹³⁰

Da mesma forma:

O SUS com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação ‘Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME’, cuja formulação e atualização observam as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança

¹²⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica.

¹³⁰ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

ou menor custo); e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado.¹³¹

Deste modo, sem prejuízo dessa imposição do Poder Público, tanto os profissionais vinculados à rede pública de saúde quanto os que atuam exclusivamente no setor privado devem observar a legislação brasileira pertinente aos produtos farmacêuticos.

A comercialização de um composto medicamentoso no território brasileiro pressupõe sua aprovação e registro no Ministério da Saúde, conforme dispõe o artigo 12 da Lei 6.360/76, pois a natureza e a finalidade dessa espécie de substância exigem o monitoramento de sua segurança, eficácia e qualidade terapêutica. Esse registro é definido pelo inciso XXI do artigo 3º do Decreto 79.094/77, na redação que lhe foi atribuída pelo Decreto 3.961/01, a saber:

XXI - Registro de Medicamento - Instrumento por meio do qual o Ministério da Saúde, no uso de sua atribuição específica, determina a inscrição prévia no órgão ou na entidade competente, pela avaliação do cumprimento de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionada com a eficácia, segurança e qualidade destes produtos, para sua introdução no mercado e sua comercialização ou consumo;[...]¹³²

Atualmente, a entidade competente para proceder a essa inscrição – bem como a sua alteração, suspensão e cancelamento – é a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma das disposições da Lei 9.782/99 e da Lei 6.360/76. Assim, tanto o profissional médico, quando da prescrição, quanto o magistrado, quando da apreciação do pedido de fornecimento formulado em sede de ação judicial, devem atentar para a existência de registro do medicamento na ANVISA/MS.

Em determinadas hipóteses, a inexistência de registro não impede a prescrição e, por conseguinte, não impede a condenação judicial do Poder Público no fornecimento da substância. Existem substâncias modernas e eficazes no tratamento de determinadas doenças – em especial no tratamento de doenças raras e/ou graves – que são utilizadas há anos em diversos países (após terem sido aprovadas pelos respectivos órgãos de vigilância, a exemplo da FDA - *Food and Drug Administration*, nos Estados Unidos da América), mas não são vendidas ou

¹³¹ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

¹³² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica.

produzidas no Brasil porque não tiveram concluído seu processo de registro na ANVISA/MS, cuja tramitação é excessivamente morosa.

Essa morosidade é, inclusive, reconhecida pelo Poder Público, e levou a ANVISA a editar a Resolução RDC 28/2007, publicada no Diário Oficial de 5/4/2007, que visa legitimar as prioridades de análise de petições no âmbito da área de medicamentos, de acordo com a relevância do interesse público representado nas petições, e dar transparência a esses procedimentos. Nos termos dessa resolução, haverá prioridade de análise das petições de registro de medicamentos que façam parte da lista de medicamentos excepcionais.¹³³

Na edição 231, de novembro/2006, do jornal do Cremesp – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em matéria publicada sob o título “Medicina e Justiça”, o Dr. Desiré Carlos Callegari, presidente daquele conselho, afirmou que “se por um lado é proibido prescrever medicamento não reconhecido pela ANVISA, a demora em conceder o registro acaba estimulando ações judiciais”.¹³⁴

Alguns medicamentos não são aprovados por falta de comprovação efetiva de segurança e eficácia, levantando dúvidas sobre a prescrição. Mas alguns já estão aprovados por agências reguladoras de outros países, por exemplo, o FDA norte-americano, e representam um real avanço na medicina, que mudam dramaticamente o curso de doenças graves.

É inconcebível, assim sendo, justificar a impossibilidade de fornecimento do medicamento prescrito apenas pelo fato de seu registro ainda não ter sido concluído. Há hipóteses, ainda, em que a necessidade de registro é afastada pela própria lei. O artigo 24, da Lei 6.360/76 dispõe que estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde.

¹³³ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

¹³⁴ Denúncias contra médicos. *Jornal do CREMESP*, São Paulo, nº. 231, nov.2006. *Medicina e justiça*, p.11

Não é difícil conceber que um paciente, acometido por uma doença rara e degenerativa cujos medicamentos existentes para seu tratamento sejam ineficazes, pleiteie em juízo a condenação do Poder Público a lhe fornecer medicamento novo existente no Brasil ou no exterior, em fase experimental, que traduza esperança de tratamento. Nesse caso, atendidas as demais regulamentações pertinentes a tratamento da espécie, a inexistência de registro na ANVISA – dispensada pela própria lei – não impediria essa condenação.

Desse modo, a inexistência de registro do princípio ativo pleiteado em ação judicial, não consubstancia causa de indeferimento do pedido, caso a existência de protocolo de registro na ANVISA e/ou as demais circunstâncias trazidas aos autos sejam suficientes para que o magistrado forme sua convicção.¹³⁵

2.2.2 PROTOCOLOS MÉDICOS

A assistência farmacêutica compõe parte essencial dos serviços de prevenção à saúde do cidadão. A estratégia terapêutica, para a recuperação do paciente ou para a redução dos riscos da doença e agravos, em muitos casos apenas é possível a partir do uso de determinado tipo de medicamento.

Em tais situações, o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. O direito constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento, conforme anteriormente mencionado.

Desde a construção do Sistema Único de Saúde (SUS), os problemas iniciais de sua implantação, inclusive os de ordem política e filosófica, foram suplantados, e expressivos avanços foram alcançados no que se refere à organização e à descentralização da gestão no âmbito político-administrativo e financeiro.¹³⁶

Atualmente o SUS passa por um período de consolidação, onde a organização da atenção e assistência à saúde e a ampliação do acesso dos

¹³⁵ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

¹³⁶ PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas*.

cidadãos aos serviços constituem o principal desafio para seus gestores, nas três esferas de governo.

É na área de assistência farmacêutica, no entanto, que o sistema de saúde brasileiro ainda se depara com grandes problemas e dificuldades. É nela que mais se evidenciam as distorções e os problemas gerados pelas grandes desigualdades sociais e econômicas ainda existentes no país e que determinam restrições ao pleno acesso a medicamentos.¹³⁷

Esta situação é particularmente dramática em se tratando de medicamentos de uso ambulatorial continuado, quando o tratamento de doenças crônicas, muitas vezes com duração por toda vida, se torna inacessível para a maioria da população, quer pelo alto custo do medicamento quer pelo custo total do tratamento.

Neste particular, é fundamental a ação do poder público no combate à iniquidade no acesso, na formulação de políticas de assistência farmacêutica de alto custo, na garantia do financiamento, na distribuição gratuita de medicamentos e na ampliação do acesso da população a estes tratamentos, onde se insere o Programa de Medicamentos Excepcionais. As políticas de promoção do acesso a medicamentos são de realização progressiva. O atendimento de um direito social, como é o caso do acesso a medicamentos, sempre é confrontado por demandas múltiplas e crescentes, em face de restrições operacionais e orçamentárias.¹³⁸

Assim, o Estado deve orientar-se para o atendimento da demanda daqueles medicamentos que são considerados essenciais e prioritários do ponto de vista de saúde pública. Ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção à saúde, pode também se constituir em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma, mas, sim, de promover o uso racional e seguro desses produtos. O escopo da ação estatal abrange medidas que assegurem oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia.¹³⁹

¹³⁷ PICON; BELTRAME, op cit.

¹³⁸ Loc. cit.

¹³⁹ Loc. cit.

Devido à necessidade de gerenciar apropriadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso racional de medicamentos, o Ministério da Saúde, em conformidade com a Política Nacional de Medicamento, lançou-se ao desafio de formular, para os medicamentos de alto custo, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

O Ministério da Saúde ao desenvolver o trabalho de construção dos Protocolos, incorpora-se ao movimento internacional da Medicina Baseada em Evidências, e passa a disseminar o conhecimento, assume responsabilidades antes não expressas, dispõe-se ao debate, chama os agentes deste processo à discussão, conta com o auxílio da comunidade científica e constrói uma nova dimensão de gestão em medicamentos, fazendo jus, com certeza, ao reconhecimento e respeito de toda a sociedade brasileira.

Esses protocolos têm a finalidade de, ao instituir claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, determinar o tratamento adequado por meio dos medicamentos disponíveis. Procuraram, também, incorporar conceitos e definições atuais de Atenção Farmacêutica. Esta se baseia na provisão responsável do tratamento farmacológico com o propósito de alcançar resultados concretos que melhorem a qualidade de vida do paciente, prática que implica a cooperação do profissional farmacêutico com o paciente e outros profissionais mediante desenho, execução e monitorização de um plano terapêutico.¹⁴⁰

Supõe três funções primordiais: identificação de problemas relacionados a medicamentos (PRM) potenciais e reais; resolver PRM reais; prevenir PRM potenciais. A Atenção Farmacêutica vem se desenvolvendo em diversos países desde a década de 60, sobrepujando conceitos oriundos da Farmácia Clínica. No Brasil, principalmente na última década, a Atenção Farmacêutica tem chamado a atenção dos profissionais da saúde, sobretudo de profissionais farmacêuticos.¹⁴¹

A situação é bastante heterogênea, com algumas regiões do país com serviços estruturados e especializados, aprimorando-se para realizar a atenção farmacêutica em seu sentido pleno, contrapondo-se a hospitais e centros de

¹⁴⁰ PICON; BELTRAME, op cit.

¹⁴¹ Loc. cit.

dispensação que dispõem de um único farmacêutico que realiza, geralmente, atividades burocráticas e administrativas.

No referente aos profissionais dispensadores, os protocolos buscam fornecer subsídios para a implementação de serviços voltados para a prática de um modelo em Atenção Farmacêutica, devendo, para tanto, as unidades de dispensação contar com profissionais farmacêuticos capacitados para a realização destas tarefas. Estas não são tarefas simples e, para que sejam adequadamente realizados, os profissionais responsáveis deverão ser preparados através de cursos de formação e atualização no campo da Atenção Farmacêutica.¹⁴²

Neste sentido, cumpre salientar que a Portaria 2.577/2006 do Ministério da Saúde, conforme descrição em anexo, aprova o componente de medicamentos de dispensação excepcional, como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, nos seguintes termos:

I - DA CONSTITUIÇÃO DO COMPONENTE DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL

1. O Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE) caracteriza-se como uma estratégia da política de assistência farmacêutica, que tem por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para tratamento de agravos inseridos nos seguintes critérios:

1.1. doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado;

1.2. doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que:

1.2.1. haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade,

1.2.2. o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

Dessa forma, não só os magistrados, mas também os advogados, defensores públicos e promotores de justiça devem estar atentos a todas as listagens de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica do SUS.

¹⁴² TAVARES, Paulo César Vieira. op. cit.

Não há dúvidas, portanto, de que os operadores do direito devem observar as questões técnicas afetas à área da saúde, sob pena de majoração das consequências negativas advindas da má-utilização do processo. Para tanto, o ideal é que sejam eles assessorados por profissionais da área da saúde.

Dizem-se “operadores do direito” porque essa preocupação não deve ser somente dos magistrados, mas também daqueles que, dotados de capacidade postulatória, formulam as pretensões perante o Poder Judiciário.

Embora o foco da problemática seja a saúde do paciente litigante e a deficiência das políticas públicas de assistência farmacêutica, não é exagero lembrar que a atividade jurisdicional também prima pela efetividade e pela preservação do patrimônio público. Daí a afirmação de que a observância, já na propositura da ação, das cautelas necessárias mencionadas neste trabalho pode, em muitos casos, evitar a demanda judicial ou, no mínimo, evitar que ela se prolongue no tempo, causando prejuízos ao paciente e ao erário.

O Poder Público sustenta que todos os medicamentos excepcionais (os utilizados em doenças raras, na maioria das vezes por períodos prolongados e dispendiosos) para serem fornecidos no âmbito do SUS, deverão estar incluídos nos Protocolos Clínicos e nas Diretrizes Terapêuticas definidos na Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde.

A argumentação é de que o orçamento da saúde pública é restrito, e inviável quanto a despender recursos públicos na compra de medicamentos onerosos que não estejam incluídos nas listas oficiais, cuja eficácia não foi comprovada pela ANVISA¹⁴³ (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Segundo o Poder Público, deve-se impedir o desperdício do dinheiro público.¹⁴⁴

Por vezes, o usuário do SUS apresenta uma patologia extremamente grave, cujos médicos assistentes acabam por prescrever o uso de determinado

¹⁴³ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil, criada pela lei 9.782, de 26 de Janeiro de 1999, cuja missão é proteger e promover a saúde da população garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços e participando da construção de seu acesso, responsável pelo controle sanitário de todos os produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, tais como medicamentos - nacionais ou importados - e alimentos, além de ser responsável pela aprovação, para posterior comercialização e produção no país, desses produtos.

¹⁴⁴ TAVARES, op. cit.

medicamento excepcional, geralmente de alto custo, que muitas vezes não consta da Lista do SUS, apesar de tal medicação estar sendo utilizada com eficácia em outros países, além de haver o suporte científico que recomende o seu uso.

O Poder Público, constantemente, denega o provimento desta medicação excepcional não inserida em sua Lista Oficial de Medicamentos, ainda que ciente de que os medicamentos inseridos na referida listagem, para aquela doença específica, não surtem os efeitos desejados no paciente, ao longo do atinente tratamento. É inconcebível a negativa do Estado em fornecer determinado medicamento, pois os Relatórios Médicos que se apresentam, sustentam a importância e a eficácia do uso da medicação excepcional para a preservação da vida e saúde do paciente.

Em face da Carta da República, o Poder Público está obrigado a arcar com o fornecimento da medicação “não-oficial” ao usuário do SUS, uma vez comprovada documentalmente que ela é essencial para sua vida e saúde, sendo irrelevante que não haja previsão deste medicamento específico nos referidos Protocolos Clínicos. Há ainda o caso de medicamentos que constam num Protocolo Clínico, porém, reservados ao tratamento de outra doença, o que do mesmo modo, tem levado o Poder Público a negar o seu fornecimento.¹⁴⁵

O entendimento acima exposto é consentâneo com a legislação infraconstitucional, já que a Lei 8.080/90, conhecida como a Lei do SUS - Sistema Único de Saúde (Lei Orgânica da Saúde) dispõe, em seu artigo 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Igualmente, está registrado no artigo 2º, inciso XXII, da Lei Estadual 14.254, de 04 de dezembro de 2003, que são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Paraná, dentre outros, “receber medicamentos básicos e também medicamentos e equipamentos de alto custo e de qualidade, que mantenham a vida e a saúde”.

O Ministério Público tem total consciência que o SUS apenas fornece medicamentos mediante critérios sólidos (porém não inflexíveis), a fim de se impedir

¹⁴⁵ TAVARES, op. cit.

desperdícios. Seria impossível, por exemplo, solicitar ao SUS certo medicamento excepcional de alto custo e sem eficácia comprovada, ou requerer uma medicação igualmente de alto custo, com eficácia comprovada, sem utilizar-se anteriormente de medicamentos análogos já distribuídos pela rede pública de saúde.

Ao analisar a eficácia das normas programáticas, o referido Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁶ assinala que:

faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais... a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos.

Do mesmo modo, o festejado constitucionalista Paulo Bonavides¹⁴⁷, ao abordar o tema dos direitos fundamentais sociais e o alcance das normas programáticas, nos ensina que:

tais direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade. 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 integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

Verifica-se que o Poder Público vem demorando em demasia para ofertar aos usuários do SUS novos medicamentos excepcionais de eficácia comprovada; demora esta que vem provocando o aumento de ações judiciais que buscam exatamente o fornecimento destes medicamentos (de alto custo), os quais asseguram a vida e a saúde destas pessoas, conforme se pode diariamente constatar em notícias jornalísticas.¹⁴⁸

Deste modo, não é possível, pois, que Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde se sobreponham à Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado, devendo as ações e serviços de saúde proporcionar atendimento integral com qualidade àqueles que deles necessitarem.

¹³³ SARLET, op. cit., p. 294.

¹⁴⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 641-642.

¹⁴⁸ Folha de S. Paulo, de 1º de agosto de 2005, Cotidiano 6.

A própria força normativa da Constituição por si só, já possibilita a defesa que a norma constitucional sob comento tem aplicabilidade imediata, plena e incondicional. A Constituição tem força normativa própria, sendo norma em sentido material, devendo ser sempre interpretada em sintonia com a sua mais alta hierarquia; ou seja, a eficácia a ser dada à Lei Maior deve ser equivalente à sua importância no contexto do ordenamento jurídico.¹⁴⁹

O Poder Público, por conseguinte, deve arcar continuamente com o fornecimento da medicação excepcional ao usuário do SUS, desde que evidenciada, a real necessidade para preservação de sua vida e saúde, sendo irrelevante que a situação do paciente não esteja contemplada no Programa de Medicamentos Excepcionais ou na Política Nacional de Medicamentos.

2.2.3 A QUESTÃO DA QUEBRA DAS PATENTES FARMACÊUTICAS

A patente é um dos mecanismos legais de proteção à propriedade intelectual. Ela visa garantir ao inventor de um produto os direitos de reprodução e comercialização de seu invento. A lógica econômica desse mecanismo de proteção é que os lucros proporcionados pela licença de produção de um produto patenteado garantem ao detentor da patente o reinvestimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos.

Entretanto, fatores sociais podem ocasionalmente preponderar sobre o aspecto econômico de motor do desenvolvimento, colocando em discussão a possibilidade de quebra de patente. Um desses fatores é a enorme discrepância tecnológica dos países periféricos em relação aos países desenvolvidos, e o seu baixo poder de compra para adquirir os produtos de última geração fabricados pelos grandes centros econômicos.¹⁵⁰

No caso específico das patentes de medicamentos para o tratamento de AIDS, o aspecto social de maior impacto é a dizimação de um povo que não tem recurso financeiro para arcar com os custos da medicação.

¹⁴⁹ PICON; BELTRAME, op. cit.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Karina. *A quebra de patentes e o papel do Brasil*.

No continente africano, a epidemia da doença atingiu números tão alarmantes que a discussão sobre o preço dos medicamentos praticado pelos laboratórios internacionais sensibilizou a opinião pública mundial. Em países como a África do Sul, o aspecto social da epidemia de AIDS chega a ter grande impacto econômico, pois se trata de uma redução drástica da força de trabalho daquele país.¹⁵¹

Países periféricos, que apesar de suas grandes contradições sociais, possuem uma razoável produção científica e certo acompanhamento dos avanços tecnológicos gerados nos países ricos, podem se beneficiar dessa discussão em torno das patentes. É o caso da Índia e do Brasil, que têm investido nos últimos anos em pesquisa e desenvolvimento na área de produtos farmacológicos.

No caso da indústria farmacêutica, os laboratórios precisam pagar essa patente aos responsáveis pela pesquisa que deu origem ao medicamento durante um prazo de 15 anos, até que esse direito se expire. Porém, fatores sociais podem, eventualmente, prevalecer sobre esse mecanismo econômico, como a defasagem tecnológica e o baixo poder de compra dos países em desenvolvimento.

Assim, o governo brasileiro, no dia 04/05/2007, realizou o ato de licenciamento compulsório (quebra de patente) do medicamento anti-HIV *Efavirenz*. Deste modo, o governo brasileiro foi pioneiro na luta pela quebra de patentes de remédios usados para o tratamento da AIDS.¹⁵²

Com a ameaça de ver seus lucros reduzidos, grandes laboratórios como *Roche*, *Merck* e *GlaxoSmithKlein* negociaram a redução de preços com o governo, evitando desta forma a quebra de suas patentes.¹⁵³ Na ocasião, os Estados Unidos entraram com um pedido de investigação na Organização Mundial do Comércio (OMC) para analisar a legislação brasileira quanto à propriedade intelectual. Os norte-americanos acusavam o governo brasileiro de violar as leis de patentes de medicamentos ao estimular a produção nacional e a distribuição gratuita de remédios contra a AIDS. Porém, com a evolução do caso, os EUA desistiram de contestar o Brasil na OMC. O Brasil, por sua vez, se comprometeu em anunciar

¹⁵¹ NASCIMENTO, op. cit.

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ Loc. cit.

antecipadamente aos EUA possíveis licenças compulsórias contra indústrias farmacêuticas daquele país.¹⁵⁴

A licença compulsória é um mecanismo previsto no acordo de propriedade intelectual da OMC (*Trips*¹⁵⁵), que permite romper a exclusividade de alguns fornecedores de medicamentos em caso de emergência nacional. Segundo a norma brasileira, o mesmo pode ocorrer em caso de abuso dos direitos por parte da indústria farmacêutica. Nessa situação, as patentes de remédios não produzidos localmente podem ser estendidas a empresas que possam fabricá-los no país.¹⁵⁶

Apesar da quebra de patentes ainda não ter sido regulamentada, o governo já autorizou a importação de remédios genéricos que compõem o coquetel antiaids. A iniciativa deve reduzir em 40% os gastos com a compra de medicamentos para o programa de distribuição de medicamentos aos soropositivos brasileiros.

Essa iniciativa causou polêmica na Organização Mundial de Saúde (OMS) quando a África do Sul decidiu importar medicamentos genéricos usados no tratamento contra a AIDS. Em março de 2001, 39 laboratórios internacionais entraram com um processo contra o governo da África do Sul para tentar impedir que o país importasse genéricos que compõem o coquetel retroviral. Com a repercussão do caso na imprensa, as indústrias farmacêuticas envolvidas no caso decidiram entrar em um acordo com o governo sul-africano para não comprometer seus nomes perante a opinião pública.¹⁵⁷

Após anos de negociações, em 24/05/2008, a Organização Mundial da Saúde (OMS) fechou em Genebra (Suíça), um acordo sobre patentes e acesso a medicamentos. A decisão reconheceu o direito dos países de quebrar patentes e estabeleceu a criação de um grupo de especialistas para que seja desenvolvido um novo mecanismo de financiamento para estimular a pesquisa e o desenvolvimento no setor de saúde.

¹⁵⁴ ESCUDERO, Camila, BARTIÉ, Elisa. *OMS fecha acordo para quebra de patentes de remédios*.

¹⁵⁵ Acordo que obriga todos os países-membros a adotarem novos padrões de propriedade industrial, principalmente a obrigatoriedade da proteção à fabricação de medicamentos.

¹⁵⁶ Loc. cit.

¹⁵⁷ Loc. cit.

O acordo fechado no último dia da reunião anual da OMS defendeu ainda incentivos à produção de remédios que ajudem no combate às doenças que mais afetam os pobres. No Brasil, é o caso da doença de Chagas e da tuberculose.¹⁵⁸ Assim, os países emergentes liderados pelo Brasil, buscaram garantir que o direito ao acesso a medicamentos fosse reconhecido e que a OMS dessa assistência aos governos que quebrem patentes. Embora, os resultados alcançados sejam modestos depois de tantos anos de debates, tanto o Itamaraty quanto o Ministério da Saúde comemoraram o acordo.

Com isso, pode-se concluir que a aplicação “do princípio da razoabilidade é a melhor maneira de solucionar conflitos de interesses entre o direito de propriedade e o direito à saúde”¹⁵⁹.

2.2.4 RESPONSABILIDADE DE CADA ENTE FEDERATIVO

O movimento do processo de descentralização na área da Saúde deu início à sua estruturação ao longo da década de 1980. Contudo, ganhou contornos mais determinantes na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional subsequente (Lei nº. 8080 de 19 de setembro de 1990, Lei nº. 8.142 de 28 de dezembro de 1990, normas e portarias regulamentadoras).

Segundo Cretella Júnior, descentralização não significa outra coisa senão “a transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas. Centralização é a convergência de atribuições, em maior ou menor número, para órgãos centrais.”¹⁶⁰

Como principais competências originadas da descentralização, apresentam-se as de: promover, articular e integrar as atividades e ações de cooperação técnica a Estados, Municípios e ao Distrito Federal, subsidiando processos de elaboração, implantação e implementação de normas, instrumentos e métodos necessários à gestão descentralizada do Sistema Único de Saúde.

¹⁵⁸ NINIO, Marcelo. *OMS reconhece direito à quebra de patente*.

¹⁵⁹ CURY, op. cit., p. 119.

¹⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à Constituição – 1988*, p. 4.346.

Dentre esses processos, destacam-se a articulação dos órgãos do Ministério no processo de formulação e avaliação de políticas no SUS; a proposição de diretrizes necessárias ao fortalecimento dos sistemas estaduais e municipais e; a participação no processo de negociação e definição de critérios para a alocação de recursos financeiros.

Não obstante a descentralização do SUS, o sistema é um só, podendo ser definido como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS”, dispõe o artigo 4º, *caput*, da Lei 8.080/90.¹⁶¹

A lei em referência definiu, do mesmo modo, as atribuições e competências de cada nível de governo. Por meio da descentralização, pretende-se o que os pacientes sejam tratados no local mesmo em que vivem, ou seja, em seus municípios. A finalidade, por conseguinte, é evitar que as pessoas realizem grandes deslocamentos para submeter-se a tratamentos de saúde. O interesse local, portanto, deve prevalecer na concretização da descentralização. Assim, aborda-se a seguir cada um desses níveis e a suas atribuições pertinentes à área da saúde.

Na esfera federal a gestão da saúde realiza-se através do Ministério da Saúde, que historicamente, aplica metade de todos os recursos gastos no país em saúde pública em todo o Brasil. O governo federal é o principal financiador da rede pública de saúde, e o Ministério da Saúde, Estados e municípios, em geral, contribuem com a outra metade dos recursos. O Ministério da Saúde formula políticas nacionais de saúde, mas não realiza as ações. Para a realização dos projetos, depende de seus parceiros (estados, municípios, ONGs, fundações, empresas, etc.). Também tem a função de planejar, criar normas, avaliar e utilizar instrumentos para o controle do SUS.¹⁶²

Aos Estados, cabe promover a descentralização dos serviços e ações de saúde, prestando apoio técnico e financeiro aos municípios. Apenas supletivamente os Estados executarão ações e serviços de saúde. Suas atribuições referem-se, principalmente, ao acompanhamento, ao controle e à avaliação das

¹⁶¹ PIOLA, Sérgio Francisco. *Perspectivas da descentralização na saúde pública*.

¹⁶² Loc. cit.

redes hierarquizadas do SUS, bem como à gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência regional e estadual.

Os Estados possuem secretarias específicas para a gestão de saúde. O gestor estadual deve aplicar recursos próprios, inclusive nos municípios, e os repassados pela União. Além de ser um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais de saúde, o estado formula suas próprias políticas de saúde. Ele coordena e planeja o SUS em nível estadual, respeitando a normalização federal. Os gestores estaduais são responsáveis pela organização do atendimento à saúde em seu território.¹⁶³

A estratégia adotada no país reconhece o município como o principal responsável pela saúde de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, de 2006, o gestor municipal assina um termo de compromisso para assumir integralmente as ações e serviços de seu território. Os municípios possuem secretarias específicas para a gestão de saúde. O gestor municipal deve aplicar recursos próprios e os repassados pela União e pelo estado.

O município formula suas próprias políticas de saúde e também é um dos parceiros para a aplicação de políticas nacionais e estaduais de saúde. Ele coordena e planeja o SUS em nível municipal, respeitando a normalização federal e o planejamento estadual. Pode estabelecer parcerias com outros municípios para garantir o atendimento pleno de sua população, para procedimentos de complexidade que estejam acima daqueles que pode oferecer.

Deste modo, por estar mais próximo ao indivíduo, o Município é quem, em geral, executa serviços de saúde, com a colaboração e recursos dos demais entes. Se, entretanto, faltarem recursos à execução dos serviços e, em especial, à compra de medicamentos, a responsabilidade passa a ser igualmente da União e dos Estados, que não cumpriram para com suas funções.

Ressalta-se que na relação entre a União, Estados e Municípios inexistente hierarquização. Os entes federados negociam e entram em acordo sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde. É o que se chama de pactuação intergestores. Ela pode ocorrer

¹⁶³ PIOLA, op. cit.

na Comissão Intergestora Bipartite (estados e municípios) ou na Comissão Intergestora Tripartite (os três entes federados).¹⁶⁴

As normas de organização da assistência do Sistema Único de Saúde, mais precisamente a Portaria 698/GM, de 30 de maio de 2006¹⁶⁵, a qual define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS, classificam os Municípios em dois tipos de gestão, conforme processo de habilitação instruído perante os gestores estadual e federal: Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada (GPAB-A) e Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM) de saúde.

No primeiro tipo de habilitação, Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada, o Município se responsabiliza pela gestão da rede primária de atenções aí compreendidas a execução e o financiamento de todas as ações de prevenção e assistência à saúde de baixa complexidade, elencadas nas normas operacionais de assistência à saúde, injetando também sua contrapartida financeira, hoje constitucionalmente vinculada (no mínimo 15% da RCL do orçamento municipal), e recebendo dos poderes estadual e federal as transferências restritas para as políticas de prevenção e assistência em tal nível de atenção.

Neste primeiro tipo de habilitação, o Estado continua responsável pelas ações secundárias e terciárias de saúde, inclusive pela gestão dos Programas de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, a exemplo do Programa de Glaucoma, regulamentados pelas portarias MS/SAS 338/02 e 339/02.

Por outro lado, o município habilitado em Gestão Plena do Sistema fica responsável integralmente pela gestão e financiamento de todo sistema de Saúde existente em seu território, inclusive o atendimento especializado (Atenção Secundária e Terciária), recebendo dos governos do Estado e da União os recursos

¹⁶⁴ PIOLA, op. cit.

¹⁶⁵ Portaria n. 698/GM, de 30 de maio de 2006. Art 1º Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS. Artigo 2º - Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados. Artigo 3º Ficam criados os seguintes blocos de financiamento: I - Atenção Básica; II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; III - Vigilância em Saúde; IV - Assistência Farmacêutica; e V - Gestão do SUS.

correspondentes a tais níveis de atenção à Saúde, que serão depositados nos Fundos Municipais de Saúde.

A Lei Estadual 13.331/90 dispõe sobre organização, regulamentação, fiscalização e controle de ações dos serviços de saúde do Estado do Paraná, que estabelece em seu artigo 2º que é dever do Estado, através da Política Estadual de Saúde, e dentro de sua competência, prover as condições indispensáveis ao exercício do direito de saúde garantido a todo cidadão. E complementa, no artigo 12, inciso XVIII, que:

Compete à direção estadual do SUS, além do previsto na Lei Orgânica da Saúde organizar, controlar e participar da produção e da distribuição de medicamentos, de componentes farmacêuticos básicos, produtos químicos, biotecnológicos, imunobiológicos, hemoderivados e outros de interesse para a saúde, facilitando o acesso da população.

Assim, para que não haja desproporcionalidade em relação à obrigatoriedade na prestação de serviços de saúde pública, deve-se identificar o interesse social, considerando todos os motivos do ato administrativo, para maior alcance e efetividades do princípio da legalidade, ante a complexa organização da administração da Saúde Pública. Não sendo assim, os Municípios continuarão sofrendo uma injusta sobrecarga de responsabilidade em relação aos demais entes federativos, fato este que acarreta severos problemas orçamentários e culminam na ineficácia dos serviços de saúde, aumentando as mazelas da população, principalmente de baixa renda.

Tem-se notado que os Tribunais assumiram entendimento no sentido de que o SUS faz parte de um sistema descentralizado e regionalizado, possuindo uma única direção em cada esfera de governo, sendo tal exercida, no âmbito dos Estados, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (de acordo com o artigo 9º, inciso II da Lei 8.080/90), o que confere a cada uma das unidades federadas a responsabilidade pela saúde dentro dos limites de seu território.

Portanto, a obrigação da prestação de saúde, assim como de manutenção do direito à vida, é solidária entre os entes federados, não sendo exclusiva da União, do Estado, ou mesmo do Município, já que há solidariedade entre eles, podendo a ação ser dirigida somente contra um deles.

Por fim, cumpre ressaltar que o direito à saúde encontra-se intrinsecamente ligado ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à assistência social e à solidariedade, não podendo ser impossibilitado por percalços administrativos ou processuais, razão pela qual a legitimidade passiva nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos, negados pelos hospitais públicos é, além do local de saúde responsável, dos Municípios, Estados e União, solidariamente.¹⁶⁶

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Florença Dumont. *Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos.*

3. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

Este capítulo tem a finalidade de apontar problemas decorrentes da ineficiência na prestação de serviços de saúde pelo Estado, com o conseqüente estudo responsabilidade que dela deriva. É fato público e notório que, no Brasil, os serviços de saúde pública possuem severas deficiências em todos os seus níveis, sem exceções, o que acarreta transtornos e danos, muitas vezes irreparáveis à população que busca tal prestação.

Nem seria necessário lembrar que aqueles que realmente sofrem por conta de tais problemas, são unicamente as camadas menos privilegiadas financeiramente, as quais não vêm outra saída senão buscar os serviços de saúde em hospitais e postos de saúde públicos, com tratamentos e medicamentos fornecidos através das redes municipais de saúde ou do SUS – Sistema Único de Saúde.

Tais prestações de serviços, por suas ineficiências, falta de recursos e até mesmo de boa vontade dos agentes públicos, ocasionam diversos tipos de transtornos aos usuários, dentre os quais se pode mencionar a demora nos atendimentos, falta de medicamentos, inexistência de leitos para internamentos ambulatoriais e principalmente em unidades de terapia intensiva.

As conseqüências, como não poderiam ser diferentes, são drásticas. O cidadão sofre com doenças que muitas vezes poderiam ser sanadas mediante a utilização dos medicamentos adequados; as filas em postos de atendimentos e em hospitais públicos são absurdas, sendo que não há mais nenhuma surpresa em ouvir ou ler um noticiário que informa sobre a morte de mais um paciente em fila, na espera de atendimento médico; da mesma forma, muitos sofrem demasiada e desnecessariamente à espera de um leito hospitalar; outros morrem aguardando a vaga no leito de uma unidade de tratamento intensivo.

Nesta última hipótese, na verdade, o paciente, desprovido de um plano de saúde privado, diante de um agravamento patológico, outra saída não tem senão

torcer para desocupação dos leitos da UTI's, seja através da cura ou da morte daqueles que os estejam ocupando. A situação da saúde pública é dramática, triste e, até mesmo, revoltante. Num país em que a carga tributária é uma das maiores do mundo, é inadmissível e incompreensível que a saúde pública esteja envolvida por tantos problemas, a imensa maioria deles decorrente da falta de recursos.

Conforme prescreve o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado e deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A efetivação dos direitos sociais, contudo, a despeito da consagração nos textos legais, encontrou inúmeros percalços, principalmente de natureza econômica, eis que é cediço que os direitos sociais, de maneira geral, ao contrário dos direitos individuais, demandam prestações positivas pelo Estado.

Por outro lado, tais direitos, no mais das vezes, são proclamados de maneira genérica e abstrata, como fins, diretivas, metas a serem observadas na condução do Estado, o que também dificulta sua realização fática, por ficarem ao alvedrio da vontade política dos legisladores e governantes, ainda que muitos preguem a natureza vinculante de certas regras, mas sempre dentro de um campo de discricionariedade na escolha da forma de concretização das imposições constitucionais relacionadas ao direito social.¹⁶⁷

Desnecessário mencionar que o grande problema encontra-se eivado na saúde pública dos países inseridos no chamado bloco do terceiro mundo, onde quem não tem condições de arcar despesas de planos de saúde, vê-se completamente desprovido e desamparado. Dentre as especificidades do gênero, é de bom alvitre destacar a obrigação do Estado de prestar ao cidadão tratamento digno às suas enfermidades, onde se inclui o dever de fornecer os medicamentos necessários a tal fim.

Nota-se, com certa freqüência, o surgimento de diversas situações e discussões ligadas à saúde pública, as quais colocam em conflito o interesse

¹⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. p.274.

público, correlacionado à tentativa de equilíbrio das contas e orçamentos e o interesse particular, exteriorizado nas mazelas dos cidadãos desprovidos de razoável situação econômica. Diante deste paradoxo, a cada dia que passa, cresce a quantidade de ações oponíveis ao Estado, em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas acerca dos bens jurídicos que a Constituição alinha na Ordem Social.

Conseqüentemente, a questão que surge é da responsabilidade do Estado pelo caos da saúde pública e pelos danos causados aos cidadãos em virtude desta ineficiência na prestação dos serviços de saúde, que são de primeira importância. A idéia da responsabilidade objetiva do Estado, logo após um breve estudo sobre responsabilidade civil, deve ser o ponto de partida para que se possa chegar a uma conclusão sobre a obrigação estatal de reparar ou indenizar os danos causados aos cidadãos pela prestação deficiente dos serviços de saúde. Posteriormente à análise da responsabilidade é de bom alvitre uma análise das decisões judiciais que têm se solidificado nos Tribunais brasileiros a respeito da matéria.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A idéia de responsabilidade existe, provavelmente, desde o início das civilizações. Em tempos iniciais, além da própria repulsa individual ao agressor, pairava a idéia de vingança coletiva, através de uma reação coletiva em relação ao ato agressivo. Posteriormente, com fundamento na Lei de Talião, essa reação foi se particularizando, donde surgiu a figura da vingança privada.

Com a evolução da humanidade surgiu a idéia da composição voluntária, prevalecendo o entendimento de que seria mais racional a reparação do dano por meio da prestação da *poena* e outros bens, que consistia no pagamento de certa quantia em dinheiro.

Em seguida começou a surgir a figura do Estado, ainda que muito tímida, na busca da solução dos conflitos individuais, até que com a introdução dos conceitos jus-romanísticos, da *Lex Aquilia de Damno*, sedimentou-se a idéia de

reparação pecuniária. Mas foi na França que surgiram as primeiras teses sobre a teoria da responsabilidade, através do princípio da responsabilidade civil.

No que se refere à semântica do termo responsabilidade civil, pode-se auferir de Rui Stoco¹⁶⁸ a seguinte lição: “A noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim ‘respondere’, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos.”

Na busca de delimitar um pouco mais esse conceito, Venosa¹⁶⁹ chama a atenção para a circunstância pela qual:

o termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. [...] Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio, não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o nosso Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada.

Maria Helena Diniz¹⁷⁰ ensina que “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

Vale mencionar que não se deve confundir as idéias de obrigação e responsabilidade, pois segundo Ferraz Junior¹⁷¹, “entre as expressões *obrigação* e *responsabilidade* há algumas diferenças peculiares no uso lingüístico. Assim, é possível dizer que a sentinela tem a obrigação de bater continência para o oficial, mas não se diz que tem a responsabilidade de fazê-lo”.

Pessoa Jorge¹⁷² lembra que na responsabilidade civil não se busca castigar o infrator, mas tão somente compensar a vítima do prejuízo, enquanto que na responsabilidade penal, o interesse é de punir o infrator. Continua o mesmo autor, afirmando que “a violação de um dever, em sentido técnico, gera

¹⁶⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 59.

¹⁶⁹ VENOSA, *Silvio de Salvo*. *Direito civil*, p. 161.

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 582

¹⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 161

¹⁷² PESSOA JORGE, Fernando de Sany Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 9-15 e 29-57.

responsabilidade obrigacional (contra e extra-contratual), enquanto que a violação de outro dever, gera responsabilidade extra-obrigacional, delitual ou aquiliana.”¹⁷³

A responsabilidade obrigacional distingue-se da delitual, de forma relevante, nos seguintes pontos: a) a culpa presume-se na primeira e não na segunda, em regra; b) há solidariedade passiva na segunda e não na primeira, salvo se a obrigação tiver este caráter.

A idéia de que a responsabilidade civil constitui uma sujeição a uma sanção não é suficiente, pois segundo o autor, a responsabilidade civil configura-se como “obrigação de indenizar”. A função, portanto, é primariamente reparadora e secundariamente punitiva.

Realizadas estas análises conceituais, necessária, neste momento, uma breve análise a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil.

Pessoa Jorge, de antemão, adverte sobre as divergências doutrinárias que envolvem este tema. Para o mencionado autor são pressupostos da responsabilidade civil “o ato ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação (liga o ato ilícito ao agente), mas que podem resumir-se a dois: ato ilícito e prejuízo reparável, entendendo que os nexos de imputação e de causalidade se integram no ato ilícito”.

Ao analisar o assunto, Maria Helena Diniz¹⁷⁴ ressalta os seguintes pressupostos ensejadores da responsabilidade civil:

- a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato lícito ou ilícito [...];
- b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada [...];
- c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano.

Além desses pressupostos, Venosa¹⁷⁵ e Rodrigues¹⁷⁶, incluem a culpa do agente, ensinando que “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade

¹⁷³ PESSOA JORGE, op. cit., p. 9-15 e 29-57.

¹⁷⁴ DINIZ, op. cit., p. 582-583

¹⁷⁵ VENOSA, op cit., p. 13.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, p. 12.

civil: ação, omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.”

A conduta, como pressuposto da responsabilidade civil, é toda manifestação humana, positiva ou negativa, no mundo fático hábil a produzir efeitos lesivos à esfera de outrem. Corresponde a um “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”¹⁷⁷

Pode ser comissiva ou omissiva a conduta. A comissiva corresponde a uma ação; já a omissiva, a uma falta de ação, sendo esta última, segundo Stoco:¹⁷⁸

a omissão é um *non facere* relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado. [...] A omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma.

Para ensejar a responsabilização do agente, a conduta deve ser voluntária, ou seja, controlável pela vontade de quem a pratica, pelo que incapazes de dar azo à responsabilização os atos ou omissões praticados mediante coação absoluta, estado de inconsciência, hipnose, sonambulismo ou fatos naturais invencíveis.

Quanto ao dano, vale dizer que não há responsabilidade sem prejuízo. Logo, o prejuízo ou dano é antecedente e causa direta da responsabilidade. Em nenhum caso, a responsabilidade da pessoa física ou jurídica pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade.

A noção de dano traz como pressuposto lógico a figura do lesado, que pode sofrer as conseqüências lesivas da conduta do responsável tanto de forma direta, como também indireta. Por conseguinte, o dano deve ocasionar a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa.

¹⁷⁷ DINIZ, op.cit., p. 37.

¹⁷⁸ STOCO, op. cit., p. 132-133.

Outro requisito é que o dano seja efetivo ou certo, sendo inadmissíveis meras conjecturas ou possibilidades de lesões simplesmente hipotéticas.

O dano pode ser material ou moral. O primeiro é aquele que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. E o segundo, por sua vez, é aquele que afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo, suas virtudes, enfim, causando-lhe mal-estar ou uma indisposição de natureza espiritual.

Nexo causal é liame de causalidade, é o vínculo entre o prejuízo e a ação, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível.

A culpa *latu sensu* e o risco por alguns autores são considerados como fundamentos e, por outros, como critérios de imputação da responsabilidade civil

A culpa atrela-se irremediavelmente a uma conduta do agente, relevante para o Direito à medida que tem o condão de produzir resultados danosos à esfera juridicamente protegida de outrem e, com isso, desencadear o mecanismo de responsabilização.

Monteiro¹⁷⁹ completa esse raciocínio, aduzindo que:

[...] o direito à indenização surge sempre que o prejuízo resulte da atuação do agente [...]. Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar o prejuízo, a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*strictu sensu*). (grifo nosso)

A culpa, em sentido amplo, portanto, como elemento anímico norteador da conduta do agente na violação de um dever jurídico, pode compreender o dolo, que consiste na violação intencional desse dever jurídico, ou ao menos na assunção do risco de violá-lo; e culpa *strictu sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência.

¹⁷⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, p. 276.

Desse modo, age dolosamente aquele que “*intencionalmente* procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das conseqüências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.”¹⁸⁰ Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.

A culpa *strictu sensu* comporta três modalidades, assim lapidarmente definidas por Gonçalves¹⁸¹, quando ensina que:

a conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste, sobretudo, na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional.

Segundo o critério subjetivo de imputação da responsabilidade, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário à configuração do dever de indenizar, de tal sorte que a responsabilidade do causador do dano tem lugar somente se provado seu agir culposo ou doloso.

Esta é a teoria subjetiva da culpa, a qual não se mostra capaz de atender a todos os problemas envolvendo responsabilidade civil. O suprimento dessa insuficiência, por sua vez, dá lugar à teoria do risco, como critério de imputação da responsabilidade, adiante exposto.

Nesta linha, ensina Silvio Rodrigues¹⁸² que:

dentro da rigidez da teoria da culpa, não se encontram meios para obter amplo ressarcimento do dano, porque, para alcançar a indenização necessário se faz que a vítima prove não só o ato do agente e o dano sofrido, como também a relação de causalidade e, principalmente, a culpa do réu.

A teoria do risco funda a imputação de responsabilidade segundo critérios objetivos e tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

¹⁸⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 304;

¹⁸¹ GONÇALVES, op. cit., p 9, 10.

¹⁸² RODRIGUES, op. cit., p. 307.

A objetividade da teoria do risco decorre justamente da prescindibilidade de comprovação do elemento subjetivo culpa, *latu sensu*, para a configuração da responsabilidade civil, a qual deve decorrer de mandamento legal, de tal sorte que é a lei a determinante das situações nas quais a perquirição ao redor da culpa do agente causador do dano é dispensada.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁸³, em relação a esta teoria, acrescenta que:

[...] toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum ibi onus*); ora mais genericamente como 'risco criado', a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Assim, conclui-se que, importa para o critério objetivo a ocorrência do dano, a conduta lesiva do agente e o nexo de causalidade entre ambos.

O professor Pietro Trimarchi¹⁸⁴ leciona sobre a atribuição dos eventos danosos na responsabilidade objetiva por risco lícito. Segundo seus estudos:

a responsabilidade civil por ato ilícito apresenta dois aspectos conexos: uma parte que tende a reintegração do patrimônio danificado; de outro, constitui uma sanção ao encontro de quem se comportou na maneira proibida, e cuja ameaça contribui preventivamente para desanimar o cometimento de ações ilícitas.

A responsabilidade objetiva para o risco lícito também tem dupla função, sendo que para uma parte entende-se como reintegração do patrimônio danificado e, para outra parte, uma pressão econômica em quem organizou a atividade de risco conseqüentemente a induzir que àquela seja racionalizada.

O propósito da função da responsabilidade objetiva, deriva também o limite daquela. Em resumo Pietro Trimarchi¹⁸⁵ faz a seguinte ilustração:

1) A primeira situação típica é aquela na qual: a) A atividade que é fonte da responsabilidade objetiva (o incidente por esta causado) foi condição necessária do evento somente por haver determinado a presença do bem lesado no lugar e no tempo em que o evento mesmo é verificado, e b) o

¹⁸³ GONÇALVES, op. cit., p 18.

¹⁸⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*, p. 133-163.

¹⁸⁵ Ibid. p. 133-163.

risco de um evento danoso do tipo daquele se é verificado é distribuído em modo substancial uniforme no espaço e no tempo.

A ilustração disso, no campo da responsabilidade por ilícito, pode ser dada pelo seguinte exemplo: um incidente culpável, causado por A, obriga B a refazer o transporte de certas mercadorias, que pela demora ficaram depositadas no armazém. Se durante esse prolongado depósito as mercadorias foram roubadas, A - dizia - não responde pelo dano, por ser uma condição sine qua non. Suponhamos agora que o incidente tenha sido ocasionado por A sem culpa, mas no exercício de uma atividade subordinada ao regime da responsabilidade objetiva: a solução - com base no que foi dito - não muda.

2) A segunda situação típica é aquela na qual a atividade que é fonte da responsabilidade objetiva (o incidente por ela ocasionado) tinha previsto o necessário cumprimento, por parte do prejudicado, dos atos da vida ordinária que implicam a exposição de quem cumpria a um risco tolerável, e por isso realizou-se em dano.

Se uma pessoa ferida em um acidente deve ser transportada em avião, e morre num desastre aéreo, quem causou o primeiro fenômeno não responde pela morte; e esta solução vale identicamente tanto no caso que a responsabilidade pelo ferimento seja objetiva, quanto no caso que seja fundada sobre a culpa.

3) A terceira situação típica é aquela na qual um ato humano ocasiona o dano, movido por uma vontade de prejudicar, a qual presumivelmente teria encontrado de qualquer forma um modo de se realizar com efeitos análogos. Assim, o proprietário de uma linha elétrica de alta tensão pode ser responsável pelo incêndio causado por um curto circuito accidental, mas não o será certamente se o curto circuito foi determinado por uma pessoa que se propõe a provocar o incêndio.

Se o ato direto a causa dano foi completo por um preposto do empreendedor e apresenta a característica acima indicada (movido por uma vontade que presumivelmente encontraria de qualquer forma um modo de realizar-se), diz-se que isso não ingressa no exercício das incumbências e por isso não implica a responsabilidade do praticante do trabalho entre a atividade da empresa e o dano.

A responsabilidade pelo ilícito é limitada aos danos decorrentes do risco vedado, assim que, se um mesmo ato cria consigo um risco ilícito e um lícito, e tanto um quanto outro ocasionam um dano, só aquele resultante do primeiro é ressarcível.

De outro vértice, enquanto a responsabilidade do ilícito não cobre aqueles eventos danosos que são manifestações de um risco lícito, ainda que criado pelo ato ilícito, a responsabilidade objetiva regula integralmente o risco pertinente à atividade em questão.

Disso tudo, pode-se formular o seguinte critério:

a responsabilidade objetiva se estende da regra de todos os danos (superiores ao 'normal tolerável') que são realizações do maior risco

tipicamente criado pela atividade em questão, salvo as limitações eventualmente introduzidas pela lei com uma particular descrição dos danos ressarcíveis¹⁸⁶.

Vale dizer que de acordo com Pietro Trimarchi¹⁸⁷ a responsabilidade objetiva possui critérios limitativos, quais sejam, não compreender um dano que, por ser estado causal da atividade colocada no regime da responsabilidade objetiva, são realizações do risco aos quais a vítima sabia estar, de qualquer modo, substancialmente exposta; regular todos os novos riscos tipicamente criados da atividade em questão, mas pode ser legislativamente limitada através de uma descrição particular do risco ou dos incidentes; e não se estender aos eventos danosos cuja gravidade seja desproporcional ao risco típico pertinente à atividade em questão.

Em suma, a responsabilidade civil apresenta-se sob várias espécies, que, segundo João Gandini¹⁸⁸, da seguinte forma:

- 1) Quanto ao seu fato gerador, poderá ser:
 - a) Responsabilidade contratual: proveniente de conduta violadora de norma contratual;
 - b) Responsabilidade extracontratual ou aquiliana: resultante da violação de um dever geral de abstenção, de respeito aos direitos alheios legalmente previstos.
- 2) Quanto ao agente, poderá ser:
 - a) Responsabilidade direta: proveniente de ato do próprio responsável;
 - b) Responsabilidade indireta: provém de ato de terceiro, vinculado ao agente ou de fato de animal ou coisa inanimada sob sua guarda.
- 3) Quanto ao seu fundamento, poderá ser:
 - a) Responsabilidade subjetiva: presente sempre o pressuposto culpa ou dolo. Portanto, para sua caracterização devem coexistir os seguintes elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.
 - b) Responsabilidade objetiva: não há a necessidade da prova da culpa, bastando a existência do dano, da conduta e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente. A responsabilidade está calcada no risco assumido pelo lesante, em razão de sua atividade.

Diante desta noção geral de responsabilidade civil estampada neste capítulo, parte-se, em seguida, de modo mais detido, à análise da responsabilidade civil do Estado.

¹⁸⁶ TRIMARCHI, op. cit., p. 133-163.

¹⁸⁷ Loc. cit.

¹⁸⁸ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva, op. cit.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E TEORIA DO RISCO

A responsabilidade do Estado está implícita na noção do Estado de Direito, não havendo necessidade de regra expressa para firmar-se isto, posto que no Estado de Direito todas as pessoas, de direito público ou privado, encontram-se sujeitas à obediência das regras de seu ordenamento jurídico. Desta forma, presente também está o dever de responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio. Hely Lopes Meireles¹⁸⁹ utiliza o termo “responsabilidade da administração”, pois entende que o dever de indenizar se impõe à Fazenda Pública.

Em relação à evolução da noção da responsabilidade do Estado é possível realizar uma correlação entre as diversas épocas e as teorias que envolveram a matéria. Num primeiro momento, durante as monarquias absolutistas, vigia a teoria da Irresponsabilidade do Estado, segundo a qual os atos praticados sobre a sociedade não responsabilizavam o rei.

Posteriormente, surgem as teorias civilistas, das quais se pode mencionar: a) Teoria sobre os atos de império (aqueles em que o Estado exerce com plenos poderes) e atos de gestão (aqueles em que o Estado se equiparava ao particular); b) Teoria da culpa cível ou da responsabilidade subjetiva: verificavam se o Estado: não funcionou; funcionou atrasado; ou funcionou mal; (os três independentes de culpa do agente da Administração).

Num terceiro momento, aparecem as Teorias Publicistas, como: a) Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público: A teoria de culpa administrativa não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa que o particular fica dispensado de provar a culpa da Administração; embora esta possa demonstrar culpa total ou parcial do lesado, eximindo-se assim de indenização; e b) Teoria do risco integral ou da responsabilidade objetiva: A teoria do risco total da Administração é a modalidade extrema da doutrina, pois a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que este contribua com culpa ou dolo.

¹⁸⁹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 530.

Canotilho¹⁹⁰ classifica a responsabilidade por fato da função administrativa em: a) responsabilidade por atos administrativos lícitos, em que há a imposição de um sacrifício inexigível; e b) a responsabilidade por risco, que pode derivar de danos resultantes de trabalhos públicos, de atividades excepcionalmente perigosas, de vacinações obrigatórias, da ação de presos foragidos ou alienados, do funcionamento de máquinas empregadas na atividade administrativa, do risco social, de necessidade administrativa e de calamidades nacionais.

No Brasil, desde os tempos do Império que a legislação prevê a reparação dos danos causados a terceiros pelo Estado, por ação ou inação dos seus agentes.

As Constituições de 1824 (Artigo 179) e de 1891 (Artigo 82), já previam a responsabilização dos funcionários públicos por abusos e omissões no exercício de seus cargos. Mas a responsabilidade era do funcionário, vingando até aí, a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Durante a vigência das Constituições de 1934 e 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. O lesado podia mover ação contra o Estado ou contra o servidor, ou contra ambos, inclusive a execução.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 15, já tratava do assunto, determinando a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes. A Constituição de 1946, que adotou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, com a possibilidade de ação regressiva contra o servidor no caso de culpa. Com a Constituição de 1967 houve um alargamento na responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. Tal posicionamento foi aprimorado com o advento da Constituição de 1988, que estendeu a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, os não essenciais, por concessão, permissão ou autorização.

Versa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. p. 231 e ss.

serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Desta forma, fica evidente que a Constituição Federal acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, de tal sorte que, para sua caracterização deve ser verificada, primeiramente, a ocorrência de um dano, uma conduta comissiva ou omissiva, do Poder Público, a existência de um nexo causal entre esta e aquele, além da ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.¹⁹¹

Neste sentido, ensina Marcos Araújo¹⁹², que são requisitos para o nascimento do dever ressarcitório do Estado, consoante a teoria do risco administrativo:

- a) a existência de um dano correspondente a "lesão a um direito da vítima", certo e injusto. Para os adeptos da teoria subjetiva em caso de omissão do poder público, estes casos exigem, ainda, o comportamento culposos da administração;
- b) o responsável pelo ato deve se revestir da qualidade de funcionário da Administração Pública;
- c) é preciso que haja nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo da Administração e o dano causado. Ressalte-se que, na apuração da causalidade, o STF abraça a teoria da interrupção do nexo causal, ou do dano direto e imediato, que proclama existir nexo causal apenas quando o dano é o efeito direto e necessário de uma causa.

Não se trata, portanto, da teoria do risco integral, mas sim do risco administrativo, patente a possibilidade de invocação de causa excludente ou atenuante da responsabilidade, vedada qualquer possibilidade de previsão normativa de outras teorias, inclusive a do risco integral. O reconhecimento da adoção da teoria do risco administrativo também é verificável no plano jurisprudencial, sendo inclusive este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto a ser relevado é o da responsabilidade do Estado por omissão. Existe relevante controvérsia a respeito de ser subjetiva ou objetiva tal responsabilidade.

Uma primeira corrente entende ser a responsabilidade subjetiva por atos omissivos do Estado, sob o enfoque de que ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a

¹⁹¹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 3068.

¹⁹² ARAÚJO, Marcos. *Responsabilidade civil do Estado*.

adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente¹⁹³.

Em julgamento do Recurso Extraordinário 179.147, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva) e a responsabilidade civil do Estado no caso de danos pela omissão da Administração (responsabilidade subjetiva):

É o caso de uma manifestação pública, em que uma multidão de terceiros (particulares não na qualidade de agentes públicos) venha a causar danos às pessoas, depredando propriedades, por exemplo; ou de fenômenos da natureza, como vendavais, chuvas, enchentes, etc, que venham a causar sérios prejuízos à população. Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovada a culpa da Administração (responsabilidade subjetiva)¹⁹⁴.

Para uma segunda corrente doutrinária, a responsabilidade do Estado por ato omissivo deve ser objetiva.

A doutrina de um modo geral, salvo raras exceções, não discrimina entre o dano decorrente de ação e dano decorrente de omissão do Estado, para fins de se fixar a natureza da responsabilidade do Estado, considerando, para ambas as hipóteses, a responsabilidade objetiva.

O STF já decidiu que não é qualquer omissão estatal em que a responsabilidade estatal é subjetiva. Para a Suprema Corte há dois tipos de omissão: a omissão geral e a omissão específica. "Para a omissão geral, a responsabilidade é subjetiva, enquanto para a omissão específica é objetiva (exemplo: descumprimento de ordem judicial determinando que policiais resguardecem determinado patrimônio é omissão específica).

O Estado só não se responsabiliza mediante a comprovação da ocorrência de causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil, que são, segundo Araújo¹⁹⁵: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de

¹⁹³ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*, p. 260.

¹⁹⁴ ALEXANDRINO, M. & Paulo. *Direito administrativo*, p. 410

¹⁹⁵ ARAUJO, Edmir Netto. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*, p. 35.

necessidade. À lição de Araújo mercê acrescentar-se o caso fortuito, completando-se o rol de excludentes.

De acordo com Marcos Araújo:

[...] a responsabilidade civil do Estado é um instituto essencial à construção do Estado Democrático de Direito, pois assegura os direitos do cidadão em face de um injusto dano causado pelo poder público a seu patrimônio. Sua objetivação coaduna-se com a doutrina mais moderna, que almeja facilitar o ressarcimento do lesionado pelo agir dos agentes públicos, mediante a dispensa da prova de culpa. Insere-se dentro do respeito que os agentes de um governo que se pretende representante da soberania popular (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) estão obrigados a dispensar a seus cidadãos, garantia de que se manterão dentro dos limites da legalidade no desempenho de suas funções, e de que, ainda nessas hipóteses, caso seja imprescindível o sacrifício de um direito particular em prol do bem comum, aquele será prontamente ressarcido, pois atentaria contra a liberdade e a igualdade entre os cidadãos que um indivíduo pudesse ser privado de uma parcela de seu patrimônio sem uma respectiva compensação.¹⁹⁶

Realizadas estas considerações a respeito da responsabilidade civil do Estado, cumpre adiante analisar a responsabilidade do Estado pela ineficiência nos serviços de saúde pública que cause dano ao cidadão.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

A partir da noção de responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado espostas nos capítulos anteriores, é possível uma averiguação mais específica no que tange à responsabilidade do Estado pela ausência ou por falhas na prestação de serviços públicos de saúde.

O direito à saúde e à vida humana, resguardado pela Constituição Federal, é garantia fundamental irretirável. O fundamento jurídico de tal responsabilidade está estampado no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

¹⁹⁶ ARAÚJO, Marcos. *Responsabilidade civil do Estado*. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Juxta Legem – CEJUSTA.

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Não há dúvida de que se adotou o princípio da responsabilidade objetiva, cabendo ao Estado o dever de indenizar sempre que demonstrada a existência do fato, praticado por agente do serviço público que, nessa qualidade, causar o dano.

Esta é a responsabilidade pelo fato do serviço, que à Administração eximir-se, total ou parcialmente, mediante provar a força maior, o fato necessário ou inevitável da natureza, ou a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Se o dano é resultante de omissão do Estado, como já visto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência divergem, entendendo alguns pela responsabilidade objetiva e outros pela responsabilização somente se demonstrada a culpa do serviço.

Em princípio, o Estado responde pelos danos sofridos em consequência do funcionamento anormal de seus serviços de saúde, exonerando-se dessa responsabilidade mediante a prova da regularidade do atendimento médico-hospitalar prestado, decorrendo o resultado de fato inevitável da natureza.

Tal responsabilidade também encontra guarida no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, o qual versa que "Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". O parágrafo único acrescenta que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

A análise do ato ilícito, que está positivada nos artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro é o primeiro ponto a ser abordado, podendo ser definido como aquele que se caracteriza pela infração ao dever legal de não violar direito e não lesar outrem. Ato ilícito é uma fonte de obrigação e, tal como o lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, contrária à ordem jurídica.

Portanto, ficando demonstrado o dano decorrente de ineficiência do serviço de saúde pública, seja por ausência ou por falha, caracterizada a responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

A indenização deve compor tanto os danos materiais, ou seja, as perdas patrimoniais causadas ao cidadão, como por exemplo, as despesas com medicamentos ou tratamentos particulares, quanto os danos morais, caracterizados pelo desconforto pessoal. A doutrina ainda menciona o dano estético, como uma das variantes dos danos indenizáveis.

4. A BUSCA DO PODER JUDICIÁRIO

Pacificadas importantes questões como a de que o direito à saúde é privilégio fundamental, diretamente ligado à dignidade humana, garantido constitucionalmente, necessária se faz a abordagem no que tange às possíveis ações das quais pode se valer o cidadão na busca da garantia de uma prestação condigna dos serviços públicos de saúde.

Cumpra esclarecer, de acordo com Ieda Tatiana Cury, que “o Judiciário foi criado pela Constituição Estado, derivando pela sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e o Legislativo, o poder político nacional.”¹⁹⁷ E continua, no sentido de que:

aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma relação de independência; a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgão superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros; e os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário, para a preservação dos seus direitos.¹⁹⁸

De consequência, os direitos sociais dos cidadãos, dentre eles o direito à saúde, devem ser garantidos pelo Poder Executivo. Entretanto, quando por este negligenciado, compete ao Poder Judiciário, fazer valer a aplicabilidade imediata da Constituição Federal, estampada no parágrafo primeiro, do artigo quinto, compelindo o Executivo a realizar a devida garantia e prestação de tais direitos.

Como bem lembra Paulo César Vieira Tavares:¹⁹⁹

não há como negar que, estando positivada a regra consagradora da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF), os poderes do Poder Judiciário estão mais ampliados principalmente para defender a efetividade destes direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, que possuem caráter de autênticos direitos subjetivos, autorizando tal Poder a assegurar, no caso concreto, o seu efetivo gozo, com base também no artigo 5º, inc. XXXV, da CF (inafastabilidade do controle judiciário), mesmo que isto implique em alocação de recursos públicos.

¹⁹⁷ CURY, op. cit., p. 143.

¹⁹⁸ Ibid., 143-144.

¹⁹⁹ TAVARES, op. cit.

No mesmo sentido, acrescenta o autor que “a superação desta visão arcaica de Direito, e a conseqüente efetivação dos direitos fundamentais básicos, como é o caso do direito à saúde, estão, no Estado Democrático de Direito, ligados necessariamente ao fortalecimento do Poder Judiciário”.²⁰⁰

Portanto, pode-se dizer que a prestação do direito à saúde, garantida pelo artigo 196 da Constituição Federal, se dá mediante políticas públicas sociais e econômicas idôneas, que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar.²⁰¹

Caso não haja o cumprimento destes deveres constitucionais, mais precisamente em relação ao direito à saúde, restando caracterizada a negligência do Poder Público, outro caminho não há senão a busca do Poder Judiciário, que deverá, no cumprimento do seu dever de ofício, determinar a realização das medidas necessárias à garantia de assistência farmacêutica e médica suficiente para satisfação do direito fundamental à saúde de cada cidadão.

Bem assevera Howerston Humenhuk, que:

o Poder Judiciário tem condições, dentro dos próprios ditames da Constituição de buscar soluções para garantir o direito à saúde. Primeiro, deve agir o Estado no cumprimento de seu papel, mediante as políticas sociais e econômicas para efetivação e aplicação do direito à saúde. Em um segundo momento, o Poder Judiciário tem prerrogativa constitucional para a consecução do direito sanitário, devido a não atuação estatal.²⁰²

Obviamente que a prestação dos serviços de saúde pelo Estado não pode ser desmedida ou sem critérios. Deve sim garantir o acesso universal e igualitário a medicamentos e tratamentos médico hospitalares, entretanto mediante uma política própria e efetiva, com utilização dos meios estritamente necessários, preventivos ou remediadores. O que não deve se admitir é o exagero e até mesmo a má-fé de operadores do direito, profissionais médicos e da indústria farmacêutica, que buscam não só o atendimento necessário, mas o enriquecimento sem causa e até mesmo privilégios odiosos, que geram prejuízos aos cofres públicos e, via reflexa, à população.

²⁰⁰ TAVARES, op. cit.

²⁰¹ Recurso Extraordinário 271.286 – RS, STF, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo do STF n. 210 p.3. Decisão citada por SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. p. 157.

²⁰² HUMENHUK, op. cit.

Os doutrinadores João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira e Souza Barione e Evangelista de André, citam importante trecho de declaração do secretário da saúde do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Roberto Barradas Barata, demonstrando a preocupação cada vez maior em relação ao desvirtuamento em questão, quando afirma que:

[...] nos últimos anos, o avanço da indústria farmacêutica tem sido notório. Entretanto, muitos produtos recém-lançados possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar à de remédios já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. No entanto, os novos remédios custam muito mais que os atualmente padronizados pelo SUS. Outros produtos, comercializados fora do Brasil ou ainda em fase de testes, não possuem registro no país e não devem ser distribuídos pelo SUS, pois podem pôr em risco a saúde de quem os consumir. São justamente esses medicamentos que o Estado mais vem sendo obrigado a fornecer por pedidos na Justiça. É importante ressaltar que a entrega de medicamentos por decisão da Justiça compromete a dispensação gratuita regular, já que os governos precisam remanejar recursos vultosos para atender situações isoladas. Em São Paulo, a Secretaria da Saúde gasta cerca de R\$ 300 milhões por ano para cumprir ações judiciais para distribuição de remédios não padronizados de eficácia e necessidade duvidosas. Com esse valor é possível construir seis hospitais de médio porte por ano, com 200 leitos cada. Além de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, chegou a ter de custear, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital.²⁰³

O Ministro Celso Mello do Supremo Tribunal Federal bem elucida a participação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais quando, em julgamento, aduz que:

se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciado de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.²⁰⁴

Assim, fica límpido que os excessos devem ser contidos, mas verificada a negligência ou omissão do Estado no seu mister constitucional, acarretando lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental à saúde, torna-se

²⁰³ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

²⁰⁴ ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04.

legítima e indispensável a atuação do Poder Judiciário, garantindo o direito dos cidadãos.

Cumpra acrescentar que os meios mais comuns utilizados para invocação do Poder Judiciário no sentido de fazer valer o direito fundamental à saúde, no que tange à prestação de serviços médicos, farmacêuticos e hospitalares são as ações de obrigação de fazer e, principalmente, mandados de segurança, este último utilizado em larga escala pelo fato da desnecessidade de pagamentos de custas judiciais, inexistência do risco de condenação aos ônus da sucumbência e celeridade do rito.

4.1 ALGUNS MEIOS UTILIZADOS PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, pela sua característica fundamental não pode esbarrar em empecilhos legais ou jurídicos. Desta forma, é cada vez mais patente na doutrina e na jurisprudência a concessão de tutelas antecipatórias, dispensas de licitações e outros meios necessários para efetividade do direito, de modo a prevenir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Tais dificuldades administrativas em relação ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos são inegáveis e é óbvio que a exigência, por exemplo, da realização de um processo licitatório torna-se um óbice ao cumprimento da ordem judicial. Entretanto, “não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.”²⁰⁵

Não pode o cidadão ver seu direito fundamental à saúde perecer diante de atos ou procedimentos burocráticos. Tais direitos têm valor inestimável e prevalecem sobre os demais, merecendo tratamento urgente e eficaz, no escopo de preservá-los.

²⁰⁵ GANDINI; BARIONE; ANDRÉ, op. cit.

Imagine-se o tratamento de uma enfermidade de alto risco à vida ter que aguardar o tramite e a finalização de um processo licitatório, ou o transcorrer de um processo judicial até o trânsito em julgado da decisão, passando por todos os graus recursais. É óbvio que a saúde não espera. Está circunscrita ao mundo da natureza, o do “ser”. E, havendo demora, o perecimento torna-se inevitável.

De conseqüência, está legitimado o Poder Judiciário a conceder medidas que garantam a eficácia dos serviços de saúde pública, por meio de ordens como a antecipação de tutela, dispensa de licitações, bloqueios de verbas públicas, entre outras.

4.2 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - DEVER DO ESTADO DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

Neste capítulo, no escopo de demonstrar o entendimento dos Tribunais a respeito da garantia do direito à saúde aos cidadãos, foram selecionadas algumas decisões, do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com fundamentos em decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente em relação aos votos do Ministro Celso de Mello, grande jurista e estudioso do direito fundamental à saúde, precursor de judiciosas e importantíssimas decisões sobre o tema. Tais julgados versam, conseqüentemente, a respeito da obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos e tratamentos médicos adequados, além das conseqüências do não cumprimento deste mister e algumas questões peculiares.

Vale salientar, de antemão, a que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 196 da Constituição da República é a mais ampla e irrestrita possível, tornando o direito por ele tutelado quase absoluto.

Seguem, adiante, algumas decisões que demonstram peculiaridades em relação ao tratamento jurídico conferido pelos Tribunais superiores brasileiros ao direito à saúde.

Num primeiro caso, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que demonstra com limpidez o reconhecimento da saúde como direito fundamental diretamente ligado ao direito à vida, constitucionalmente previsto nos artigos 5º, 6º e

196 da Constituição Federal. E, em virtude deste *status*, o direito à saúde deve ser garantido aos cidadãos, mesmo que para tanto o Estado necessite arcar com despesas de tratamento médico realizado no exterior, face à inexistência de recursos nacionais, como segue:

DIREITO FUNDAMENTAL – TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR – RISCO DE VIDA – ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS – GASTOS PARTICULARES – RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO – ADMISSIBILIDADE – "Administrativo. Tratamento médico no exterior. Transplante de medula óssea. Indicação médica. Urgência. Risco de vida. Esgotamento dos meios disponíveis no país. Solicitação de auxílio-financeiro. Silêncio da administração. Gastos particulares. Ressarcimento das despesas pelo Estado. Cabimento. Peculiaridades do caso. Art. 45 da Lei nº 3.807/60; art. 6º da Lei nº 6.439/77; arts. 58, § 2º, e 60 do Decreto nº 89.312/84. Ausência de violação à lei federal. Recurso Especial não conhecido. 1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa. 2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto nº 89.312/84. 3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte. 4. Recurso Especial não conhecido."²⁰⁶

Em outra decisão, proferida um recurso especial, pelo Ministro Teori Albino Zavascki do Superior Tribunal de Justiça, deixa estampada a possibilidade da concessão de antecipação de tutela para bloqueio de verbas públicas e aplicação de multa diária (astreintes)²⁰⁷, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do Código de Processo Civil, conforme abaixo se verifica:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, parágrafo 3º e 461, parágrafo 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. OFENSA AO ARTIGO 535. INOCORRÊNCIA. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. 1. Não podem ser conhecidas as contra-razões do recorrido, pois não contém a assinatura do procurador.

²⁰⁶ STJ – REsp 338.373 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJU 24.03.2003 – p. 194

²⁰⁷ Astreinte é a multa diária imposta por condenação judicial na obrigação de fazer ou na obrigação de não fazer, a fim de constranger o vencido a cumprir a sentença e evitar o retardamento em seu cumprimento.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, artigo 730 do CPC e CF, artigo 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente" (Precedente: Resp n.º 840.912, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 23/04/2007).

5. Recurso especial improvido.²⁰⁸

Nota-se também no julgado, que o Ministro relator ressalta a situação de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

O posicionamento dos tribunais brasileiros, inclusive do Supremo Tribunal Federal²⁰⁹, tem sido exatamente este, no sentido de garantir o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos necessários à saúde dos cidadãos, mesmo que para tanto sejam necessárias medidas um pouco mais drásticas, como o bloqueio de verbas públicas, antecipação de tutela²¹⁰, ou imposição de multa pecuniária²¹¹.

²⁰⁸ REsp 900.458/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 26.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 338.

²⁰⁹ RECURSO – EXTRAORDINÁRIO – INADMISSIBILIDADE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – DIREITO À SAÚDE – JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA – ART. 100, CAPUT E PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INAPLICABILIDADE – AUSÊNCIA DE RAZÕES NOVAS – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO – Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na corte. 2- Recurso. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, C.C Arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (STF – AgRg-RE 554.828-7 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 16.05.2008 – p. 84)

²¹⁰ DIREITO ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – TUTELA ANTECIPADA CONFIRMADA EM SENTENÇA – RECURSO

Em relação ao conflito de interesses entre a saúde e o Estado, salientou que “a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo”.

Seguindo a trilha do julgado supra mencionado, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE 393.175, de 01/02/2006, com extrema propriedade analisou a questão da responsabilidade do Estado no direito à saúde, merecendo destaque:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. 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 a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano

VOCACIONADO – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO – 1. O recurso vocacionado para fustigar a concessão de tutela antecipada deferida em sentença, é o agravo, pois, em que pese ser deferida naquele derradeiro ato jurisdicional, não põe fim ao processo 2. A saúde é direito inalienável e indisponível, sendo dever do Estado sua concretização. 3. A União é parte legítima para figurar nas ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos pelo SUS, nos termos do art. 196 da CF/88. 4. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF 4ª R. – AC 2004.72.00.002094-1 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Ligon – DJU 27.04.2005) JCF.196

²¹⁰ RMS 17.425/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.09.2004, DJ 22.11.2004 p. 293.

²¹¹ AGRAVO REGIMENTAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO – DEVER DO ESTADO, À INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 6º E 196 DA CARTA MAGNA – OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA – MULTA PECUNIÁRIA FIXADA DENTRO DO JUÍZO DA RAZOABILIDADE UTILIZADA COMO MEIO COERCITIVO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO, UNANIMEMENTE – 1. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, sendo dever do Estado assegurar a todos, indistintamente, o referido direito. 2. A comprovada necessidade do medicamento e a falta de condições de adquiri-lo, legitima o direito do autor em buscar a tutela jurisdicional, amparada pela norma constitucional (arts. 6º e 196), ante a omissão do Estado. 3. Diante da situação fática, a multa diária no valor de R\$ 500, 00 (quinhentos reais) mostra-se razoável, tendo como objetivo compelir o devedor a cumprir a obrigação imposta. (TJPE – AgrRg 96249-8/01 – Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres – DJPE 26.11.2003) JCF.6 JCF.196

institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, 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 irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas -preventivas e de recuperação-, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu artigo 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Poder Constituinte e Poder Popular', p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpra 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, artigo 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, 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.

Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN

GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

'PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 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 idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no artigo 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 constitucional inconseqüente, 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 irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 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.

De acordo com o raciocínio esposado pelo Ministro do STF, vale frisar

que:

em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sentido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Assim, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

Outro ponto de discussão judicial funda-se na responsabilidade de cada ente federativo (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela solidariedade, obrigando todos os entes políticos que compõe a estrutura federativa do Estado brasileiro a fornecer os serviços de saúde pública a quem quer que deles necessite.

A responsabilidade está prevista no artigo 196 da Constituição Federal, e quando se refere a Estado, sem nenhuma dúvida está fazendo menção a qualquer dos entes federativos. Prova disso é a normatização contida no artigo 23, II, da Constituição Federal, que trata de competência comum o cuidar da saúde e assistência pública. Conseqüentemente, qualquer legislação infraconstitucional que disponha em sentido contrário, elegendo um dos entes federativos como responsável, é normatividade ineficaz por desconforme com o texto constitucional, como se comprova pelo julgado adiante transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, parágrafo 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.
2. Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde.
3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Estado configurada.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.²¹²

Convém salientar que, como assevera a julgadora, é patente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico, conforme premissa contida no artigo 196 da Constituição Federal. Acrescenta que:

²¹² REsp 828.140/MT, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira turma, julgado em 20.03.2007, DJ 23.04.2007 p. 235.

considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 198, parágrafo 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que é solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população.

Engrandece a sua decisão, com outras, que lhes serviram de precedentes, as quais, por sua importância e relevância, merecem espaço neste trabalho, a saber:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. ARTS. 196 E 198, parágrafo 1º, DA CF/88.

I - É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

II - Recurso especial improvido. "

(REsp 773.657/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19.12.2005, p. 268)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, quaisquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

2. Recurso especial provido. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para a continuidade do julgamento."

(REsp 771.537/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.10.2005, p. 237)

"ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO OU CONGÊNERE. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.

(...)

2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva do Município para figurar em demanda judicial cuja pretensão é o fornecimento de prótese imprescindível à locomoção de pessoa carente, portadora de deficiência motora resultante de meningite bacteriana.

3. A Lei Federal n.º 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado.

4. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves.

5. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.

6. Recurso especial improvido."

(REsp 656.979/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.3.2005, p. 230)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ARTIGO 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA.

2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala).

3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (artigo 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.

5. Recurso especial desprovido."

(REsp 507.205/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.11.2003, p. 213)

Resta então pacificado que a obrigação de garantia do direito à saúde é do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios), visando assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu neste sentido, em julgamento²¹³ no qual o Ministro Marco Aurélio Mello concluiu pela responsabilidade linear da União, dos Estados e dos Municípios, em relação à obrigação de fornecimento gratuito de medicamentos. Outras decisões da Corte Maior também seguem a mesma linha²¹⁴.

Outro caso que interessa à discussão proposta no trabalho está refletida na controvérsia a respeito de possuir ou não o Secretário Estadual da Saúde legitimidade passiva *ad causam em* mandado de segurança que visa ao fornecimento de medicamento, como bem demonstra a decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionada:

²¹³ SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios". (RE 19592/RS)

²¹⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – SÚMULANº 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. 2. Incidência da SúmulaNº 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – AI-AgR 616551 – GO – 2ª T. – Rel. Min. Eros Grau – J. 23.10.2007)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ARTIGO 515, parágrafo 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.

1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento a hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica).

2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O artigo 515, parágrafo 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar a esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal.

Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância.

3. “Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do artigo 257, RISTJ e também em observância à regra do parágrafo 3º do artigo 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal” (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel.

Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumprindo o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.

8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.

9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

10. Recurso provido.²¹⁵

²¹⁵ RMS 23.184/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.02.2007, DJ 19.03.2007 p. 285.

É de se notar que em suas razões de decidir, o Ministro julgador baseou-se em parecer externado pelo Ministério Público Federal no mesmo processo, cujos termos transcrevem-se abaixo:

"Assiste razão à Recorrente".

O Estado é responsável pela promoção da saúde pública e pelo fornecimento gratuito de medicamentos à população carente, através da correta aplicação de verbas públicas e da adoção de políticas eficientes na prevenção e no combate a doenças.

Registro que o bem ora tutelado, saúde, que, nos termos da Constituição Federal de 1988, é obrigação do Estado promover, não pode ser afastado por questões meramente formais.

A responsabilidade solidária legitima tanto a União, os Estados-membros quanto os Municípios a figurarem no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso gratuito à medicação para pessoas hipossuficientes, e, nesse mesmo sentido, entendo que a demanda judicial para o cumprimento dessa obrigação comporta, a meu sentir, no polo passivo, o Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, autoridade a que está hierarquicamente subordinada a Coordenação da Política de Assistência Farmacêutica. "

O mencionado parecer ministerial continua sua fundamentação sobre bases muito sólidas e irretocáveis, pleiteando pela condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos a cidadão desprovido de condições financeiras para obtê-los de forma particular, cujo teor, sem qualquer dúvida, merece realce, como de fato segue:

"No caso em tela, o decisório objurgado entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento da AIDS, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.

Com propriedade está a motivação encartada na r. sentença, pelo que a transcrevo (fls. 41/43):

"O thema decidendum é repassado de sensibilidade e graveza: o direito à vida, o acesso à saúde, posta como dever do Estado. Diga-se, não se busca a cura para a moléstia que os Autores carregam consigo, "o mal do século" como dizem alguns, pois esta, infelizmente, a ciência ainda não logrou alcançá-la, mas, apenas, a esperança de um novo amanhã, uma vez que não há vida sem esperança, o que tonifica o dormir e acordar para o dia seguinte.

Os Autores são portadores do vírus HIV e, não somente portadores, mas vítimas da doença pelo mesmo acarretada, como segue comprovado pela documentação adunada (fls. 21 usque 71), não contrariada pelo Réu, necessitando do fornecimento de medicamentos receitados como forma de combater a progressão da doença, os quais não vêm tendo acesso devido a sua carência de recurso, bem com a instável entrega dos mesmos nos Postos de Saúde, com risco ao agravamento do quadro produzido pela doença e comprometimento de sua saúde.

A questão é posta ao prego dos dispositivos constitucionais que se consubstanciam nos arts. 5 e 196 da Carta Política (o direito ao sopro da preservação da vida).

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 a sua promoção, proteção e recuperação (Constituição Federal, artigo 196 e, Estadual, artigo 284).

Portanto, é dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. Tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata. A saúde é um direito assegurado constitucionalmente às pessoas, dado que inerente à vida, e o direito à vida é assegurado pela lei fundamental (artigo 5º, da CF), de aplicabilidade imediata ao teor do disposto no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A Carta Estadual, recepcionando a diretriz da Lei Maior (artigo 284, CF), respalda, de forma expressa, a pretensão dos Autores, ao dispor que: "A assistência farmacêutica faz parte da assistência global à saúde, e as ações a ela correspondentes devem ser integradas ao Sistema Único de Saúde, garantindo-se o direito de toda a população aos medicamentos básicos" (artigo 296, C.E.).

Demais disso, o artigo 3º, da Lei nº 9313/96, dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos, aos portadores de HIV e doentes de AIDS, atribuindo também ao Réu a responsabilidade por tais despesas. As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único. A Lei nº 9313/96, ao assegurar aos portadores do HIV, e doentes de AIDS, o direito de receber, gratuitamente, do SUS, toda a medicação necessária a seu tratamento, concede tom de efetividade ao texto constitucional.

Não há que se falar em ausência de previsão orçamentária, mero quadro organizatório, e de valor constitucional de somenos densidade em comparação com o direito à saúde, no dizer do ilustre Magistrado e Professor NAGIB SLAIBI FILHO, e tampouco em violação ao princípio da independência dos poderes, posto no dever que tem a autoridade judiciária de reparar uma lesão de direito (artigo 5º, XXXVI da C.F.).

A impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, artigo 196) e de dispensar assistência aos desamparados constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, enfraquecem e tomam por desmerecimento os obstáculos levantados pelo Estado do Rio de Janeiro.

Sobre o tema, na sonoridade do Alto Pretório do País, merece registro excerto do despacho da lavra do E. Ministro CELSO DE MELLO, na Medida Cautelar PETMC-1246/SC:

"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida."

Longe de caracterizar qualquer providência impeditiva por violação à vedação da realização de despesa sem previsão orçamentária e da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário na sua execução, o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da moléstia constitui o único meio capaz de salvar a vida, bem fundamental para onde deve ser direcionada a ação do Poder Público.

Ademais, ainda se esse direito não fosse acomodado numa regra escrita (non scriptum), estaria inata na morada da consciência dos que julgam (sed

nata), com fincas no direito natural: jus est arts boni et aequi (o direito é arte do bem e do justo).

Não vejo como possível limitar o fornecimento dos medicamentos ao rol constante da Portaria Ministerial (CONSENSO – fls. 141/143), posto que cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa avaliação, médica, ou seja, com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Se a combinação de medicamentos, pela autoridade da chancela médica que a prescreve, é o melhor para o tratamento de determinado paciente, não pode o fornecimento desses medicamentos ficar limitado ao convencionado pelo Ministério da Saúde.”

Ademais, a matéria em apreço encontra-se uniforme e pacífica no seio desta Corte Superior. Confira-se a reiterada jurisprudência sobre o tema, litteratim:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA FAZER SUBIR RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. AIDS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E MUNICÍPIO. DECISÃO UNA DE RELATOR. ARTIGO 557, DO CPC, E ARTIGO 38, DA LEI Nº 8.038/90. PRECEDENTES.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial ajuizado, negando-lhe, assim, provimento.

2. São responsáveis, solidariamente, o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doentes de AIDS e portadores do vírus HIV.

3. Desde a nova sistemática inserida no Código de Processo Civil, em seu artigo 557, através da Lei nº 9.139, de 30/11/95, passando pela recente Lei nº 9.756, de 17/12/98, assim como o comando expresso no artigo 38, da Lei nº 8.038/90 (Lei dos Recursos no STF e STJ), assegurou-se ao relator o condão de negar “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

4. Este comando tem aplicação, unicamente, quando a matéria discutida estiver sumulada ou a jurisprudência predominantemente reiterada nos órgãos colegiados, mesmo existindo desarmonia isolada, no seio do respectivo Tribunal, do Colendo STF e nos Tribunais Superiores. Precedentes.

5. Teses desenvolvidas pelo agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

6. Agravo regimental improvido.”

(AgReg no AG nº 253938/RS, 1ª Turma, deste Relator, DJ de 28/02/2000)

“AGRAVO REGIMENTAL - MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO.

- Pode o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

- Agravo improvido.”

(AgReg no AG nº 246642/RS, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 16/11/1999)

O eminente Ministro Garcia Vieira, nas razões desenvolvidas que gerou a ementa acima reproduzida, assim se pronunciou:

“O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE agrava-se do respeitável despacho de fls. 17/20, que não admitiu o processamento do Recurso Especial, ao entendimento de que:

'Nesta via, o Município-recorrente alega ofensa, pelo v. acórdão recorrido, do disposto na Lei Federal nº 9.313/96, afirmando que inexistente solidariedade entre Estado e Município, no tocante ao fornecimento de recursos para a implementação da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, pois não existe, ainda,

regulamentação da matéria, conforme preceituado na parte final do artigo 2º da referida lei.

A não existência da respectiva regulamentação não faz com que desapareça o direito preconizado na lei em tela. Este direito é que vem, de acordo com preceitos constitucionais ali previstos, e a necessidade da regulamentação é um momento posterior ao estabelecimento abstrato deste direito.

Portanto, ao acolher o direito pleiteado, a v. decisão recorrida, de acordo com seus fundamentos, não reconhece a desnecessidade de regulamentação, mas entende necessário o atendimento, por parte do Estado e do Município, das despesas decorrentes do fornecimento de medicamentos aos carentes, em face das circunstâncias apresentadas.

Tal entendimento se resume na assertiva posta por decisões a respeito proferidas por este Tribunal, no sentido de que 'não poderia previsão regulamentar restringir o âmbito de cobertura claramente posta na lei regulamentada'.

Ademais, a v. decisão debatida reconhece a concomitância da responsabilidade sobre a distribuição de medicamentos entre o Estado e o Município, de maneira paralela (ver artigo 2º, da Lei 9.313/96), e não excludente, afastando, assim, a tese defendida pelo Município de ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação, questão, inclusive, repelida pela sentença monocrática.

Conclui-se, desta forma, pela inadmissão do recurso especial manejado pelo Município de Porto Alegre" (fls. 18/19).'

Dessa forma, tenho por incensurável o v. aresto guerreado.

A decisão ora estudada é umas das mais bem fundamentadas do Superior Tribunal de Justiça, mencionando diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais sempre no objetivo de justificar a responsabilidade do Estado em relação ao dever de garantir o direito à saúde de seus cidadãos. Ademais, sedimenta a responsabilidade solidária dos entes federativos (União, Estados e Municípios) e confirma a possibilidade de responsabilização do secretário de saúde, no caso de descumprimento do impositivo judicial.

Para ilustrar, é de bom alvitre ressaltar que no Estado do Paraná, com os mesmos objetivos, o Ministério Público estadual já chegou à medida extrema de requer a prisão do secretário de saúde estadual, pelo descumprimento de ordem judicial que determinava o fornecimento de medicamentos. A questão não chegou a ser decidida pelo fato de ter havido conciliação entre as partes envolvidas no processo. Não obstante, de uma forma ou de outra o direito fundamental da saúde do cidadão foi devidamente atendido.

Finalmente, destaca-se acórdão que reflete interessante discussão a respeito do princípio da "reserva do possível":

ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.

1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.
2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (artigo 5º, caput) e à saúde (artigo 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (artigo 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (artigo 194, parágrafo único, I).
3. A Carta Magna também dispõe 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" (artigo 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (artigo 198).
4. In casu, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.
5. Recurso provido.²¹⁶

Neste caso, em decisão de segundo grau o Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou que "não se pode fazer todo tipo de exigência ao Estado, no que tange ao custeio de remédios e tratamentos médicos caros e/ou complicados" e como o Sistema Único de Saúde já fornece gratuitamente outro medicamento indicado para o tratamento, com valor bem abaixo daquele pretendido, não há como compelir o Estado a pagar mais para obter o mesmo efeito.

Entretanto, de acordo com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reformou a decisão do Tribunal de Justiça mineiro:

o direito à percepção de tais medicamentos decorre primeiramente do direito à vida, garantido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual o Estado deve zelar. Também é garantido o direito à saúde (artigo 6º), sendo de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o cuidado com ela (artigo 23, inciso II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a 'universalidade da cobertura e do atendimento', (artigo 194, parágrafo único, inciso I).

Acrescenta ainda a fundamentação da decisão, que de acordo com o artigo 196 da Constituição, "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

²¹⁶ RMS 17.425/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.09.2004, DJ 22.11.2004 p. 293.

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Por sua vez o artigo 198 da Carta Magna dispõe que o atendimento deve ser integral, consubstanciando-se, desta forma, numa diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde. Em decorrência disso, torna-se inconcebível a recusa do fornecimento gratuito de remédio a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as despesas com medicamentos necessários ao seu tratamento.

A obrigação de prestar a medicação pretendida pelo cidadão só poderia ser excluído se o Estado comprovasse documentalmente que fornece outro medicamento exatamente com a mesma finalidade e com a mesma eficácia. Desta decisão ainda é possível deduzir que se houver mais de um medicamento indicado a determinado tipo de patologia, o dever do Estado é de fornecer aquele mais eficaz, independentemente da disponibilidade ou do preço, como forma de cumprir o seu dever constitucional de prestação integral do direito à saúde de seus cidadãos.

Nesta linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inaplicabilidade do princípio da reserva do possível, sob a concepção de que a prestação material de serviços públicos pelo Estado não é inerente à disponibilidade de recursos orçamentários, de modo que se deve tratar a todos, e, não sendo suficientes os recursos, estes devem ser retirados de outras áreas, como transporte, serviço de dívida.

4.3 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

Para melhor elucidar a matéria no presente tópico, foram selecionadas algumas decisões judiciais que demonstram principalmente o entendimento dos Tribunais Superiores brasileiros a respeito da responsabilidade do Estado por danos causados aos cidadãos por ausência ou falha na prestação do serviço público de saúde.

A primeira situação se refere à ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face do Estado, sob alegação de ser o autor portador de insuficiência renal crônica e que após ser submetido a transplante renal necessitava de determinada medicação com a finalidade de evitar a rejeição do órgão transplantado. Não obstante decisão liminar em mandado de segurança impetrado para conseguir os medicamentos, o réu não cumpriu plenamente a ordem judicial, deixando de fornecer todos os remédios necessários, o que o levou o paciente a perder o órgão transplantado, retornando à hemodiálise-regular, como segue:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REJEIÇÃO DE RIM TRANSPLANTADO. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.

1. Consignado pelo acórdão recorrido que o Estado do Rio de Janeiro fora compelido, por decisão judicial, a fornecer ao recorrido a medicação necessária para evitar a rejeição do rim transplantado, restou inequívoca a sua legitimidade ad causam passiva para a ação indenizatória, porquanto, sponte sua estagnou o fornecimento a que restara obrigado judicialmente, ocasionando o ilícito in foco.

2. Destarte, instado a cumprir a decisão judicial, a sua omissão configurou inequívoca responsabilidade em face da rejeição do órgão transplantado, ante a ausência do medicamento.

3. Deveras, restou assente na instância local que: "A saúde pública é um serviço de competência comum a todas as esferas da Federação e para a sua melhor execução foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual o Hospital Universitário Pedro Ernesto é participante. A alegação de que o referido hospital possui personalidade jurídica distinta da do Estado, não afasta legitimidade do Embargante, uma vez que aquele atua como longa manus deste na distribuição da saúde. Além disto, o que se discute neste feito é a responsabilidade pelo não fornecimento de medicamento necessário para evitar a rejeição de órgão transplantado, obrigação única e exclusiva do ente público e não do Hospital Pedro Ernesto."

4. Outrossim, "o laudo pericial de fls. 541 usque 544 é conclusivo quanto ao nexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado."

5. Desta sorte, "não há como se amparar a tese de que o dano decorreu exclusivamente dos riscos da complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação 'sandimum' e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão".

6. Assentando o aresto recorrido o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO.

7. Recurso Especial desprovido.²¹⁷

²¹⁷ Resp 686208 / RJ ; Recurso Especial 2004/0112790-9. Relator(A) Ministro Luiz Fux (1122). Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Data Do Julgamento 16/06/2005. Data Da Publicação/Fonte DJ 01.07.2005 P. 414. LEXSTJ Vol. 192, p. 177

Como se nota, a decisão reconheceu a responsabilidade do Estado, embasada no artigo 196 da Constituição da República, que disciplina que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Para cumprir este dever constitucional, criou-se o SUS - Sistema Único de Saúde, previsto no artigo 200 da Constituição Federal, que funciona através de ações e serviços em todas as esferas de atuação do Poder Público, quais sejam, federal, estadual e municipal. Esta norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 8080/90, cujo artigo 6º prevê a atuação dos órgãos vinculados ao SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Assim, inegável a legitimidade do Estado para responder pelas conseqüências suportadas pelo cidadão lesado, pois o descumprimento do seu dever legal levou a perda do enxerto transplantado, causando severo dano à saúde do cidadão.

O acórdão ressaltou que:

os doentes devem receber gratuitamente do SUS a medicação própria a seu tratamento, como dispõe a Lei 9.313/96, e o fornecimento dos remédios jamais pode ser limitado ou padronizado, sendo suficiente para a caracterização do seu dever a prescrição do medicamento pelo médico responsável pelo tratamento do paciente.

Destaca-se também, em nova discussão judicial, uma situação de falha no serviço público de saúde, que acarreta acidente e, conseqüentemente, danos pessoais a cidadão. O dever de indenizar se impõe, pois é de responsabilidade do Estado a obrigação de dever de zelar por aqueles que se encontram, por qualquer motivo, em estabelecimento público. Segue o julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. FILHO MENOR INTERNADO EM ESTABELECIMENTO MANTIDO PELO ESTADO. LESÕES GRAVES. CULPA CARACTERIZADA. NECESSIDADE DA COMPLEMENTAÇÃO DO TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7, DO S.T.J., AFASTADA. CONHECIMENTO DO RECURSO.

O acidente sofrido por menor impúbere quando brincava no estabelecimento mantido pelo Estado, que freqüentava, gera a obrigação de reparar o dano. Age culposamente quem, pela negligência no seu dever de vigilância, causou prejuízo à saúde da vítima, que, embora atendida de imediato, necessita de tratamento complementar. Como forma de indenização, a pensão mensal requerida satisfaz a pretensão manifestada. Afasta-se, no caso concreto, o reexame de provas, vedado pela Súmula nº 07, do S.T.J., que não deve ser aplicada com extremo rigor, nas

circunstâncias do processo, examinando-se os elementos existentes, para se conhecer do recurso nobre. Voto vencido.²¹⁸

Desta forma, a omissão que causa danos, gera a responsabilidade e a obrigação de indenizar. A discussão a respeito de ser a responsabilidade objetiva ou subjetiva em caso de omissão será analisada nos comentários ao próximo julgado.

Finalmente, em uma última situação, o Estado foi condenado ao pagamento de indenização pela morte de seu filho que, portador de doença mental, foi internado num hospital psiquiátrico público e, por conta da falta de vigilância ostensiva e cautelas necessárias, fugiu do hospital, cometendo suicídio logo depois:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (artigo 37, parágrafo 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.
2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
5. Incidência de indenização por danos morais.
6. Recurso especial provido.²¹⁹

Trata-se obviamente de caso de má prestação no serviço público de saúde. A julgadora salientou que a teoria predominante na doutrina moderna é a objetiva, tendo sido acolhida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Na responsabilidade objetiva, há sempre o dever de indenizar pela só verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, não dependendo do exame do elemento subjetivo por parte dos prepostos estatais.

Acrescentou que a única hipótese de afastar-se a responsabilidade objetiva é o Estado provar que o fato danoso ocorreu por culpa da vítima ou por

²¹⁸ REsp 143546 / PI ; Recurso Especial 1997/0056109-7. Relator Min. Helio Mosimann (1093). Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 16/03/1999. Data da Publicação/Fonte DJ 31.05.1999 p. 116. JSTJ vol. 7 p. 214. LEXSTJ vol. 123 p. 229. RSTJ vol. 124 p. 223. RT vol. 768, p. 184.

²¹⁹ REsp 602102 / RS ; Recurso Especial 2003/0192193-2. Relatora Ministra Eliana Calmon (1114). Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 06/04/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 21.02.2005 p. 146; LEXSTJ vol. 187 p. 166; RNDJ vol. 65 p. 127; RT vol. 836, p. 151.

caso fortuito ou força maior. Não obstante, no que toca especificamente à responsabilidade do Estado por omissão, a própria doutrina diverge em relação a qual das teorias deve ser observada, se a objetiva ou a subjetiva, aparentemente relativizando e temperando o rigor da primeira.

Segundo a Excelentíssima Ministra:

se há ação causadora de dano, não há dúvida de que temos a responsabilidade objetiva, ou seja, a vítima de uma ação estatal deve ser objetivamente ressarcida, muito embora, no exame do nexos de causalidade, seja necessária, muitas vezes, incursão no aspecto subjetivo do preposto estatal.

A questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, ou seja, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficiente.

A única ressalva é relativa ao fato de que se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade. Entretanto, no caso em tela, a ineficiência da prestação do serviço estatal é evidente, permitindo que paciente cometesse suicídio, tendo como consequência a configuração da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

5. CONCLUSÃO

De acordo com os estudos apresentados no presente trabalho, pode-se concluir que a saúde é direito fundamental constitucionalmente garantido, com efeito *erga omnes*, de forma que qualquer pessoa está legitimada a exigir, administrativa ou judicialmente, do Estado a efetivação deste direito fundamental social e de aplicabilidade imediata.

Saliente-se, entretanto, que o direito à saúde deve ser entendido como um direito de justiça social e, não como um poder individual absoluto e ilimitado exercido contra o Estado, essencial para uma vida digna e indissociável do direito à vida.

Compete ao Estado a garantia do direito fundamental à saúde, utilizando-se de medidas suficientes e adequadas para curar e prevenir doenças, além de modificar o sistema social mediante políticas sociais e econômicas, com a finalidade de elevar cada vez mais a qualidade de vida das pessoas.

A efetivação do direito à saúde pelo Estado se dá por intermédio do SUS – Sistema Único de Saúde, órgão este que é descentralizado, com competências distintas e direções únicas em cada esfera de governo, com a obrigação de promover atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, sempre com a participação da comunidade.

Entretanto, a prestação dos serviços de saúde pública padece de deficiências que afetam diretamente a qualidade de vida das pessoas. A insuficiência tanto qualitativa quanto quantitativa provém, principalmente, das más gestões públicas, as quais deixam de realizar a aplicação dos recursos necessários e não destinam a devida importância que merece um direito de tão alta relevância.

Faltam medicamentos e tratamentos médico-ambulatoriais adequados. Os hospitais públicos são em número insuficiente. Os profissionais da área médica seguem o mesmo destino. Da mesma forma, pessoas doentes sem condições

financeiras para custear tratamentos particulares ou através de planos de saúde, são obrigadas a aguardar atendimento em filas intermináveis, permanecer internadas em corredores de hospitais e postos de saúde, em meio às mais variadas possibilidades de infecções entre outros riscos.

Só quem já passou ao lado de uma pessoa sofrendo por conta de enfermidade e “alocada” em uma maca disposta em corredores de unidades hospitalares pode tentar imaginar o tamanho da degradação moral pela qual aquela infeliz está sendo submetida.

Obviamente que a saúde não pode esperar. Sem saúde não há dignidade humana, não há vida.

Em conseqüência, o SUS é obrigado a prover a população com medicamentos e tratamentos médicos, levando-se em consideração a equidade, a qualidade e a efetividade como suporte das ações de prevenção, diagnóstico, tratamento e recuperação da saúde.

Esse mister é exercido pelo SUS por meio de uma política nacional de medicamentos, que apontam para os rumos e as linhas estratégicas de sua atuação, estruturadas na regulação sanitária, farmacêutica e assistência farmacêutica, sendo que esta última obedece à diretrizes dentre as quais se destacam a adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME, a regulamentação sanitária de medicamentos, a reorientação da assistência farmacêutica e a promoção do uso racional de medicamentos.

Muitas vezes o medicamento necessário não está incluso na Relação de Medicamentos Essenciais - RENAME ou não possui o devido registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. E quando casos como estes ocorrerem, o SUS simplesmente nega o fornecimento ao paciente, independentemente da situação em que se encontra.

Outra questão que deve ser lembrada é a relativa aos protocolos clínicos, os quais têm a finalidade de, ao instituir claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, determinar o tratamento adequado por meio dos

medicamentos disponíveis, mediante a identificação, prevenção e resolução de problemas relacionados a medicamentos potenciais e reais.

Assim, quando o medicamento ou tratamento não está previsto nos protocolos clínicos, também, provavelmente, terá seu fornecimento negado, sob a argumentação de o orçamento da saúde pública é restrito, e inviável quanto a despendere recursos públicos na compra de medicamentos com eficácia ainda não comprovada.

Obviamente que este entendimento não poderia prevalecer, pois o direito fundamental à saúde precede a qualquer outra argumentação no sentido de negar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, de forma que compete ao Estado o custeio de medicação mesmo “não-oficial”, desde que demonstrado documentalmente que ela é essencial para a vida e saúde do paciente. De conseqüência, é irrelevante que não haja previsão deste medicamento específico nos referidos protocolos clínicos.

O princípio da reserva do possível refere-se à disponibilidade de recursos materiais para cumprimento de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica. Por vezes tem encontrado adeptos, mas a maioria dos entendimentos doutrinários e jurisprudências curvam-se diante do princípio do mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso, nos parâmetros da necessidade/capacidade.

Por sua vez, o princípio do mínimo existencial está atrelado ao princípio da dignidade humana e garante que a reserva do possível somente deve ser acolhida se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, considerando-se principalmente o fato que a saúde é direito fundamental e a situação financeira do Estado não o é.

De conseqüência, quando violado o direito à saúde, outro caminho não há ao cidadão senão a busca da intervenção do Poder Judiciário, fazendo valer a aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais e garantindo a realização das medidas necessárias à assistência farmacêutica e médica necessária.

E o Poder Judiciário vem cumprindo o seu papel, determinando a realização de medidas pelo Estado no sentido de proporcionar tratamentos médico-hospitalares, além do fornecimento de medicamentos às pessoas que deles necessitam, mesmo que para isso seja necessário desconsiderar o RENAME, os protocolos médicos e o princípio da reserva do possível, além dos trâmites burocráticos próprios dos Órgãos Públicos como, por exemplo, o processo licitatório.

A jurisprudência demonstra claramente o entendimento acima esposado, sempre no escopo de garantir a efetivação do direito fundamental à saúde.

No que tange à responsabilidade civil do Estado pela ineficiência dos serviços de saúde pública, é possível deduzir que ocorrendo a prestação não satisfatória do serviço de saúde pública, da qual derive um dano, surge a responsabilidade estatal.

De tal responsabilidade advém o dever de ressarcir o cidadão lesado em virtude da ausência ou da falha no serviço de saúde, através reparação do dano ou de seu ressarcimento, mediante quantum indenizatório, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência mais atual de nosso país.

Conseqüentemente, como positiva o entendimento jurisprudencial citado, cada cidadão tem em mãos meios próprios de garantir o seu direito à prestação de um serviço de saúde pública digno e realmente eficaz, fazendo valer os ditames da Constituição Federal brasileira e as regras universais de direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO, Francisco Caramuru. *Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e prontos-socorros*. in *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALEXANDRINO, M. & Paulo, V. *Direito administrativo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ALVIM, Arruda et.al. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Dialética, 1997.

ANDRADE, Lédio Rosa. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARAUJO, Edmir Netto. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981.

ARAÚJO, Marcos. *Responsabilidade civil do Estado*. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Juxta Legem – CEJUSTA - http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Responsabilidade_Civil_do_Estado.php. Acesso em 29/01/2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIS, Araken de. Coordenador. Álvaro Vinícius Paranhos Severo, Ana Laura González Poittevin, Artur da Fonseca Alvim, Carlos Alberto Molinaro, Eduardo

Chemale Selistre Pena, Fabiano Holz Beserra, Faustino da Rosa Júnior, Felipe J. Lerrer, Flávia do Canto Pereira, Guilherme Beux Nassif Azem, Helenira Bachi Coelho, Luiz Gustavo Lovato, Mariângela Guerreiro ilhoranza, Simone Daudt, Vanessa Casarin Schütz e Vivian Rigo. Colaboradores. *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999;

_____. TAVARES, André Ramos. *O princípio da Proporcionalidade*. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. Boletim da faculdade de direito, estudos em homenagem ao professor doutor Ferrer Correia*. Coimbra, Número Especial, Vol. III, 1991;

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Edit

_____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991;

_____. MOREIRA, Vital. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª. Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001;

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Almedina, Coimbra.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1993, *apud* SKRELL, Andréas J. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000;

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Lízia de Pedro. *Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em 30/01/2007.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Controle de constitucionalidade e democracia*. In: MAUÉS, Antônio Geraldo Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à Constituição –1988*. v. VIII. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Teoria da Constituição*. Vol.II, Direito Humanos e Direitos Fundamentais, Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª Ed. vol.1. 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7.º volume. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESCUADERO, Camila, BARTIÈ, Elisa. *OMS fecha acordo para quebra de patentes de remédios*. Disponível em: <http://cienciaesaude.uol.com.br>. Acesso em 25/06/2008.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público*, RDA – Revista de Direito Administrativo 11/45. São Paulo: Atlas.

FARIA, José Eduardo. *Introdução : O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*. FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994;

_____. *As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais*. FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994;

_____. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª. ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005;

_____. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992;

_____. *A cultura dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde- parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Proteção e garantia dos direitos humanos: alguns aspectos da atuação do Ministério Público do Mato Grosso: Tribunal Regional Federal da 1ª. região*. Disponível em: WWW.URL:http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/proteção_e_garantia.htm Acesso em 27/12/2007.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALLI, Maria Beatriz. *Análise da Eficácia Jurídica dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica-RJ. Disponível na internet em WWW.URL.<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev12maria.html>. Acesso em 01/12/2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira e Souza, ANDRÉ Evangelista de. *A efetivação do direito à saúde e à assistência farmacêutica mediante intervenção do Poder Judiciário: critérios*. <http://jusvi.com/artigos/32344>. Acesso em 13/11/2007.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Site do curso de direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/resp-estado-omissiva.htm>>. Acesso em 29/01/2007.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais – a busca de uma exegese emancipatória*. Curitiba, 1989. Monografia (para disciplina Direito Constitucional Positivo, do Curso de Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná *apud* MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo : Max Limonad, 2001;

GIOSTRI, Hildegard Taggessel. *O erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2ª. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2004;

_____. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil doutrina e jurisprudência*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUILHERMER, Gabriela Calixto. *O direito do trabalho, a constituição federal principiológica e a inclusão social*. Disponível em www.direitonet.com.br. Acesso em 10/06/2008.

HOBBSAWN, Eric J. *Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária*. Tradução Waldea Barcellos e Sandra Bedan. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HUMENHUK, Hewanston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em 12/10/2007.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KIST, Dário José. *O Estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 80, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm> Acesso em 10/04/2007.

KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEONETTI, Carlos Araújo. *Natureza vinculante das normas programáticas*. Dobrowolski, Sílvio (org.). *A Constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Emergência dos direitos econômicos sociais e culturais no Brasil*. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. Disponível na internet em WWW.URL:<http://www.social.org.br/Relatorios/artigos%202000/direitos%20economicos.htm>. Acesso em 27/12/2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social do Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol..IV – Direitos Fundamentais, 3ª. ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 1.º volume. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo, Max Limonad, 2001.

MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito à saúde e tutela antecipada*. Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Disponível em na internet em WWW.URL:http://www.idisa.org.br/lista_tit_not.cfm?id_subass=195. Acesso em 30/12/2007.

MUYLAERT, Sérgio. *Direitos fundamentais e políticas públicas: o Estado da arte*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. Disponível na internet via WWW.URL:
<http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev12sergio.html> Acesso em 27/12/2007.

NASCIMENTO, Karina. *A quebra de patentes e o papel do Brasil*. Disponível em: <http://www.hebron.com.br/Revista/n32/materia3.htm>. Acesso em 24. jun.2008.

NINIO, Marcelo. *OMS reconhece direito à quebra de patente*. Folha de São Paulo. <http://www.advsauade.com.br>. Acesso em 26/06/2008.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Florença Dumont. *Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos*. Disponível em: www.jus2uol.com.br. Acesso em 20/06/2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Diritti sociali: origini e concetto*. *Sociologia Del Diritto*, v.28, n.1, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. *O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais*. São Paulo: Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo, Marques Advocacia. Disponível na internet em WWW.URL:[http://www.manesco.com.br/artigos/ o papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais.doc](http://www.manesco.com.br/artigos/o_papel_do_poder_judiciario_na_efetividade_dos_direitos_fundamentais.doc) Acesso em 23/01/2002.

PESSOA JORGE, Fernando de Sany Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. Disponível em: www.saude.gov.br. Acesso em 24/06/2008.

PIOLA, Sérgio Francisco. *Perspectivas da descentralização na saúde pública*. Disponível em: http://www.socialwatch.org/es/informelmpreso/pdfs/panorbrasileiroc2002_bra.pdf. Acesso em 20/04/2008.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *Respostas jurídicas frente à epidemia de Hiv/Aids*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região-EMAGIS. Artigo publicado em 30/06/2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 1. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000;
_____. *Direito civil*. 19 Volume. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 8ª ed., 2007;

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 5ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2007;

_____. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998;

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1992.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2004.

_____. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2001.

SÓFOCLES; 496a.C. – 406a.C. *Antígona*. Trad. Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão dos direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

STERN, Klaus. *O Juiz e a aplicação do direito*. In : GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2001.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado: A função de controle como essencial*. In : BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

TAVARES, Paulo César Vieira. *A saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área*

dos medicamentos excepcionais. Disponível em:
<<http://www.mp.pr.gov.br/eventos/05paulo.doc>. Acesso em 28/12/2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro, tributário*. Vol.III, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: pra compreender o mundo de hoje*. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ : Vozes, 2006.

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5ª Ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Responsabilidade civil do Estado*. RILEG nº. 96. 1987.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Volume IV. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.