

GISELLE NORI BARROS

**O DEVER DO ESTADO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Mestrado em Direito

PUC/SP
SÃO PAULO
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GISELLE NORI BARROS

**O DEVER DO ESTADO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo, sob orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

PUC/SP
SÃO PAULO
2006

Banca Examinadora

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos.

São Paulo,

*Ao meu sobrinho e afilhado GABRIEL,
fonte de energia que alimenta a vontade
do conhecimento e descobrimento
e por toda a alegria que trouxe aos meus dias.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, SONIA MARIA PEREZ NORI e PAULO NORI, pelo incentivo e exemplo de sabedoria, solidariedade, compreensão, honestidade e fé. Às minhas irmãs GISLAINE e GRAZIELLE e cunhados, pelo prazer da convivência. Aos meus tios, pelo carinho e preocupação. À pequenina LETÍCIA, pelas inúmeras alegrias.

Ao meu marido WLADIMIR RIBEIRO DE BARROS, pelo amor incondicional, carinho e exemplo de luta e superação de qualquer obstáculo sempre com otimismo.

Ao Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, pelo contagiante sentimento de justiça e dedicação ao Direito, a quem apresento minha eterna admiração. À Professora DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, pelo crédito, incentivo e serenidade na transmissão do conhecimento. Ao Professor JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA e aos meus colegas do curso, pela grande contribuição às reflexões de Direito Público. Aos Professores CELSO FERNANDES CAMPILONGO, LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, GERALDO ATALIBA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARIA HELENA DINIZ, MARIA RITA FERRAGUT, SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA e LAIS HELENA DOMINGUES DE CASTRO, pela contribuição na minha formação acadêmica na busca dos ideais de justiça.

Aos meus queridos amigos, em especial àqueles que compartilharam as minhas aflições e dificuldades nessa árdua tarefa de aprender, especialmente aos estagiários pela profundidade nas nossas discussões jurídicas diárias.

Aos médicos doutores JOSÉ RODRIGUES PEREIRA, CARLOS JOGI IMAEDA, DIANA T. AKIKUBO, FLORA K. IKARI, SUELI M. NIKAEDO, MARILISA CICERELLI, MARIA BERNADETE BARROS SILVA e JOSÉ ROBERTO ALDRIGHI, pelo exemplo de dedicação incansável à manutenção da dignidade da vida humana.

“Quando o povo ou o governo obedecem à lei,
estão: o primeiro obedecendo a si mesmo,
e o segundo ao primeiro.”

GERALDO ATALIBA

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.”

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

RESUMO

A evolução do homem propiciou o convívio em sociedade e para que isso se realizasse de forma plena foram estabelecidas regras de conduta para atingir o bem-estar físico e mental e social do indivíduo. Esse indivíduo, como parte integrante da sociedade, estruturou-se e editou normas para resguardar seus valores. Assim, o homem declarou os direitos fundamentais, direitos sociais e consolidou o direito à vida e à saúde. Organizou-se em nível mundial para proteger a saúde, primeiramente com a Organização Pan-Americana de Saúde, criada em 1902, que integrou a OMS em 1948, e, posteriormente, por intermédio da maioria das Constituições dos cento e noventa e três países integrantes dessa instituição.

Nessa linha caminhou a Constituição Federal brasileira de 1988, que atribuiu ao Estado a promoção, preservação e a recuperação da saúde, visando o bem-estar físico, mental e social do indivíduo e consagrou princípios que devem informar o direito à saúde, para o respeito à dignidade da vida humana, com a integralidade, universalidade e equidade. Previu para a implementação dessas diretrizes o Sistema Único de Saúde, que foi instituído pela Lei 8.080, de 19.09.1990, também denominada “Lei Orgânica da Saúde” e, posteriormente, a Lei 8.142, de 28.12.1990, dispôs sobre a participação da comunidade na gestão e na transferência de recursos financeiros.

Cabe, pois, ao administrador público cumprir essa complexa tarefa mediante a prestação de serviço público de saúde à população. Neste ponto, apresenta-se como polêmica a questão da inclusão da assistência farmacêutica e o fornecimento de medicamentos aos administrados. Tal análise constitui o objeto central do presente trabalho.

Palavras-chave: Saúde. Medicamento. Controle.

ABSTRACT

The evolution of mankind enabled social coexistence and rules were settled in order to fully accomplish this, so that the individual would reach a physical, mental and social well being.

That individual, as integrant part of society, set up and edited norms to guard his values. Therefore individuals declared the fundamental rights, the social rights, and consolidated the right to life and health. Mankind assembled on a worldwide level to protect health, at first with the Pan-American Health Organization, founded in 1902, which integrated the World Health Organization in 1948 and, further, by means of the majority of the Constitutions of the one hundred and ninety three countries that integrate this institution.

On this path followed the Brazilian Federal Constitution of 1988, which attributed to the State the promotion, preservation and recovery of health, aiming at the individual's physical, mental and social well being, and consecrated principles that must enlighten the right to health, for the respect to life dignity, with integrality, universality and equity. For the implementation of these guidelines it foresaw the "Sistema Único de Saúde" (Unique Health System), established by Law 8.080, dated 19.09.1990, also called Organic Health Law and, further, the Law 8.142, dated 28.12.1990, regulated the participation of the community in the management and transfer of financial resources.

Thus, it's the public administrator role to fulfill this complex assignment, by providing the health public service to the population. At this point, the issue evolving the inclusion of pharmacy assistance and remedy supply to the assisted is controversial. Such analysis constitutes the focus of the present work.

Keywords: Health. Remedy. Control.

	2.3.1.2.10 Princípio da ressarcibilidade ao SUS	108
	2.3.1.2.11 Princípio da prevenção e precaução	110
	2.3.1.2.12 Princípios gerais	110
	2.3.1.2.13 Princípio do não-retrocesso	110
	2.3.2 Recursos para financiamento do SUS.....	112
	2.3.2.1 Vinculação dos recursos – EC 29/2000	122
3.	O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	126
3.1	A assistência farmacêutica e a atenção à saúde	126
	3.1.1 Medicamento: insumo essencial da assistência farmacêutica	130
	3.1.2 Agência Nacional de Vigilância Sanitária	133
	3.1.3 Categorias de medicamentos e suas características	135
3.2	Fornecimento de medicamentos pelo Estado	139
	3.2.1 Políticas públicas.....	139
	3.2.2 Políticas públicas de saúde	141
	3.2.3 Política Nacional de Medicamentos.....	142
	3.2.3.1 Lista de medicamentos	146
	3.2.4 Reserva do possível.....	147
3.3	Competência discricionária	162
	3.3.1 Atos discricionários e vinculados.....	166
3.4	O usuário do serviço público	172
	3.4.1 Direito subjetivo do usuário ao recebimento do medicamento.....	174
4.	O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	179
	4.1 O papel da sociedade	179
	4.2 O papel do Ministério Público.....	184
	4.3 O papel do Poder Judiciário	190
	CONCLUSÃO.....	204
	BIBLIOGRAFIA	208

PARTE I

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

INTRODUÇÃO

É de longa data a preocupação com a saúde, que é imprescindível à vida e à dignidade de todo ser humano. O presente trabalho contextualiza a saúde como direito fundamental do indivíduo e aponta como é tratada no direito internacional.

O Brasil, país integrante da Organização Mundial da Saúde, na Constituição Federal de 1988 assegurou aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais e, dentre eles, o direito à saúde. Com esse objetivo foi estabelecido o Sistema Único de Saúde com o federalismo cooperativo, para que o cidadão tenha atendimento, independentemente de contribuição, com acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

O direito à saúde é para todos, diferentemente do direito à previdência social, que ocorre para aqueles que contribuem, e do direito à assistência social, que é efetivada para aqueles que necessitam.

O Sistema Único de Saúde, devidamente estruturado no País, necessita de aperfeiçoamento, especialmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos, em face das garantias que foram asseguradas aos cidadãos na Constituição Federal de 1988, tanto as decorrentes de redação original quanto pelas alterações promovidas pela EC 29, de 2000.

É inequívoco que, quaisquer que sejam as políticas públicas adotadas para o fornecimento de medicamentos, é imprescindível a verticalização dos estudos dos institutos que servem de fundamento para essas condutas. Estudar-se-á, assim, como se dá a discricionariedade neste fornecimento.

Um dos maiores desafios do direito administrativo na atualidade diz respeito ao grau de sua efetividade, de forma a prover a saúde dos administrados.

O móvel deste trabalho deve-se à constatação da dificuldade enfrentada pelos administrados na obtenção de medicamentos diante da Administração Pública, resultado da experiência *pro bono* de acompanhamento de pacientes em tratamento

perante Institutos de Tratamento e Pesquisas Científicas dedicados à saúde, especialmente aos portadores de câncer.

Tal questão já vem sendo enfrentada por nossos Tribunais, que têm reconhecido o dever do administrador em assegurar esse direito de forma primária, na integralidade e universalidade, conforme estabelecido pelo sistema constitucional vigente.

Assim, pretende-se com este estudo contribuir para a elucidação da polêmica questão pertinente à existência, ou não, do dever no fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Para atingir o objeto proposto, o trabalho foi dividido em duas partes: na primeira parte têm-se as considerações preliminares, que traz o capítulo 1, com o direito social no quadro dos direitos fundamentais e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana; a contextualização do direito à saúde e as organizações internacionais que visam proteger a saúde, bem como o tratamento que é dado pelas Constituições nos Estados-membros integrantes da Organização Mundial da Saúde.

A segunda parte examina a questão da saúde e do fornecimento do medicamento e foi dividida em mais três capítulos. O capítulo 2, partindo do sistema constitucional administrativo, analisa a consagração do direito à saúde no Brasil, aborda as questões de eficácia desse direito e a natureza jurídica dos serviços de saúde. Descreve, outrossim, o Sistema Único de Saúde e, em especial, seus princípios informadores, os recursos disponíveis para financiamento desse sistema e a questão da vinculação das receitas.

No capítulo 3, estuda-se o dever do Estado no fornecimento de medicamento. A partir da contextualização da assistência farmacêutica, do medicamento e das políticas públicas a ela relacionadas, analisa-se o argumento da reserva do possível e a ocorrência ou não de discricionariedade para o fornecimento desse insumo, caracterizando o usuário do serviço público de saúde perante a Administração Pública.

E, no capítulo 4, analisam-se, então, algumas das formas de controle para a efetividade desse direito, mediante a atuação da sociedade, do Ministério Público e do Poder Judiciário, apresentando-se um estudo de recentes ações e decisões promovidas para alcançar esse intento. E, finalmente, são expostas as conclusões.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 Direitos sociais no quadro dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais do homem¹ estão em constante evolução para atender às exigências históricas. São limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem² e revelam-se como obrigações indeclináveis.

Esses direitos fundamentais estão caracterizados pela historicidade³, pela própria natureza evolutiva, pois podem ser proclamados em determinada época, modificando-se ou desaparecendo; pela inalienabilidade⁴, ou seja, pela impossibilidade de praticar qualquer ato tendente a dispor⁵ desses direitos; pela imprescritibilidade⁶ e pela irrenunciabilidade⁷.

¹ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178. “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (Inspiramo-nos mais uma vez no magnífico estudo de Pérez Luño, [...], in ob. cit., p. 23 e 24.) No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.”

² Ibidem, mesma página.

³ Ibidem, p. 181. Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.

⁴ Ibidem, p. 181. “Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.”

⁵ Esses direitos são apriorísticos e indisponíveis, independentemente de qualquer mediação (inclusive do direito) para que sejam reconhecidos. E daí advém a sua indisponibilidade. São estes valores que justificam a existência do Estado e do próprio direito. Em última análise, trata-se do “fim” – objeto máximo – a ser atingido pelo Estado (o “meio” concebido para atingir tal desiderato). Guilherme Moro Domingues. Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. In: Ângela Cássia Costadello (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 86.

⁶ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181. Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a

Os direitos fundamentais passaram a ser positivados⁸ a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, assim, estão previstos nas constituições dos países que têm estabelecido a promoção dos direitos fundamentais como um de seus fins primordiais.

A Assembléia constituinte de Weimar estabeleceu o Estado Social de Direito com a Constituição da República alemã, de 11.08.1919, e positivou no capítulo de Direitos Fundamentais os direitos sociais. A partir de então, os direitos fundamentais e, em especial, os direitos sociais passaram a ser o fundamento do sistema alemão, não se podendo olvidar que as referidas normas⁹ apresentaram-se com conteúdo

eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não-exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181. Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

⁸ Direito positivo e ciência do direito. Toda ciência é uma camada de linguagem descritiva do seu objeto. A camada de linguagem descritiva do objeto do direito é o direito positivo que pode ser penal, civil, tributário etc. Há um esforço para a demarcação do objeto. É linguagem descritiva de situações objetivas. Para Norberto Bobbio a precisão da linguagem não é uma qualificação da ciência, mas uma imposição inarredável – há que se ter precisão semântica. A ciência do direito estuda os enunciados do direito positivo válidos dentro do sistema jurídico. O denominado giro lingüístico, ocorrido em Viena, trouxe nova concepção a esse fenômeno, pois durante muito tempo acreditou-se que as palavras nasciam da essência de um objeto, entre a coisa e a palavra existia uma relação, para as ciências o estudo era da coisa a que se referia a palavra. A obra de Ludwig Wittengestein – *Tractatus logico-philosophicus* – acresceu o ensinamento de que a linguagem não mais depende da realidade para existir, mas, ao contrário, a realidade é quem era criadora da linguagem. O giro lingüístico, então, é o processo de libertação da linguagem da realidade. O mundo não é apenas uma realidade, mas uma construção de significações pela linguagem. Pode-se afirmar que a linguagem objeto é o direito positivo e as normas jurídicas e a metalinguagem são as proposições jurídicas, a ciência do direito, ou seja, o cientista dizendo o que são as normas. Quando o cientista discorre sobre a lei está fazendo metalinguagem. Há aqui que diferenciar a função metalingüística da metalinguagem – A função metalingüística é falar do que está dito no mesmo tecido discursivo: “isto é”, “ou seja”. Enquanto a metalinguagem refere-se ao fenômeno da hierarquia das linguagens. A metalinguagem, portanto, é a linguagem empregada para falar de uma linguagem objeto. O direito positivo enquanto conjunto das normas destinadas a impor condutas constitui linguagem objeto, enquanto a ciência do direito representa uma metalinguagem com relação ao direito positivo. Para Ricardo Guibourg existem duas classes de metalinguagem: a prescritiva – normas que falam acerca de outras normas, estabelecendo métodos para criar ou modificar outras normas, como as da Constituição, que regem o funcionamento do Congresso Nacional; a descritiva – enunciados ou descrições feitas pelos juristas acerca das normas jurídicas. Não pretendem impor condutas, mas somente descrevê-las. A ciência do direito, portanto, aparece como uma metalinguagem descritiva de normas, na medida em que os juristas são aqueles que identificam as normas válidas de um sistema.

⁹ Norma jurídica é o produto da significação construído pelo intérprete tendo como o objeto o universo legislado. É o mínimo deontico exigido. Norma jurídica é o mínimo irreduzível de manifestação do deontico, segundo Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

programático, permanecendo na esfera discricionária governamental. A propósito, ensina Paulo Bonavides:

passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de Direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Da juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade¹⁰.

Os direitos sociais nasceram da conscientização de que tão importante quanto assegurar os direitos de liberdade era proteger os valores. Segundo Norberto Bobbio, esses direitos são de segunda geração. É importante ressaltar que a natureza desses direitos é discutível e tem merecido críticas por parte dos doutrinadores, pois os direitos são de todas as gerações¹¹. Desta forma, os direitos sociais são tidos como fundamentais e devem ser recebidos e adotados como a base dos direitos e sempre como os principais da nação, referindo-se diretamente às garantias de satisfação das condições mínimas para uma vida digna.

Não foi a Constituição de Weimar a primeira a consagrar em texto constitucional os direitos sociais como direito fundamental do cidadão. Tal mister coube à Constituição mexicana de 05.02.1917, também denominada Constituição de Querétaro, seguida da Carta da União Soviética, de outubro do mesmo ano.

¹⁰ Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.

¹¹ A natureza desses direitos é discutida e tem merecido críticas dos doutrinadores, sob o argumento de que a multiplicação dos direitos fundamentais pode acarretar a sua vulgarização, desvalorização e até substituição dos direitos das primeiras gerações, bem como a deturpação da verdadeira natureza daqueles direitos (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67; Simone Goyard-Fabre. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 337). Ademais, alerta Canotilho: “A idéia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão indimensionável dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de três gerações” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.]. p. 386-387).

A Constituição alemã foi várias vezes alterada antes da tomada do poder por Hitler. Com a queda de Hitler, reuniu-se o Conselho Parlamentar de Bonn, sob a direção de Konrad Adenauer, que culminou na aprovação de um novo texto constitucional, a Lei Fundamental alemã, em vigor desde 23.05.1949, reiterando os objetivos sociais da Constituição de Weimar, renascendo o Estado Social de Direito, com os seguintes direitos fundamentais: proteção à dignidade humana (art. 1.º); inviolabilidade da pessoa (art. 2.º); igualdade perante a lei (art. 3.º); liberdade de crença e religião (art. 4.º); liberdade de opinião (art. 5.º); liberdade de reunião (art. 8.º); liberdade de associação (art. 9.º); sigilo de correspondência (art. 10); inviolabilidade de domicílio (art. 13); direito de propriedade (art. 14) e direito de petição (art. 17).

Em 2000 foi editada a Carta de Direitos Fundamentais pela União Européia, consagrando os direitos sociais como direitos fundamentais¹², que hoje integra a Parte II da Constituição Européia de 2004¹³.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, esses direitos servem de parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos – Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – impedindo que sejam considerados meras

¹² Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/blocos/uniaoeuropeia/21.htm>>. Acesso em: 6 maio 2006.

¹³ Poderá ter seus efeitos produzidos após a ratificação de todos os Estados Membros, que apesar de ter sido previsto para 1.º.11.2006, será adiado em razão da negativa na ratificação em votação em alguns dos países. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2004/c_310/c_31020041216pt00410054.pdf>. Acesso em: 1.º ago. 2004. Sabe-se que, para entrar em vigor, a Constituição para a Europa tem de ser ratificada por todos os Estados-membros da União Européia. No entanto, as duas votações negativas não significam um abandono do processo de ratificação da Constituição, que prossegue o seu caminho. Neste momento, a situação é a seguinte: 15 Estados-membros já ratificaram a Constituição para a Europa: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Estónia, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Eslováquia, Eslovênia e Espanha. Em França e nos Países Baixos, os cidadãos rejeitaram o texto da Constituição em 29 de maio e 1.º de junho, respectivamente. A Constituição Européia foi preparada de forma transparente e democrática, nomeadamente por uma Convenção Européia composta por 72 membros eleitos (em 105 membros) por sufrágio universal direto. Este exercício é concluído por um processo de ratificação por parte dos parlamentos nacionais, também eles eleitos por sufrágio universal direto, dos 25 Estados-membros da União Européia ou a um referendo. A Constituição Européia é uma etapa importante da “construção” européia. Foi redigida com vista a responder aos desafios de uma Europa alargada: uma Europa de 25 Estados-membros e 480 milhões de habitantes (e posteriormente mais ainda); uma Europa democrática, transparente, eficaz e ao serviço dos europeus. A Constituição Européia substitui, num texto único, os principais tratados europeus vigentes. Por que uma Constituição Européia se o meu país já tem uma Constituição? A Constituição Européia não substitui as Constituições nacionais dos países europeus. Ela coexiste com estas Constituições e tem a sua própria razão de ser, a sua própria autonomia. A Constituição Européia define o quadro no qual a União Européia pode agir. A Europa tem também um sistema institucional distinto (Parlamento Europeu, Conselho de Ministros, Comissão Européia, Tribunal de Justiça da União Européia). Ou seja, a Constituição Européia aplica-se a todo o território europeu.

autolimitações dos poderes constituídos passíveis de supressão¹⁴. Os poderes constituídos estão vinculados aos direitos fundamentais, não podendo retroceder aos direitos já assegurados. Tal vinculação é denominada proibição de retrocesso.¹⁵

Os direitos fundamentais podem ser classificados pelo critério do conteúdo de abrangência do bem ou objeto protegido, que podem ser do homem como indivíduo, gerando os direitos individuais; do homem no que se refere à sua nacionalidade; do homem-cidadão, com seus direitos democráticos; do homem-social em suas relações sociais e culturais; do homem como membro de uma coletividade, com os direitos coletivos; e, finalmente, dos direitos fundamentais denominados terceira geração. No Brasil identificam-se esses cinco grupos de direitos fundamentais¹⁶.

Considerando que a fonte desses direitos é a soberania popular, é forçoso reconhecer que se trata de direitos sociais. Entre os direitos fundamentais encontra-se a função de prestação social e, segundo J.J. Gomes Canotilho, “os direitos e prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”¹⁷.

José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como:

dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por

¹⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 126.

¹⁵ J. J. Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 337-338. “O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança nacional’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.”

¹⁶ Em síntese, com base na Constituição, podem-se classificar os direitos fundamentais em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5.º); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (arts. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6.º e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (art. 5.º); (6) direitos solidários (arts. 3.º e 225)

¹⁷ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 406.

sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade¹⁸.

Esses direitos podem ser classificados como direitos sociais relativos ao trabalhador e à sua seguridade, que compreende a saúde, a previdência e a assistência social; à educação e à cultura, à moradia, à família, à criança adolescente e ao idoso e, por fim, os direitos sociais relativos ao meio ambiente. Apresentam força imanente, já que dispõem de vinculatividade normativo-constitucional. Servem de parâmetro de controle judicial e geram medidas concretas e determinadas, que não são de livre disponibilidade do legislador, por serem imposições legiferantes¹⁹. Adotam-se, para tratar dos direitos sociais, o conceito e a classificação de José Afonso da Silva²⁰.

Para Robert Alexy “quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, faz-se primeiramente referência a direitos a prestações em sentido estrito”²¹.

Os direitos fundamentais que englobam os direitos sociais têm, entre eles, o direito à saúde como direito prestacional e de aplicabilidade imediata. Este tipo de aplicabilidade decorre da necessidade de evitar a denominada letra morta, ou seja, sem eficácia. Foi assim que o Brasil adotou o axioma de que a Constituição é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constitucionais, como é o caso do Poder Legislativo, não podendo ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para

¹⁸ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 286-287.

¹⁹ Mariana Siqueira de Carvalho. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 2, p. 22, jul. 2003.

²⁰ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 406. Esclareça-se que o referido autor intitulou o direito à saúde como um direito social do homem consumidor e neste trabalho retrata-se o direito à saúde como direito social do homem como usuário do serviço público. Por essa razão, a interpretação a ser dada ao termo consumidor no contexto da classificação utilizada pelo referido autor deve ser aquela expressa em contrapartida ao homem produtor, expressa na p. 287 de sua obra: “Há, porém, uma classificação dos direitos sociais do homem produtor e como consumidor, que merece uma referência ligeira, por ser útil à compreensão do leitor e, também, porque vamos intitular o capítulo referente aos direitos sociais previstos no art. 6.º com base nela. Entram na categoria de direitos sociais do homem produtor os seguintes: a liberdade de instituição sindical [...] o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho. [...] São os previstos nos artigos 7.º a 11. Na categoria direitos sociais do homem consumidor entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos, à instrução, à formação profissional, e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são, como se nota, os indicados no art. 6.º e desenvolvidos no título da ordem social”.

²¹ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 482.

produzir efeitos²². Tal circunstância está expressa no § 1.º do art. 5.º da Constituição Federal²³.

Para assegurar a existência e a eficácia social desses direitos, sejam eles direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição Federal estabelece certas garantias²⁴, mediante instrumentos que conferem aos titulares desses direitos meios de aplicabilidade, inviolabilidade e o seu efetivo exercício. Na hipótese de garantias constitucionais individuais têm-se: o princípio da legalidade; o princípio da proteção judiciária; a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados; o direito à segurança; os remédios constitucionais; as garantias dos direitos coletivos; a garantia dos direitos sociais; a garantia dos direitos políticos.

Assegurar a satisfação das condições de uma vida digna implica reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como valor²⁵ absoluto do ser humano. O termo princípio é equívoco, mas é aqui com o significado lhe dá Celso Antônio Bandeira de Mello:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo²⁶.

²² Paulo Gustavo Gonet Branco. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais, p. 134.

²³ “Art. 5.º [...]

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁴ As garantias são meios destinados a fazer valer os direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. Os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma. *Cumpro, no entanto, não esquecer [...]: que as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas direitos-instrumentais, porque destinados a tutelar um direito principal.* José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 412 e 417.

²⁵ Depois de Kant a noção de valor suplantou a noção de bem nas discussões morais, e pode ser considerada como sucessora do conceito subjetivo de bem, dotada que é de suas mesmas conexões sistemáticas. Em seu lugar, porém, renascerá, com forma pouco alterada, a alternativa entre uma concepção objetivista e uma concepção subjetivista: alternativa que ainda hoje constitui um dos temas fundamentais da discussão moral. Nicola Abbagnano. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1.ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p. 107.

²⁶ *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912-913.

Acrescenta esse autor que violar um princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, representando insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais²⁷.

1.2 A dignidade da pessoa humana e a saúde

Esclarecida a acepção de princípio, há que atribuir a devida valoração à dignidade da pessoa humana.

Todo ser humano tem direito à vida e, ao mesmo tempo, cada homem é titular da dignidade humana, o que implica reconhecer que cada ser humano é titular único insubstituível e íntegro dos direitos fundamentais. Nesse contexto, cada ser humano integra a sociedade e os direitos que titulariza fundamentam a existência de tal forma que sem esses direitos fundamentais o Estado sequer será legitimado²⁸.

O direito à vida e o direito de viver dignamente são bens que já estão inseridos em muitos sistemas constitucionais, fazendo parte do direito contemporâneo. Sem dúvida, o direito de viver dignamente amplia o direito à vida. No Brasil estão consagrados como direitos à vida e à existência digna nos arts. 5.º, *caput*, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

O conceito de dignidade da pessoa humana tem origem na filosofia, com Kant, o filósofo da dignidade, para quem o homem é um fim, nunca um meio, distinguindo o que tem preço do que tem dignidade, sendo aquele o que se pode aquilatar, pois é meio e pode ser rendido por outro de igual valor e forma, sendo a dignidade o que não se pode valorar, sobrepondo-se ao mensurável²⁹, com

²⁷ *Curso de direito administrativo* cit., p. 913

²⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ——— (Coord.). *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 15. Cada qual dos seres presentes em sua humanidade como parte/membro da sociedade dos homens titulariza direitos que fundamenta a sua existência, tomada esta em qualquer das dimensões em que ela se projeta. São esses mesmos direitos os que embasam, igual e paralelamente, a experiência política e a institucionalização social dos homens. O Estado justifica-se e fundamenta-se nos direitos fundamentais. Sem eles não se legitima o Estado. O ser humano não se dá a participar da experiência política-estatal, com os seus limites e possibilidades, fora das bases dos direitos fundamentais, que asseguram a sua individualidade na pluralidade sociopolítica e a sua politicidade com respeito à sua integridade humana única e distinta.

²⁹ “Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l’univers moral autour du sujet. Ce qui organise la réflexion morale, ce n’est pas la référence au bien commun, au

singularidade fundamental e insubstituível. Nesse contexto elaborado por Kant, conclui Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, no *Dicionário de direitos humanos*:

A dignidade pode ser observada sob dois pontos de vista: subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, ela é o sentimento do homem sobre si mesmo, que lhe possibilita consciência sobre o existir no próprio espaço e em seu próprio tempo. Do ponto de vista objetivo, a dignidade é o respeito da comunidade pelo sujeito, a compreensão de seu valor intrínseco, com reconhecimento de suas características e peculiaridades. A dignidade está relacionada à autonomia do homem, à racionalidade de sua existência livre. No imperativo categórico, formulado pelo filósofo Emmanuel Kant para dar sentido à ação humana, está implícita a dignidade, extraída da autodeterminação e do livre-arbítrio. Encontra-se, em Kant, quando elaborado o imperativo categórico relacionamento entre dignidade e comportamento ético. Kant afirmou: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”. E mais: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. E principalmente: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (esse, segundo Kant, é o imperativo prático). O imperativo categórico de Kant pressupõe liberdade e autonomia, pois o conhecimento e a sensação, do ser humano, de ser único, nada mais é que a dignidade, que permanece em um mundo permeado de valores relativos que se alternam e modificam no decorrer da História. O homem é, sempre, fim. Ao estabelecer o imperativo categórico, Kant assumiu que o valor positivo da pessoa estende-se a toda a comunidade. Por isso é categórico. Assim, dignidade deixa de ser atributo individual e interno da pessoa para alcançar a comunidade, devendo ser, por ela, protegida. A todos interessa, portanto, proteger e garantir a dignidade de cada um. A dignidade é atributo fundamental para a estrutura social e normativa criada para conquista e preservação dos direitos humanos³⁰.

O referido conceito foi juridicizado como resposta às práticas políticas nazifascistas, tendo sido mantido em razão da necessidade de defesa das práticas econômicas capitalistas. Assim, esse conceito passou a ser utilizado para defender a

bonheur mais la volonté pure como ‘principe suprême de la moralité’. [...] Dans les fondements de la métaphysique des moeurs, Kant met ainsi le principe de dignité ‘infiniment au-dessus de tout prix’” (Philippe Pedrot. *Ethique, Droit et dignité de la personne*. Paris: Econômica, 1999. avant-propos, XVI). “Fosse correto ou, melhor diríamos, aceitável aquele entendimento e ter-se-ia de considerar jurídico que o direito não tem como único e necessário fim o homem, que o poder não emana do povo, senão que da boa vontade do poderoso de ocasião. Todos esses dados, contudo, não são postulados, mas axiomas jurídicos” (Cármem Lúcia Antunes Rocha. *Vida digna: direito, ética e ciência*, p. 31).

³⁰ Paula Bajer Fernandes Martins da Costa. *Dicionário de direitos humanos*. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Dignidade>>. Acesso em: 8 ago. 2006.

degradação humana e a sua normatização como peça essencial do ordenamento jurídico, servindo de auxílio para a reversão das injustiças.

Como ressalta Cármen Lúcia Antunes da Rocha, sem Auchwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito contemporâneo. Mas, tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder³¹.

As referências à dignidade da pessoa humana estão expressas nos preâmbulos da Carta das Nações Unidas de 1945³² e da Declaração dos Direitos do Homem elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948³³, cuja Assembléia Geral foi presidida pelo brasileiro Oswaldo Aranha. A referida Declaração expressa também a dignidade em seu art. 1.º:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade.

Consagrado esse entendimento, as Constituições dos países ocidentais passaram a referir-se à dignidade da pessoa humana. A Constituição da República italiana promulgada em 1947 estabelece em seu art. 3.º que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade pessoal e são iguais perante a lei”. E assim o foi com a Lei Fundamental alemã, também denominada Constituição de Bonn³⁴, que estabeleceu como princípio do sistema a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo considerada a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional.

³¹ Vida digna: direito, ética e ciência, p. 33.

³² Preâmbulo: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas [...]”.

³³ Preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.

³⁴ “Art. 1.º, 1. A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la” (1949).

A Constituição de Portugal, promulgada em 1976, também determinou, em seu art. 1.º, que “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A Constituição da Espanha assim expressou referência à dignidade da pessoa humana: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia³⁵ e o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, para cada vez mais estreitar a União entre os povos europeus, e partilhar um futuro de paz e assente em valores comuns, reconhece a dignidade do ser humano logo em seu primeiro capítulo:

Dignidade

Artigo 1.º Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida³⁶.

No Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana³⁷ foi adotado, pela primeira vez, de forma expressa, na Constituição Federal de 1988, no art. 1.º, III³⁸. E ao tratar desse princípio a Constituição abrigou o valor maior do ser humano.

³⁵ PT C 364/8, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 18.12.2000.

³⁶ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/blocos/uniaoEuropéia/21.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

³⁷ A Constituição Federal faz algumas referências à dignidade da pessoa humana, sem, contudo, revelar o seu conceito. Assim, o postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado unanimidade entre os autores, quanto ao campo de sua atuação objetiva. A dignidade da pessoa humana foi erigida como princípio do Estado Democrático de Direito brasileiro quando o art. 1.º do Texto Constitucional assim estabeleceu: “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; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V – o pluralismo político”. Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que tal princípio foi colocado como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. Ao ser erigido como fundamento do Estado brasileiro, quer significar que ele existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir os seus fins; que é o homem, como sujeito e dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, eis que o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem (Cármen Lúcia Antunes Rocha. Vida digna: direito, ética e ciência, p. 39). O postulado da dignidade humana é um conceito aberto, cabendo buscar subsídio na doutrina para sua compreensão, pois não há uma definição precisa acerca do que deva ser considerada uma

Não se cuida, constitucionalmente, da dignidade como merecimento, mas como valor absoluto do ser humano, elemento que lhe é intrínseco e intangível, como mais vezes repetido aqui, enxertando-se no direito o dado moral que aquele valor compreende. Mas a dignidade que se torna princípio faz-se, como todas as criações jurídicas, pela racionalização daquele valor moral³⁹.

Segundo Marçal Justen Filho, todos os princípios jurídicos estão vinculados à dignidade humana. Esse princípio para o autor é o princípio supremo do ordenamento jurídico, que transcende o interesse público. Consiste essa dignidade na:

concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade” indeterminada. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais⁴⁰.

vida digna. A doutrina e a jurisprudência enaltecem o princípio sob comento, no entanto é preciso delimitar esse conceito, pois ele é tão elástico que pode absorver inúmeros direitos. Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira afirma que “o princípio da dignidade humana constitui-se, pois, em valor unificador dos direitos e garantias inseridas na Constituição Federal e legitimador dos direitos fundamentais expressos tanto quanto daqueles implícitos”. Adiante arremata: “se o texto constitucional assenta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conclui-se que o Estado existe em função das pessoas, e não estas em função do Estado”. Não obstante reconheça tratar-se de princípio de difícil conceituação, afirma que a dignidade humana pode ser aquilatada a partir de outros tantos princípios inseridos na Constituição Federal de 1988, tais como o direito à liberdade, à igualdade, à cidadania, à saúde, à educação e à legalidade (Sobre o direito à vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade. In: Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Coord.). *O direito à vida digna*, p. 280). É inegável, pois, que a saúde, tratando-se de direito umbilicalmente ligado ao direito à vida, à integridade física e mental, contribui para as que as pessoas vivam com dignidade.

³⁸ “Art. 1.º 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: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”

³⁹ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Vida digna: direito, ética e ciência*, p. 87.

⁴⁰ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2006. p. 67. Para o autor a dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, que exerce função transcendental em relação ao direito e ao Estado, não sendo apenas superior aos demais princípios e valores, mas transcendental. O autor afirma inclusive que a dignidade da pessoa humana justifica o exercício das funções estatais e critica aqueles que indicam o interesse público como princípio supremo do ordenamento jurídico, eis que tal subsunção enseja a instauração de regimes totalitários, podendo só atribuir relevância ao interesse público se submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, significa dizer que a supremacia da dignidade da pessoa humana existe porque nenhum interesse poderá ser considerado como público se produzir o sacrifício dos valores fundamentais. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista*

Ana Paula de Barcellos observa a relação complementar existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”⁴¹.

No mesmo sentido deduz Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade⁴².

Não há como falar em dignidade da pessoa humana sem que se respeite o direito à saúde. A saúde, a educação, a moradia e tantos outros direitos são bens da vida imprescindíveis ao viver digno. Considerando que a saúde é inerente ao direito à vida, há que assegurar o direito de todos à saúde. E, como tal, o direito à saúde foi estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e consagrado pela Constituição Federal de 1988.

1.3 Contextualização do conceito de saúde

A questão da saúde relacionada à existência do ser humano é recente, pois apenas com o Iluminismo compreendeu-se tal questão como saúde/doença, pois, até então, os doentes eram submetidos à discriminação, subjugados e até mesmo condenados à morte, sem qualquer direito.

Os ideais de liberdade e igualdade trouxeram a proteção ao mais fraco, tanto que, na Inglaterra, em 1875, foi promulgado um ato que assegurou assistência

Trimestral de Direito Público, n. 26/99, p. 115-136. Em que pese o valor existente na defesa do interesse público, a submissão deste ao princípio da dignidade da pessoa humana não parece corresponder ao princípio fundamental do ordenamento jurídico, à medida que tal subsunção acaba por ensejar a instauração de regimes totalitários, o que justamente o autor pretende afastar; pois ao submeter o ordenamento ao princípio da dignidade humana está submetendo o ordenamento a conteúdo demasiado subjetivo para o fim pretendido.

⁴¹ Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 111.

⁴² *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

médica e sanitária – *Public Health Act*. Iniciou-se, assim, a intervenção do Estado nas políticas públicas de saúde. A intensificação destas políticas é identificada com maior evidência no início do século XX.

A preocupação com a saúde, portanto, está presente há algum tempo, especialmente no que se refere à conceituação do que seria uma sociedade saudável. A saúde tinha por parâmetro uma análise sobre doença como fator decorrente das alterações no meio físico e muitas foram as teorias que se seguiram com esta premissa.

A teoria mística pela qual os antepassados julgavam ser um fenômeno sobrenatural, ou seja, além da compreensão do mundo, que cedeu lugar à teoria dos miasmas, que seria um fato decorrente das alterações ambientais no meio físico e concreto. Esta teoria vigorou do século XVI ao século XIX, quando Louis Pasteur, na França, descobriu os micróbios, vírus e bactérias como os causadores das doenças na sociedade, trazendo a teoria da unicausalidade.

Com o advento de outros conhecimentos introduzidos pela epidemiologia⁴³, a teoria da doença passou a ser multicausal, ou seja, decorrente de uma multiplicidade de causas coexistentes no fenômeno saúde-doença.

Na década de 1970, esse fenômeno passou a ser entendido como processo social e biológico, por meio do materialismo histórico, ultrapassando a visão da causalidade como relação de causa e efeito. Contudo, é inquestionável a inter-relação de fatores sociais, econômicos e ambientais no binômio saúde-doença. Sabe-se que as condições sanitárias muito têm influenciado o desenvolvimento da prática médica.

Conclui-se, portanto, que saúde e doença são termos que historicamente estão indissociáveis, sendo, inclusive, utilizados para definir um ao outro, como ocorre na conceituação de que saúde é ausência de doença, definição esta

⁴³ Ciência que estuda as relações dos diversos fatores determinantes na frequência e distribuição de um processo ou doença numa comunidade.

equivocada, como se verifica nas lições de Germano André Doederlein Schwartz, pois a saúde é um processo sistêmico, é uma meta a ser alcançada e

objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.⁴⁴⁻⁴⁵

Segundo Marlon Alberto Weichert, o bem jurídico saúde deve ser visto sob dois aspectos: o primeiro como ausência de doenças; o segundo como ambiente circundante propiciador de bem-estar físico, mental e social⁴⁶. No *Dicionário de direitos humanos*, apresenta-se o conceito de saúde nos seguintes termos:

o direito à promoção, proteção e recuperação do bem-estar físico, mental e social, do indivíduo e da coletividade, através da oferta pelo Estado de serviços públicos de acesso universal e igualitário, garantido mediante ações sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos. Saúde é o completo bem-estar físico, social e mental, segundo definição da Organização Mundial de Saúde (1946) acolhida no ordenamento constitucional brasileiro (art. 196). O direito à saúde compreende o “estar e o permanecer são”. Tutelar o direito à saúde é antes de tudo prevenção. A promoção coletiva não afasta, porém, o dever estatal de prestar assistência individual a quem dela necessitar, bem como o direito subjetivo do cidadão de receber essa atenção. O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças, assim como não há combate a doenças sem promoção da qualidade do ambiente circundante.

A oferta, pelo Estado, de serviços de prevenção e promoção da saúde é concretização de direitos sociais (art. 6.º da CF), inserindo-se no regime jurídico dos direitos fundamentais coletivos.

A missão estatal de prestar serviços de saúde respalda-se nos fundamentos do Estado democrático (cidadania e dignidade da pessoa humana; art. 1.º, incisos II e III, CF) e coaduna-se com a busca de cumprimento dos objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; promoção do bem de todos; art. 3.º, incisos I e IV, CF). Os serviços públicos de saúde são prestados através do Sistema Único de Saúde – SUS.⁴⁷

⁴⁴ *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

⁴⁵ Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 1, p. 32, mar. 2001.

⁴⁶ *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 158.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Sa%C3%BAde>>. Acesso em: 5 ago. 2006.

E Cíntia Lucena:

A expressão “direito à saúde” tem sido empregada referindo-se a situações diversas. Todavia, firmou-se o entendimento de que o conceito de saúde não implica apenas ausência de doenças, mas o completo bem-estar, físico, mental e social. [...] o direito à saúde é, a um só tempo, um direito subjetivo, individual, fundamental, social, transindividual, de quarta e quinta gerações, em constante transformação, posto que imbricado na hipercomplexidade social onde cresce e se desenvolve⁴⁸.

A saúde envolve também diversos fatores de ordem extrínseca do ser humano. A conceituação de saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da saudável qualidade de vida, de uma vida com dignidade. Conseqüentemente, a discussão e a compreensão da saúde passam pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal⁴⁹.

A saúde também não deve mais ser compreendida como um direito individual, pois os Estados são, em sua maioria, forçados, por disposição constitucional, a proteger a saúde contra todos os perigos, inclusive contra os próprios cidadãos. Daí emerge o seu caráter social⁵⁰.

Portanto, o direito à saúde refere-se a um conjunto de normas jurídicas que regulam a atividade da Administração Pública, incumbida de proteger, promover e recuperar a saúde enquanto bem jurídico deste direito.

1.3.1 Organização Mundial da Saúde

A Organização Mundial da Saúde (World Health Organization) é uma agência especializada das Nações Unidas, ou seja, faz parte da família de instituições da ONU, com autonomia. Criada em 07.04.1948, coordena o trabalho internacional de saúde, com o objetivo de promovê-la no mais alto grau de saúde para todos os

⁴⁸ Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). *O direito à vida digna*, p. 245.

⁴⁹ Julio César de Sá da Rocha. *Direito da saúde*. Direito sanitário na perspectivas dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999. p. 43.

⁵⁰ Cíntia Lucena. *Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo*, p. 245.

povos, definindo-a como um bem-estar físico, mental e social e não somente como a ausência de doenças. Em razão da data da sua criação, no dia 07 de abril comemora-se o Dia Mundial da Saúde.

O preâmbulo da Constituição da OMS estabelece que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”, bem como que “os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

Sua principal tarefa é zelar para que todos os povos possam obter o mais alto grau de saúde possível. Esta organização conta hoje com 193 países-membros⁵¹ e está dividida em seis escritórios regionais: África, Américas, Europa, Mediterrâneo oriental, Sudeste da Ásia e Pacífico Ocidental⁵².

O Brasil faz parte do escritório regional das Américas, Organização Pan-Americana de Saúde, com sede em Washington, tendo sido criada em 1902, ou seja, antes mesmo da existência da Organização Mundial de Saúde, e foi a esta integrada, nos termos do art. 54 da Constituição de 1948:

Artigo 54. A Organização Sanitária Pan-Americana, representada pelo Bureau Sanitário Pan-Americano e pelas Conferências Sanitárias Pan-Americanas, e todas as outras organizações de saúde regionais e intergovernamentais que existiam previamente à data da assinatura desta Constituição deverão, a seu tempo, ser integradas nesta Organização. Esta integração deverá ser efetuada tão logo quanto possível, através de ações baseadas no mútuo consentimento das autoridades competentes, expresso através das organizações envolvidas.

⁵¹ A República de Montenegro (antes parte da Sérvia e Montenegro) entra na OMS na qualidade de 193.º Estado-membro. Após a admissão como membro das Nações Unidas em 28.06.2006, a República de Montenegro depositou o instrumento de aceitação da Constituição da OMS em 29.08.2006. O último país a ser incorporado na OMS foi a República Democrática do Timor-Leste, em setembro de 2002. Imprensa de 14.09.2006. A República de Montenegro entra na OMS. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/news/notes/2006/np25/es/>. Acesso em: 20 set. 2006.

⁵² Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 20 maio 2006.

O escritório regional das Américas tem como membros todos os países americanos, ou seja, 35 países, dentre eles o Brasil.

No Brasil, a Constituição da OMS foi adotada pelo Decreto 26.042, promulgado em 17.12.1948. Determina o art. 1.º da referida Constituição que o objetivo da OMS é a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado possível⁵³.

Conforme já observamos, em determinada época chegou-se a conceituar a saúde como a ausência de doença; contudo, como é cediço que a utilização do conceito negativo não tem valor científico, mais recentemente difundiu-se o conceito de saúde de acordo com o proposto no preâmbulo da Constituição da OMS, ou seja, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Há que entender a saúde e doença como estados de um mesmo processo, composto por fatores biológicos, econômicos, culturais e sociais.

Posteriormente à edição da Constituição da OMS, a Resolução WHA 23.41 declarou, enfaticamente, que “o direito à saúde é um direito fundamental do homem”.

A Assembléia Mundial de Saúde conduz a OMS e é composta por representantes dos Estados-membros, apresentando como principais objetivos aprovar o programa e diretrizes da organização pelo biênio seguinte e decidir as principais questões políticas⁵⁴.

É o órgão supremo de decisão e ocorre todos os anos no mês de maio, em Genebra. Dentre outras atribuições, elege os 34 Estados-membros que formarão o seu Conselho Executivo. O Estado-membro eleito na Assembléia Mundial para formar o referido Conselho indicará a pessoa tecnicamente qualificada no campo da

⁵³ “Artigo 1. O objectivo da Organização Mundial da Saúde (daqui em diante denominada Organização) será a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível.” Disponível em: <www.onu.org>. Acesso em: 9 jan. 2006.

⁵⁴ A organização é dirigida por um Diretor-Geral, e atualmente está sendo conduzida pelo Dr. Anders Nordström como Diretor-Geral interino, em razão do falecimento em 22.05.2006 do Dr. Lee Jong-Wook, Diretor-Geral eleito em 21.05.2003, tendo permanecido em exercício desde 21.07.2003. Antes do Dr. Lee Jong-Wook, a OMS foi conduzida por outros cinco dirigentes, dentre eles o brasileiro Marcolino Gomes Candau, no período de 1953 a 1973.

saúde para representá-lo. Os Estados-membros são eleitos para participarem do Conselho Executivo pelo prazo de três anos. Este Conselho reúne-se pelo menos duas vezes ao ano, normalmente em janeiro e, posteriormente, na Assembléia Geral em maio. O Conselho tem por função efetivar as decisões e políticas da Assembléia de Saúde e assessorar e facilitar o trabalho.

O Conselho Executivo da OMS aprovou, em 30.05.2006, a convocação para uma Assembléia Mundial extraordinária, a ser realizada em 09.11.2006, para eleição de um novo diretor geral.

Atualmente o Brasil integra o Conselho Executivo, juntamente do Afeganistão, Austrália, Azerbaijão, Barém, Butão, Bolívia, China, Dinamarca, Jibuti, El Salvador, Eslovênia, Estados Unidos de América, Iraque, Grande Jamahiriya Árabe Popular Socialista da Líbia, Jamaica, Japão, Quênia, Lesoto, Letônia, Libéria, Luxemburgo, Madagascar, Malí, México, Namíbia, Portugal, Romênia, Ruanda, Singapura, Sri Lanka, Tailândia, Tonga e Turquia.

No relatório mundial da saúde de 2006, como uma das atividades de comemoração do Dia Mundial da Saúde, a OMS lançou o Relatório Mundial da Saúde 2006 Trabalhando juntos pela Saúde, que revela uma defasagem de 4,3 milhões de profissionais de saúde no mundo, especialmente onde há mais necessidade, em razão da migração desses profissionais para os países desenvolvidos, na busca de melhores condições de vida⁵⁵.

1.4 Contribuições do direito estrangeiro para o exame da matéria

No direito comparado verifica-se que a questão da saúde tem sido abordada pela maioria das Constituições com a devida importância que ela representa, ou seja, como o bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Não se colacionará aqui análise de todos os documentos internacionais e constitucionais que agasalham tal direito fundamental. Entretanto, tomar-se-á como

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.who.int/whr/2006/en/index.html>>. Acesso em: 27 maio 2006.

exemplo algumas Constituições, dentre os países integrantes da OMS, a fim de elucidar a existência, ou não, de países que abordam a saúde como o faz o Brasil, bem como estudar-se-ão alguns deles para que se possa constatar, ou não, alguma relação da previsão constitucional de proteção desse direito atrelada ao desenvolvimento do País.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia⁵⁶ e o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em 29.10.2004⁵⁷, estabelecem que deve ser observado um elevado nível de proteção à saúde. Estatui o art. 35 do referido Tratado:

Artigo 35. Proteção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de se beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana⁵⁸.

Em tese de doutorado apresentada para a Fundação Getúlio Vargas por Antonio Gelis Filho, sob a orientação de Ana Maria Malik, com o objetivo de analisar a presença de proteção constitucional do direito à saúde e a mortalidade infantil em 112 países⁵⁹, constata-se o nível de proteção constitucional do direito à saúde em 181 constituições dos países-membros, à época, 192 integrantes da OMS, tendo essa proteção constitucional sido classificada em seis níveis, o que trouxe grande contribuição para este estudo, desenvolvido em seis grupos de proteção constitucional à saúde.

1 – Os países cujas constituições não fazem menção à saúde ou aos direitos correlatos são: República Centro África, Burundi, Estados Unidos, Sérvia, Bósnia, República Checa, França, Israel, Dinamarca, Jibuti, Iêmen, Marrocos, Tunísia, Líbano, Tonga, Tailândia e Indonésia. Ressalta o autor que a Sérvia e a Bósnia

⁵⁶ PT C 364/8, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 18.12.2000.

⁵⁷ Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 16.12.2004. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2004/c_310/c_31020041216pt00410054.pdf> Acesso em: 1.º ago. 2004.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/blocos/uniaoeuropeia/21.htm>>. Acesso em: 27 maio 2006.

⁵⁹ Antonio Gelis Filho. *Sistemas de saúde e Constituição*. Disponível em: <www.opas.org.br/servico/arquivos/Sala5549.pdf>. Acesso em: 27 maio 2006.

possuem constituições recentes, cujo cerne é a afirmação da existência de seus países como Estados soberanos. No caso da Bósnia, além da Constituição do país propriamente dito, coexistem constituições da Federação Croata e Muçulmana e da República Sérvia da Bósnia, integrantes do país de acordo com os tratados de Dayton, verificando-se um exemplo de primazia das necessidades políticas sobre uma possível afirmação de direitos sociais.

A Tailândia e a Indonésia possuem duas das mais curtas constituições e não se referem à proteção à saúde. O mesmo acontece com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Há que se dar especial destaque à França⁶⁰ que, apesar de não apresentar o referido direito resguardado na Constituição de 1958, apresenta-se com elevada eficiência no desenvolvimento desta função estatal. A referida Constituição faz apenas remessa à Declaração dos Direitos do Homem, porém não faz expressa menção à proteção do direito à saúde. Em 2005 foi editada uma Lei constitucional em que o direito à vida prevê o respeito à saúde⁶¹.

⁶⁰ Na França, leis de 10 de março (medicina) e 11 de abril (farmácia) de 1803 e a lei de 16 vendémiaire na V, que introduz um modelo de gestão comunal (os diversos estabelecimentos e casas de caridade são reagrupados sob um estabelecimento público comunal, dirigido por uma comissão administrativa municipal, destinado exclusivamente aos doentes locais).

⁶¹Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2006.
LOI constitutionnelle n. 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement J.O n. 51 du 2 mars 2005 page 3697 NOR: JUSX0300069L.
Le Congrès a adopté, Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:
Article 1 Le premier alinéa du Préambule de la Constitution est complété par les mots: «ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004».
Article 2 La Charte de l'environnement de 2004 est ainsi rédigée : «Le peuple français,
«Considérant, «Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité; Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel; Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains; Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution; Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles; Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation; Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins, Proclame:
Art. 1. Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.
Art. 2. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.
Art. 3. Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.
Art. 4. Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Na França os residentes legais possuem cobertura de um seguro-saúde e, assim, mais de 96% dos franceses têm liberdade de escolha entre tratamentos médicos gratuitos ou reembolsados integralmente independentemente da renda auferida pelo cidadão. Não há racionamento nem lista de espera para intervenção cirúrgica. Há honorários médicos que não são reembolsados pelo seguro-saúde obrigatório ou complementar, mas, nesse caso, a escolha é do usuário.

O financiamento provém de contribuições sobre os salários, impostos indiretos e da contribuição direta (contribuição social generalizada) para todas as faixas de renda. Mais de 80% dos franceses dispõem de seguro complementar. No entanto, para os 10% mais pobres o seguro é gratuito, financiado pelo imposto, e para 5% da população atingida por doenças de longa duração (afecção de longa duração – ALD) os tratamentos são totalmente reembolsados.

Apesar de essa situação gerar um déficit crônico, os franceses continuam reclamando mais serviços, embora abominem a idéia de assumir mais encargos ou ter descontos obrigatórios mais elevados. Em 2000, as despesas de saúde somavam 140,6 bilhões de euros, dos quais 55,3 bilhões em tratamentos hospitalares, 31,9 bilhões em tratamentos ambulatoriais e 25,9 bilhões em medicamentos⁶².

Art. 5. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Art. 6. Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Art. 7. Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Art. 8. L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Art. 9. La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Art. 10. La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

Article 3 Après le quinzième alinéa de l'article 34 de la Constitution, il est inséré un alinéa ainsi rédigé:

– de la préservation de l'environnement. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat. Fait à Paris, le 1er mars 2005. Par le Président de la République: Jacques Chirac Le Premier ministre, Jean-Pierre Raffarin Le garde des sceaux, ministre de la justice, Dominique Perben Le ministre de l'écologie et du développement durable, Serge Lepeltier».

⁶² Jean de Kervasdoué. *A saúde e o sistema de saúde na França*. A saúde dos franceses. Le carnet de santé de la France en 2000-2002 (O carnê de saúde da França em 2000-2002). Relatório publicado sob a égide da Mutualidade Francesa sob a direção de Jean de Kervasdoué, Editora Economica, 2002, 332 páginas. La santé

2 – Os países que apresentam proteção constitucional do direito à saúde, nos quais a relevância da saúde pública é expressa, em razão da situação sanitária da sociedade relacionada à restrição de outros direitos de natureza individual, como é o caso da Constituição das Bahamas, que prevê que a privação da liberdade, poderá se dar para evitar a disseminação de doenças contagiosas ou da Austrália, onde há previsão da quarentena.

São os seguintes: Ilhas Maurício, Maurîtânia, Tanzânia, Zâmbia, Zimbabwe, Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica, S. Cristovão e Nevis, S. Lúcia, S. Vicente e Gran, Trinidad e Tobago, Alemanha, Chipre, Malta, Reino Unido, Jordânia, Paquistão, Austrália, Cingapura, Fiji, I. Salomão, Ilhas Cook, Kiribati, Malásia, Nauru, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Samoa, Tuvalu, Vanuatu, Maldivas. Desses países apenas a Maurîtânia e a Alemanha não são ex-colônias ou ex-protetorados do Reino Unido, e deve ser por esta razão que as Constituições revelam semelhantes padrões de redação.

A Constituição da Alemanha⁶³ prevê restrição ao direito de movimentação com base em preocupações relativas à disseminação de epidemias.

3 – Constituições que têm a previsão da criação e manutenção pelo governo de instituições de saúde, mas não prevêem a existência do direito à proteção à saúde como parte integrante do direito do cidadão. Assim o é na Nigéria, Serra Leoa, Suazilândia, Uganda, Canadá, Áustria, Luxemburgo, San Marino, Suécia, Turquia, Líbia, Qatar, Niue, Vietnã, Bangladesh, Índia.

Antonio Gelis Filho ressalta que um exemplo dessa previsão está na Constituição da Nigéria, pois prevê, em seu art. 18, que o Estado deve voltar sua

en France en 2002 (A saúde na França em 2002), relatório do Alto Comissariado para a Saúde Pública, La Documentation Française, 2002, 410 páginas. Économie de la santé (Economia da saúde), Béatrice Majnoni d' Intignano, com a colaboração de Philippe Ulmann. Paris: PUF, 2001 Thémis Économie, 438 páginas. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/abr/imagesdelafrance/Formato%20PDF/saude.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2006.

⁶³ *Grundgesetz* de 1949, artigo 11 (1) Todos alemães gozam de liberdade de movimento através do território federal. (2) Esse direito somente poderá ser restrito de acordo com e por conta de uma lei e somente nos casos em que não houver meios adequados de sobrevivência pessoal, sobrecarregando a comunidade, ou quando tal restrição for necessária para evitar um perigo iminente para a existência ou para a ordem democrática da federação ou de um Estado, para combater o perigo de uma epidemia [...]

política visando garantir instalações médicas e de saúde para todos. Cita, dentre outras, a Constituição da República da Turquia que, em seu art. 56, preceitua que o Estado deve garantir que cada um tenha condições de saúde física e mental e que essa missão deve ser cumprida por meio da utilização e da supervisão das instituições de saúde e de assistência social, tanto no setor público como no privado. Por fim, ressalta que o Canadá, em seu *Constitutional Act* de 1867, prevê a existência de poderes legislativos para que o seu parlamento legisle sobre o estabelecimento e a manutenção de Marine Hospitals. Assim como o *Constitutional Act* de 1982 incluiu uma declaração de direitos (*Bill of Rights*) que não menciona o direito à saúde.

4 – Constituições que prevêm direitos referentes a áreas próximas à saúde, direitos relativos a fenômenos de impacto imediato sobre a saúde, meio ambiente, prestações previdenciárias *lato sensu*, ambiente de trabalho sadio, consumo de produtos inofensivos à saúde ou que estabelecem direitos referentes à saúde para determinados grupos existentes na sociedade, crianças, gestantes e mães, idosos, deficientes, ex-combatentes e consumidores, como no caso de Angola, Chade, Congo, Eritréia, Etiópia, Gabão, Gana, Guine Equatorial, Malawi, Namíbia, República Democrática do Congo, Argentina, Belize, Costa Rica, Guiana, México, República Dominicana, Uruguai, Geórgia, Irlanda, Islândia, Mônaco, Noruega, Egito, Irã, Kuwait, Omã, Síria, Sudão, Cambodja, China, Japão, Laos, Micronésia, Palau, Nepal.

Na Argentina⁶⁴, a Constituição estipula que os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito à proteção da saúde, com tratamento eqüitativo, digno, com qualidade e eficiência dos serviços públicos.

⁶⁴ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/portuguese.html>>. Acesso em: 17 jun. 2006. Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Na Constituição da Costa Rica⁶⁵ é assegurado o direito à saúde aos usuários e consumidores com tratamento equitativo a ser implementado pelo Estado, com o apoio aos organismos para defesa deste direito, tendo sido remetida à lei essa regulamentação.

No México⁶⁶, pela Constituição de 1917 o Estado também está obrigado a promover o efetivo acesso aos serviços de saúde, nos termos das disposições constitucionais ao povo e às comunidades indígenas, e a seguridade social será organizada para cobrir os acidentes e as enfermidades profissionais⁶⁷, assim como as enfermidades não-profissionais, a maternidade, o desemprego, a invalidez, a velhice e a morte.

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

⁶⁵ Costa Rica. Constituição. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias. (Así reformado por Ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996.)

⁶⁶ Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: [...] III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil. [...] V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades: i) Normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; los servicios de seguridad prestados por empresas privadas; la prevención y la readaptación social; la salud y asistencia social; y la previsión social;

⁶⁷ a) Cubrirá os acidentes e enfermidades profissionais; as enfermidades não profissionais e a maternidade; e também o desemprego, a invalidez, a velhice e a morte. [...] c) As mulheres, durante a gestação, não realizarão trabalhos que exijam um esforço considerável e que signifiquem um perigo para a saúde em relação com a gestação; gozarão obrigatoriamente de um mês de descanso antes da data aproximada fixada para o parto e de outros dois meses após o mesmo [...] Além disso, desfrutarão de assistência médica e obstétrica, de remédios, ajuda para a lactância e do serviço de creches. d) Os familiares dos trabalhadores terão direito a assistência médica e a remédios, nos casos e na proporção que determinar a lei.

No Uruguai⁶⁸, compete ao Estado legislar sobre as questões de saúde para o bem-estar físico, moral e social dos administrados e patrocinar gratuitamente a prevenção e assistência na hipótese de o administrado ser carente de recursos suficientes para o tratamento.

A República da Geórgia prevê o direito ao seguro-saúde e não o direito à saúde, porém não exclui o fornecimento de serviços gratuitos em casos determinados.

5 – Países cujas Constituições reconhecem o direito à saúde, mas com restrição, como no caso de Camarões, Níger, Ruanda, Albânia, Armênia, Bulgária, Itália, Portugal, Suíça, Afeganistão, Arábia Saudita, Iraque, Filipinas, Mongólia, Timor Leste.

A Constituição de Camarões⁶⁹ expressa que todos têm direito a um padrão de vida adequado para saúde e bem-estar, com cuidados médicos e serviços sociais necessários, porém não se identifica um reconhecimento incondicional da existência do direito à saúde.

A Constituição da República italiana de 1947⁷⁰ foi uma das primeiras a expressar a dignidade da pessoa humana e, tratando-se da saúde, desde logo atribuiu ao Estado a tutela desse direito, por cuidar-se de direito fundamental do indivíduo, garantindo, em seu art. 117, o atendimento gratuito aos indigentes.

⁶⁸ Artículo 44. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

⁶⁹ Art. 56. Todos têm direito a um padrão de vida adequado para sua saúde e bem-estar e os de seus familiares, incluindo comida, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários.

⁷⁰ Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Art. 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Em Portugal⁷¹, o Estado está obrigado a garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente de sua condição econômica, à medicina preventiva, curativa e à reabilitação, fazendo a ressalva de que este atendimento será tendencialmente gratuito.

A Constituição da Suíça estabelece, no art. 12⁷², o direito à ajuda em caso de necessidade e a obrigação do Estado de, em último caso, garantir que cada um receba os serviços necessários à saúde.

6 – O último grupo de constituições prevê um reconhecimento ilimitado do direito à saúde, como é a situação no Brasil e também na África do Sul, Argélia, Benin, Burkina Faso, Cabo Verde, Comoros, Costa do Marfim, Guiné, Madagascar, Mali, Moçambique, Senegal, Seychelles, Togo, Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Venezuela, Andorra, Azerbaijão, Bélgica, Bielo-Rússia, Cazaquistão, Croácia, Eslováquia Europa, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, Grécia, Holanda, Hungria, Letônia, Lituânia, Macedônia, Moldova, Polônia, Quirguistão, Romênia, Rússia, Tajiquistão, Turcomenistão, Ucrânia, Usbesquistão, Bahrein, Coréia do Sul, I.Marshall, Coréia do Norte, Sri Lanka.

⁷¹ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html#refmat>>. Acesso em: 18 jun. 2006.

Artigo 64.º (Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; [...]

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; [...]

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

⁷² Art. 12. Direito à ajuda em caso de necessidade. Pessoas em necessidade e incapazes de cuidar de si mesmas têm o direito de serem cuidados e assistidos, e de receber uma protecção especial e de receber os meios necessários para levarem a vida com dignidade. Art. 41 1. A Confederação e os Cantões devem procurar garantir que, em adição à responsabilidade pessoal e à iniciativa privada, [...] b) Toda pessoa receba os serviços necessários à saúde. Uma restrição relevante está prevista no mesmo artigo 41: 4. nenhum direito subjetivo a prestações do Estado poderá ser deduzido diretamente dos objetivos sociais.

Na Constituição da Bolívia⁷³, o direito à saúde está consagrado como direito fundamental, havendo expressa previsão de que o Estado é o responsável pela saúde da população.

No Chile⁷⁴, o direito à saúde vem prescrito em artigo separado na Constituição, trazendo previsão específica sobre a proteção à saúde, atribuindo-a ao Estado, a quem cabe promovê-la, estabelecendo a coordenação e o controle das ações a ela relacionadas e garantindo a execução de suas ações por instituições públicas ou particulares, facultando ao administrado a eleição do sistema de saúde estatal ou privado.

Na Colômbia⁷⁵, a saúde é serviço público a cargo do Estado, com a correspondente obrigação de organizar, dirigir e regulamentar a prestação desses

⁷³ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/portuguese.html>>. Acesso em: 20 jun. 2006.
Artículo 7.º Derechos fundamentales. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales: a) A la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad. (**Inciso modificado por Ley n. 2410 del 8 de agosto, 2002.*) k) A la salud pública y a la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las Leyes. (**Inciso modificado por Ley n. 2410.*) Artículo 158.º- Seguridad social.

I. El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población; asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar. (**Inciso modificado por Ley n. 2410 del 8 de agosto, 2002.*)

Artículo 164.º La asistencia social es función del Estado. El servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado, y sus condiciones serán determinadas por ley. Las normas relativas a la salud pública son de carácter coercitivo y obligatorio.

⁷⁴ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/portuguese.html>>. Acesso em: 20 jun. 2006.

N. 9. El derecho a la protección de la salud.
El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.
Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;
⁷⁵ Colômbia. Constituição. Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

serviços. O estabelecimento de políticas para a prestação de serviços de saúde por entidades privadas também é atribuição do Estado, conferindo à lei o estabelecimento da gratuidade e obrigação do que denomina atenção básica. Importante ressaltar que nela se reconhece a saúde como direito fundamental das crianças.

Na Espanha⁷⁶, reconhece-se o direito de proteção à saúde, cabendo aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública, mediante medidas preventivas e de prestação de serviços necessários, conferindo a regulamentação dos direitos e deveres. Na mesma carta política há expressa previsão de que os poderes públicos garantirão a defesa dos usuários dos serviços públicos quanto a esses direitos, mediante procedimentos eficazes.

A Constituição da Guatemala⁷⁷ prevê o direito à saúde como direito fundamental sem qualquer discriminação, obrigando o Estado a promover a saúde e a assistência social, para o bem-estar físico, mental e social do administrado.

No Panamá⁷⁸, a função essencial do Estado é proteger a saúde dos administrados; estes também têm direito à promoção, proteção, conservação, restituição

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.

⁷⁶ Espanha. Constituição. Artículo 43. Protección a la salud. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Artículo 51. Defensa de los consumidores. 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

⁷⁷ Artículo 93. Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna. Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social. Artículo 95. La salud, bien público. La salud de los habitantes de la Nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento. Artículo 98. Participación de las comunidades en programas de salud. Las comunidades tienen el derecho y el deber de participar activamente en el planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud.

⁷⁸ Artículo 105. Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

e reabilitação da saúde e a obrigação de conservá-la para o completo bem-estar físico mental e social. Estabelece a Constituição do Panamá também que, de acordo com as necessidades de cada região, serão criados estabelecimentos que prestem serviços de saúde de forma integral e forneçam medicamentos a toda a população e gratuitamente àqueles que carecem de recursos financeiros. Este país, apesar de fazer restrição de caráter econômico, restou incluído no grupo daqueles que têm o reconhecimento integral do direito à saúde.

No Peru⁷⁹, todos os administrados têm direito à proteção da saúde e compete ao Estado determinar a política nacional de saúde a ser desenvolvida e conduzida com equidade, proporcionando o livre acesso mediante entidades públicas, privadas ou mistas, nos termos do que estabelece a Constituição da República.

A Constituição da Rússia⁸⁰ prevê que todos têm direito à saúde e à assistência médica e será disponibilizada aos cidadãos de forma gratuita. A Constituição de Cuba⁸¹ afirma que todos têm direito a que se atenda e proteja a saúde.

Artículo 106. En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

1. [...].

2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.

3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia.

4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectivamente o individualmente, a toda la población.

5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se preste servicio de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos.

6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral.

⁷⁹ Artículo 7.º Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Artículo 9.º- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. Artículo 11.º- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado. (** Párrafo agregado por Ley n. 28.389 del 17 de noviembre de 2004.*)

⁸⁰ Artigo 41. Todos têm direito à saúde e à assistência médica. A assistência médica será disponibilizada aos cidadãos de forma gratuita [...].

⁸¹ Artigo 50. Todos têm direito a que se atenda e proteja sua saúde.

A Constituição da República da Venezuela⁸² prevê que a saúde é um direito social fundamental, sendo obrigação do Estado assegurar esse direito como parte do direito à vida. Apesar da previsão constitucional, é importante apontar que houve uma decisão judicial que negou a um camponês o requerimento de atendimento por equipes médicas especializadas, solicitado em 1985, por entender que não existia situação jurídica subjetiva infringida ou violação de normas ou princípios constitucionais, o chamado caso Nicanor⁸³.

Verifica-se que as Constituições realmente incorporaram de forma expressa os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como reação aos regimes autoritários⁸⁴. Assim, diversos países introduziram em seus textos elementos

⁸² Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Artículo 85. El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

⁸³ A experiência já demonstrou que a simples afirmação, ainda que constitucional, do direito à saúde não tem gerado, na prática, a sua aplicabilidade. Veja-se o exemplo relativamente recente do “caso Nicanor”, na República da Venezuela. A Constituição prevê, no art. 49, que “os Tribunais garantirão a todo habitante da República o gozo e exercício dos direitos e garantias que a Constituição estabelece”, e a saúde, como visto, é um desses direitos (art. 76). Pois bem, em julho de 1985, um jovem camponês solicitou o amparo constitucional por encontrar-se em risco de perder a vida, em razão da falta de condições econômicas para o tratamento, que requeria equipes médicas especializadas. A decisão judicial negou-lhe o recurso de amparo (semelhante ao mandado de segurança, no direito brasileiro), por entender que não existia situação jurídica subjetiva infringida ou violação de normas ou princípios constitucionais. Sueli Gandolfi Dallari. O papel do Município no desenvolvimento de políticas de saúde. *Revista da Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, n. 5, p. 401-405, out. 1991. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013>. Acesso em: 15 jun. 2006.

⁸⁴ Como exemplo de regimes autoritários podem-se Biafra, na Nigéria dos anos 60, o Khmer Vermelho no Camboja, os conflitos étnicos em Ruanda, Uganda, Bósnia e Kosovo, as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina, a fome e a miséria endêmica na Etiópia e diversos outros países africanos, a

relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, como descreve Ana Paula de Barcellos:

Diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada – e continua a ser pelo fato de tais elementos gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado⁸⁵.

Na grande maioria das Constituições há referências expressas ao dever do Estado quanto à proteção à saúde. Há divergências na abordagem de proteção à saúde: algumas mencionam que o Estado deve prover de forma integral a saúde, sem qualquer discriminação, outras fazem menção que essa providência será efetivada aos carentes, *v.g.*, a Constituição do Panamá faz previsão específica quanto à assistência farmacêutica, mas ressalta que esse fornecimento será efetivado para a população carente.

A experiência demonstrou que a afirmação constitucional do direito à saúde não tem gerado a sua imediata aplicabilidade, como na Venezuela, bem como de que a não-previsão constitucional da proteção à saúde não tem servido de empecilho para que o exercício desse direito seja efetivado, como na França.

Verifica-se que a proteção à saúde expressa na Constituição não está atrelada ao fato de integrar os países desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Conclui-se do levantamento apresentado que são muitos os países que têm o reconhecimento ilimitado do direito à saúde. Desta forma, pode-se afirmar que atribuir ao Estado a responsabilidade integral de assegurar o direito à saúde, como se fez no Brasil, não é inédito nem desarrazoado.

pobreza crônica, o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil na América Latina e Ásia, dentre outros.

⁸⁵ Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro p. 86, abr.-jun. 2005.2005.

PARTE II

O DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NO BRASIL

A SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O sistema constitucional administrativo

O Estado de Direito⁸⁶, também chamado Estado censitário, burguês, neutro, abstencionista, nacional/burguês, legislativo, guarda-noturno, Estado-máquina, Estado mecanismo, pauta-se nos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, para assegurar a proteção dos direitos individuais nas relações entre particulares e entre os particulares e o Estado.

A concepção liberal clássica exhibe um Estado de funções reduzidas, que traz consigo a idéia da necessidade de limitar o poder político e de projetar a atuação estatal à segurança, à justiça e à proteção dos direitos individuais, já que não lhe cabe promover essa satisfação, que pode ser alcançada pelos particulares.

Após a Revolução Francesa formou-se um conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, limitando o poder; reconheceram-se os direitos dos particulares perante a Administração, com jurisdição e jurisprudência que vinculava a administração e norteava os institutos

⁸⁶ A expressão Estado de Direito é suscetível de várias interpretações. Para uns, Estado de Direito é a mesma coisa que Estado constitucional, isto é, Estado em que o poder é limitado por uma Constituição escrita e rígida. Para outros, Estado de Direito é aquele que é regido, em última análise, pela lei, mas por uma lei com conteúdo de justiça, não pela mera vontade arbitrária do legislador, expressa pela forma de lei. Não falta, porém, quem em nome da “pureza” do direito pretenda que é Estado de Direito todo aquele que comanda por meio de leis, independentemente do conteúdo justo ou não dessas leis. Certamente a intenção do constituinte ao referir-se a Estado Democrático de Direito foi mostrar que ele não pretende que o Brasil seja regido por leis formais que violem eventualmente os princípios fundamentais da democracia. Na doutrina espanhola, Estado Democrático de Direito foi expressão cunhada para significar “socialismo na democracia”. Não há dúvida de que a expressão Estado Democrático de Direito não foi votada pelo constituinte brasileiro com a intenção de designar o socialismo na Constituição e democracia pátria. Não se aplica aqui, desse modo, a conotação que tem a expressão no direito espanhol. José Afonso da Silva sustenta, porém, o contrário, afirmando que Estado Democrático de Direito significa na Constituição brasileira Estado em transição para o socialismo (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 18).

jurídicos e houve uma elaboração abrangente de doutrinas com os aspectos legais da atividade administrativa⁸⁷.

Pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a concepção clássica de Estado de Direito apóia-se nos seguintes pontos:

1. o reconhecimento da liberdade dos cidadãos, dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis; 2. o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei; 3. o princípio da justiciabilidade, que exige a existência de um órgão independente para decidir os litígios; 4. o princípio da igualdade de todos perante o direito, vedado qualquer tipo de discriminação; 5. a concepção substancial do direito que, fazendo-o decorrer da natureza do homem, imprime-lhe o caráter de justiça⁸⁸.

Substitui-se neste momento a idéia de fonte do direito localizada na vontade do rei para o entendimento da idéia de lei como fruto da vontade geral. As leis, portanto, como fruto da consagração do princípio da legalidade e da separação dos poderes, deveriam, para ser legítimas, resultar da manifestação de vontade geral do povo, cabendo apenas ao Poder Legislativo expressar tal vontade.

A Constituição francesa de 1791, no art. 3.º, estipula que “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

A consagração do princípio da legalidade se dá sob a base de duas idéias principais – a primeira é de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei, e a outra é a da separação dos poderes, dando primazia ao Poder Legislativo e colocando o Poder Executivo e o Judiciário sob a égide da Lei.

Geraldo Ataliba assim se manifestou sobre tal princípio:

⁸⁷ Odete Medauar. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 22-23.

⁸⁸ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22-23.

Se o povo é o titular da *res publica* e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo e o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei. O judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes⁸⁹.

Se o princípio da legalidade é um elemento imprescindível à conceituação do Estado de Direito, nele não se realiza completamente. Isso porque tornar-se-ia um Estado de legalidade legitimado até mesmo em regimes totalitários. Há que tê-lo ao lado da separação dos poderes, pois não se pode admitir que quem faça a lei também aplique e julgue os casos de desobediência, sejam eles dos governantes ou dos governados⁹⁰.

A lei assume, neste sentido, além de sua clássica concepção formal, um sentido material, relativo ao papel a ser desempenhado na realização dos valores consagrados pela Constituição. Explicita José Afonso da Silva que:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalva relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito clássico, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social⁹¹.

Charles Eisenmann salienta que o princípio da legalidade determina uma certa relação entre os atos ou as ações administrativas e a massa imensa de normas gerais e de normas individuais⁹².

⁸⁹ Geraldo Ataliba. *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 122.

⁹⁰ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 118.

⁹¹ *Ibidem*, p. 121.

⁹² O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 48, abr.-jun. 1954.

Assim sendo, o Estado de Direito adotou o princípio da legalidade como um de seus dogmas fundamentais, ao qual se submetia a Administração Pública, sendo o princípio em tal contexto social dotado de uma concepção mais rígida, porque procurava compatibilizar a regra de obediência à lei com a idéia de discricionariedade administrativa herdada do Estado de Polícia, segundo a qual isentava-se do controle judicial uma parcela de atos da Administração⁹³. A atividade administrativa era vista como simples execução dos preceitos legais e a discricionariedade, neste âmbito, como um poder político, eis que se encontrava isenta de controle jurisdicional.

Como conseqüência, tem-se que o princípio da legalidade entremostrava a possibilidade de a Administração fazer não só o que a lei autorizasse por expressa previsão, como tudo aquilo que a lei não proibisse. Ou seja, a Administração não poderia contrariar as leis, atuando de modo compatível e, fora do âmbito de previsão legal, poderia atuar livremente. Tal concepção de legalidade ficou conhecida como doutrina da vinculação negativa da Administração⁹⁴.

Trata-se, pois, da formação da idéia da vinculação positiva da Administração à legalidade, segundo a qual a legalidade passa de uma relação de mera compatibilidade para uma relação de conformidade. Segundo Eisenmann, a relação de conformidade expressa que “a Administração não poderá praticar senão os atos que forem previstos e, neste sentido, autorizados pela legislação; os outros, os atos ignorados pela lei, não sendo por definição conformes a uma regulamentação positiva (inexistente), não serão legais”⁹⁵.

Para Geraldo Ataliba, a “teoria da divisão do poder afirma que a atividade administrativa há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite”⁹⁶.

O direito administrativo originou-se destes princípios fundamentais do constitucionalismo: separação e legalidade, pois estes visavam assegurar a

⁹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 25.

⁹⁴ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁵ Charles Eisenmann. *O direito administrativo e o princípio da legalidade*, p. 54.

⁹⁶ *República e Constituição*, p. 50.

liberdade do cidadão diante das prerrogativas do poder público. Isso é o que sintetiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Os homens do século XVIII, que cunharam as instituições que ainda sobrevivem, procuraram dois caminhos diferentes: o primeiro caminho foi o de declarar os direitos fundamentais do homem; o segundo foi o de disciplinar a atuação do governo através de leis fixas, que servissem para submeter cada um às mesmas regras, à igualdade jurídica⁹⁷.

Com o advento do Estado Social, com a ampliação das funções desempenhadas pelo Executivo, este passa a atuar por outros instrumentos jurídicos que não a lei. Na realidade, o Estado passa a agir mais por meio de atos e contratos administrativos do que propriamente por meio de lei.

Neste cenário, em vez de uma norma solenemente afirmada para regular a conduta dos homens e orientar, impondo limites à atividade administrativa, passa-se a encontrar inúmeros princípios-regras que orientam a multiplicação de leis, as quais passam a tratar de questões que ordinariamente restavam sem regulamentação.

No Estado Democrático de Direito, a leitura do princípio da legalidade como relação de conformidade entre atos da Administração e termo de referência deverá englobar ainda os princípios constitucionais.

As conseqüências negativas produzidas pelo positivismo formalista, fruto do Estado liberal, no qual desvinculou-se a idéia de direito da justiça, acabaram por provocar reações no plano jurídico-constitucional, protestando-se justamente pelo retorno da vinculação da lei aos ideais de justiça. O conceito de lei tomado pelo seu aspecto formal já não bastava, visto que as leis deveriam expressar igualmente os valores que se perseguem para a implementação de efetiva justiça material. Como aduz Maria Syilvia Zanella di Pietro: “daí hoje falar-se em Estado Democrático de

⁹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Princípio da legalidade. *Revista Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 10, p. 10, jun. 1977.

Direito, que abrange os dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).”⁹⁸.

Paulo Otero explica que as leis oriundas do Estado Liberal tiveram seu papel e força reformulados em razão da evolução do constitucionalismo do século XX. Aponta esse autor três ordens de razões de índole constitucional que determinaram tal reformulação: a passagem de um modelo dominante de textos constitucionais flexíveis para textos rígidos provocou uma súbita transformação do papel e do valor da lei, uma vez que estas sofreram limites procedimentais e materiais estabelecidos em nível constitucional, transformando-se em ato subordinado; a passagem de um sistema de Constituição orgânica e estatutária para um sistema de Constituições programáticas implicou uma vinculação da lei, e, portanto, do legislador a um conjunto imperativo de significativos constitucionais; o desenvolvimento do princípio de constitucionalidade determinou a clara noção de supremacia da Constituição, envolvendo a subsequente idéia de subordinação hierárquico-normativa da lei. Por conseguinte, o século XX produziu, de um lado, uma valorização da Constituição, que implicou uma perda de supremacia da lei e, por outro lado, impregnou a legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que antes lhe era alheia⁹⁹.

Vê-se, assim, que a Administração já não está mais submetida apenas à lei em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram a idéia de justiça, com os valores que lhe são inerentes, valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

O fato é que, diante de um sistema constitucional tendencialmente principialista, a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas a todo um sistema de legalidade, que incorpora princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, passando a Administração Pública a se submeter à lei e ao direito. Tal formulação implica que a ação da Administração Pública encontra-se regida não apenas pela lei, como também por princípios. No entanto, por outro lado, implica

⁹⁸ *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, p. 40.

⁹⁹ Paulo Otero. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do direito administrativo. In: André Ramos Tavares; Olavo A.V. Alves Ferreira; Pedro Lenza (Coord.). *Constituição Federal 15 anos*. São Paulo: Método, 2004. p. 153-154.

igualmente a permissão da atuação da Administração Pública mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional, quando os mandamentos constitucionais impuserem sua atuação. Importa, pois, o conteúdo, e não a forma da prescrição de atuação.

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto, de modo que a legalidade administrativa acaba por tornar-se prevalecentemente principialista em certos setores¹⁰⁰.

No campo constitucional, a implementação legislativa dos princípios constitucionais¹⁰¹ acaba por envolver uma inevitável técnica enunciativa das normas em termos vagos, que remete o aplicador do direito no caso concreto à realização de ponderação e escolha entre os princípios acolhidos no texto da Carta Magna.

Portanto, a

lei, no Estado de Direito, tem um sentido formal, pelo fato de que emana do poder legislativo (ressalvadas algumas hipóteses excepcionais previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias) e sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição, sob a forma de princípios fundamentais (enunciados do Título I da Constituição)¹⁰².

A partir das considerações acima tecidas, retomando o conceito proposto por Charles Eisenmann do princípio da legalidade administrativa, o entendemos como uma relação de conformidade entre atos administrativos e o termo de referência. Todavia, em razão da própria evolução deste termo de referência, esta relação de conformidade não se traduz apenas no exercício de um poder vinculado, expresso em mera execução de uma hipótese fixada explicitamente por uma norma legislativa. O referido princípio traduz-se também em uma conformação a um sistema de

¹⁰⁰ Paulo Otero. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do direito administrativo. In: André Ramos Tavares; Olavo A.V. Alves Ferreira; Pedro Lenza (Coord.). *Constituição Federal 15 anos* cit., p. 165.

¹⁰¹ Tendo por pressuposto a conclusão da introdução do presente estudo, na qual se determinou que os princípios, uma vez ponderados, resultam em uma regra que estatui um dever definitivo a ser observado pelo aplicador do direito.

¹⁰² Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 43.

legalidade que engloba não apenas a necessidade de observância de expressa determinação legal, assim como os próprios atos normativos emanados da Administração e dos princípios consagrados pelo sistema.

Trata-se em verdade de uma leitura do princípio da legalidade que se situa entre as duas proposições intermediárias expostas, atinentes à significação do princípio da legalidade. Retomando suas significações, as acepções intermediárias deduzem que, num primeiro sentido, a Administração poderia fazer o que uma norma superior legal ou constitucional a autorizasse, ainda que esta não estivesse contida nos detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos; ou, ainda, num segundo sentido, que a Administração só poderia emitir os atos que se baseassem em norma geral, não apenas habilitadora, mas predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados, conforme um esquema abstratamente fixado por norma legislativa.

Com base em tais acepções do princípio da legalidade, vê-se que o Estado contemporâneo assume simultaneamente duas significações. Isto porque a lei, em sua clássica acepção, dotada de caráter genérico e abstrato, por vezes apenas fixa a competência para realização do ato administrativo. Mas, ainda que se veja a autoridade administrativa dotada de uma maior liberdade quanto à determinação do conteúdo do ato a ser praticado, encontra-se ela submetida aos princípios que informam o sistema, os quais limitam o conteúdo do ato a ser expedido.

A propósito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que a função do “ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”¹⁰³.

O princípio característico e essencial do Estado de Direito é o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma de direito, quer dizer, ligado pelas normas jurídicas.

¹⁰³ *Curso de direito administrativo*, p. 100.

Enquanto no Estado de Direito há garantia aos particulares relativamente ao agir da Administração Pública, isto é, ao mesmo tempo em que fez dos administrados titulares de direitos subjetivos públicos, reduziu na mesma medida as faculdades discricionárias daquela. Assim, direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos.

No Estado de Direito o sistema constitucional-administrativo não concebe a existência de um poder discricionário, de uma livre atuação por parte de qualquer autoridade; regula toda a atividade de administração com normas jurídicas providas da correspondente sanção, quer em relação ao ato, quer ao agente, para o caso de serem violadas pelos servidores.

Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis¹⁰⁴.

2.2 Consagração do direito à saúde no Brasil

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a saúde foi elevada à condição de direito fundamental do cidadão. As Constituições do Brasil de 1890, 1934, 1937, 1946 e 1967 não trataram da saúde na forma universal, tendo, inclusive, confundido a assistência à saúde com assistência social.

Sabe-se que no Brasil, após 1960, a ditadura militar derrotou as forças democráticas, impedindo um desenvolvimento econômico-social e político, acentuando as desigualdades sociais. A III Conferência Nacional da Saúde de 1963 teve seus objetivos frustrados pela ditadura militar. A deficiência na saúde pública devia-se à falta de plano e gerenciamento adequados. Os movimentos sociais

¹⁰⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 102.

passaram a adotar constantes embates com os interesses empresariais para definição de uma política de saúde.

O processo de mudança iniciou-se em plena ditadura militar com o movimento sanitário para o desenvolvimento de uma política de saúde democrática, descentralizada e universal.

A política nacional de saúde enfrentou diversos movimentos populares questionando as políticas estatais, originando um tema constante entre a relação de saúde e democracia, que ensejou o Decreto 91.466, de julho de 1985, com o objetivo de propor uma ampla reforma setorial¹⁰⁵, que culminou na VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁰⁶, realizada entre 17 e 21.03.1986, em Brasília, presidida por Sérgio Arouca, aglutinando e consolidando todas as propostas da denominada Reforma Sanitária. Os seus resultados foram apresentados ao Congresso Nacional para discussão e incorporação na Constituição Federal, consagrando o Sistema Único de Saúde¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Decreto 91.466, de julho de 1985: “I – a saúde como direito inerente à personalidade e à cidadania; II – reformulação do Sistema Nacional de Saúde, em consonância com os princípios de: integração orgânico-institucional, descentralização, universalização e participação: redefinição dos papéis institucionais das unidades políticas (União, Estados, Municípios e territórios) na prestação de serviços de saúde; III – financiamento setorial”.

¹⁰⁶ A 8.^a Conferência Nacional de Saúde foi o ponto culminante do chamado “Movimento de Reforma Sanitária” e do amplo processo de discussão por ele promovido. Conjugando os vários fatores democratizantes inspiradores da Nova República, tendo sido precedida por conferências preparatórias estaduais e municipais, e contando com a participação de quase 5.000, sendo 1.000 delegados, distribuídos entre produtores de serviços de saúde (profissionais) e usuários (sociedade civil organizada), a 8.^a CNS marcou de forma impactante o início do exercício, na arena estatal e em larga escala, da participação institucional de representações da sociedade civil no processo de concentração de interesses e pactuação de políticas em saúde. Correspondeu, ademais, a uma estratégia de ampliação do debate setorial com a inclusão da sociedade civil organizada, com vistas a alcançar o acúmulo político necessário à reforma sanitária propugnada pelo Movimento de Reforma Sanitária. Alexandre Amaral Gavronski. A participação da comunidade como diretriz do SUS: Democracia Participativa e controle social. A inconstitucionalidade das leis que estabelecem os gestores de saúde como presidentes natos dos conselhos. Monografia final de curso. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Orientadores Msc. Márcio Iório Aranha e Especialista Lenir Santos. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_atividades/saude/monografia_gavronski.PDF>. Acesso em: 18 fev. 2006.

¹⁰⁷ O relatório final da 8.^a Conferência Nacional de Saúde previu: “As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema Único, organizado de acordo com os seguintes princípios: I – comando administrativo único em cada nível de governo; II – integralidade e continuidade na prestação das ações de saúde; III – gestão descentralizada, promovendo e assegurando a autonomia dos Estados e Municípios; IV – participação da população através de entidades representativas na formulação de políticas e controle de ações nos níveis federal, estadual e municipal em conselhos de saúde”.

Verifica-se que a redação da Constituição Federal de 1988 atende em grande parte às reivindicações do movimento sanitário que buscavam: o direito universal à saúde; o dever do Estado na prestação, a recuperação e a proteção da saúde; a extinção das discriminações existentes para aqueles que eram segurados daqueles que não eram segurados; instituição de um sistema universal, hierarquizado, regionalizado, descentralizado, com atendimento integral e participação¹⁰⁸ da sociedade e do setor privado como sistema complementar.

O direito à saúde chegou a ser um direito apenas para aqueles que eram segurados do instituto previdenciário; por vezes também foi confundido como benefício assistencial, o que foi muito pior, pois foi tratado como fruto de caridade do Estado.

Somente após um longo processo evolutivo de compreensão dos direitos do cidadão, o direito à saúde passou a ser um elemento integrante da ordem social como um direito de todos e um dever do Estado. Tal direito foi estatuído no sistema constitucional vigente no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II, Seção II, nos arts. 196 a 200¹⁰⁹, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas

¹⁰⁸ É uma das maneiras de se efetivar a democracia, mediante a inclusão de novos sujeitos sociais nos processos de gestão do SUS como participantes ativos nos debates, formulações e fiscalização das políticas desenvolvidas pela Saúde Pública brasileira, conferindo-lhe legitimidade e transparência. Com previsão constitucional e legal, a participação popular confere, à gestão do SUS, realismo, transparência, comprometimento coletivo e efetividade de resultados. Está diretamente relacionada ao grau de consciência política e de organização da própria sociedade civil. O SUS deve identificar o usuário como membro de uma comunidade, com direitos e deveres, e não como receptor passivo de benefícios do Estado.

A participação da comunidade no SUS acontece, nos Municípios, por meio de canais institucionalizados (ou seja, previstos por leis ou normas do SUS), como as conferências municipais de saúde, os conselhos municipais de saúde, os conselhos gestores de serviços ou, ainda, por meio de reuniões de grupos por áreas de afinidade. Mesmo nos órgãos internos do SUS, os processos participativos são importantes, como as mesas de negociação trabalhista, a direção colegiada e outras. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_atividades/saude/SUS_AaZ.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2006.

¹⁰⁹ Seção II. Da saúde. Art. 196. 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.

Art. 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.

Art. 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.

§ 1.º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1.º pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

§ 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3.º; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3.º. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

§ 3.º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

I – os percentuais de que trata o § 2.º; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)

§ 4.º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 51, de 2006.)

§ 5.º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 51, de 2006.) (Vide Medida Provisória n. 296, de 2006.)

§ 6.º Além das hipóteses previstas no § 1.º do art. 41 e no § 4.º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 51, de 2006.)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1.º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2.º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3.º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4.º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Da leitura dos dispositivos constitucionais conclui-se que o Sistema Único de Saúde é informado especialmente pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Com a instituição dos referidos princípios no art. 196 da Constituição Federal, hoje são 150 milhões de cidadãos com direito à saúde, pois não há qualquer discriminação de condição física, social, racial ou econômica para a gratuidade do atendimento integral, ou seja, qualquer pessoa tem acesso a qualquer tipo de serviço de saúde.

O art. 198 da Constituição Federal previu o seu custeio, contudo a sonegação da destinação dos valores impediu assegurar este direito desde a promulgação da Constituição. Com esta nova redação dada pela EC 29, não há como falar na impossibilidade do atendimento universal.

A regulamentação do direito à saúde, por seu turno, ficou a cargo da União, dos Estados e dos Municípios, tendo os dois primeiros competência comum e concorrente para tratar da defesa da saúde e da sua proteção¹¹⁰ e também competência suplementar à legislação da União¹¹¹. Aos Municípios compete legislar sobre os assuntos de interesse local, ou seja, suplementar a legislação federal e estadual, tendo sido expressamente ressalvado que o Município deve prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental¹¹².

As Constituições estaduais reiteram a proteção ao direito à Saúde e, no Brasil, há uma vasta previsão legal regulando essa proteção, tanto de natureza operacional quanto da questão orçamentária.

¹¹⁰ Art. 24, XII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹¹ Art. 24, § 2.º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹² Art. 30, VII, da Constituição Federal de 1988.

Na Constituição Estadual de São Paulo está assegurado o atendimento integral, com a promoção, preservação e recuperação da saúde, asseverando, inclusive, que o Estado está obrigado a prestar os serviços de forma gratuita.¹¹³

Não obstante as previsões existentes na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, podem-se elencar, dentre o grande número de leis e normas que regulam as questões da saúde, as seguintes:

LEIS:

Lei 5.991, de 17.12.1973 – DOU 19.12.1973. *Regulamentada pelo Decreto 74.170, de 10.06.1974. Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências.*

Lei 6.360, de 23.09.1976 – DOU 24.09.1976. *Regulamentada pelo Decreto 79.094, de 05.01.1977. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências.*

Lei 8.069, de 13.07.1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Lei 8.080, de 19.09.1990. *Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.*

Lei 8.142, de 28.12.1990. *Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.*

Lei 7.802, de 1989. *Disciplina o controle de agrotóxicos.*

Lei 9.273, de 1996. *Torna obrigatória a inclusão de dispositivo de segurança para evitar a reutilização das seringas descartáveis.*

¹¹³ Arts. 219, IV, 222, V, e 223 da Constituição do Estado de São Paulo.

Lei 9.313, de 1996. *Disciplina a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores e doentes de Aids.*

Lei 9.294, de 15.07.1996 – DOU 16.07.1996. *Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4.º do art. 220 da Constituição Federal.*

Lei 9.431, de 1997. *Estabelece normas relativas a programas de controle de infecções hospitalares.*

Lei 9.434, de 1997. *Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.*

Lei 9.797, de 1999. *Fixa a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede do SUS.*

Lei 10.083, de 1998. *Institui o Código Sanitário do Estado de São Paulo.*

Emenda Constitucional 29, de 2003. *Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167, 189 da Constituição assegurando recursos mínimos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o financiamento das ações e serviços de saúde.*

Lei 10.191, de 14.02.2001. *Dispõe sobre a aquisição de produtos para implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde. Esta lei, no art. 1.º, dispõe que as aquisições de imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos, efetuados pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, para a implementação de ações de saúde poderão ser realizadas por intermédio de organismos multilaterais internacionais, de que o Brasil faça parte, desde que obedecidos os procedimentos por eles adotados.*

Lei 10.741, de 2003. *Estatuto do Idoso.*

Lei 10.742, de 06.10.2003 – DOU 07.10.2003. *Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED e altera a Lei 6.360, de 23.09.1976, e dá outras providências.*

Lei Municipal 13.725, de 2004. *Institui o Código Sanitário do Município de São Paulo.*

Lei 11.107, de 06.04.2005 – DOU 07.04.2005. *Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências*¹¹⁴.

Lei 11.185, de 07.10.2005 – DOU 10.10.2005. *Altera o caput do art. 11 da Lei 8.069, de 13.07.1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.*

Lei 11.255, de 27.12.2005 – DOU 28.12.2005 – RET 29.12.2005. *Define as diretrizes da política de prevenção e atenção integral à saúde da pessoa portadora de hepatite, em todas as suas formas, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências.*

Lei Complementar 791 – *Código de Saúde de São Paulo.*

NORMAS INFRALEGAIS:

Portaria 3.916/GM, de 30.10.1998. *Política nacional de medicamentos.*

Portaria 1.481/GM, de 28.12.1999. *Medicamentos excepcionais – estabelece sobre os recursos do Ministério da Saúde destinados ao FAEC.*

¹¹⁴ Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.
§ 1.º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.
§ 2.º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.
§ 3.º Os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Portaria 1318/GM, de 23.07.2002. *Medicamentos excepcionais – define medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS.*

Portaria GM/MS 373/2002. *Norma operacional de assistência à saúde – NOAS/SUS 01/2002.*

Portaria 2.047/GM, de 05.11.2002. *Aprova diretrizes operacionais para aplicação da Emenda Constitucional 29/2003.*

Resolução 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde. *Resultante da reunião para consenso de definição sobre serviços e ações de saúde.*

Portaria 1.018/GM, de 1.º, 07.2005. *Programa nacional de atenção integral às pessoas com doença falciforme e outras hemoglobinopatias.*

Resolução 338, de 06.05.2004, *do Conselho Nacional de Saúde.*

Pode-se concluir que, além da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional agregou prioridade de atendimento às pessoas consideradas em situação de hipossuficiência, às crianças e adolescentes, aos idosos e aos portadores de deficiência, bem como deu atenção especial aos pacientes portadores do vírus HIV, distribuindo medicamentos gratuitamente.

Portanto, no Brasil tem-se um sistema integrado pelas pessoas jurídicas de direito público interno responsáveis solidariamente pelos serviços de saúde.

2.2.1 A eficácia das normas relativas ao direito à saúde

Vários doutrinadores dedicaram-se ao tema da eficácia das normas constitucionais. No Brasil, nas lições de José Horácio Meirelles Teixeira, a questão da aplicabilidade das normas constitucionais demanda uma análise do intérprete, pois:

A norma deverá considerar-se auto-executável, ou auto-aplicável, isto é, de eficácia plena, completa, incidindo desde logo, e diretamente, sobre a matéria que lhe constitui objeto, se não reclamar, para essa aplicação:

- 1.º) nem a designação de órgãos ou autoridades especiais, aos quais incumbe especificamente essa execução;
- 2.º) nem a criação de processos especiais de execução;
- 3.º) nem, afinal, a elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, que lhe fixem o conteúdo (lei complementar), porque a norma constitucional há se apresentar suficientemente explícita sobre o assunto.¹¹⁵

Após criticar a natureza da classificação das normas constitucionais em normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, tendo em conta que não há nenhuma norma jurídica sem aplicabilidade, classifica-as em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada¹¹⁶, apontando duas categorias nestas últimas: normas programáticas¹¹⁷ e normas de legislação.

Por sua vez, Maria Helena Diniz conceitua norma programática como

a norma constitucional em que o constituinte não regulou diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem observados pelos poderes públicos como programas das respectivas atividades, pretendendo a consecução dos fins sociais pelo Estado¹¹⁸.

¹¹⁵ José Horácio Meirelles Teixeira. *Curso de direito constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 300-301.

¹¹⁶ A expressão “norma de eficácia limitada” que usamos para designar essas normas refere-se justamente a essa sua incapacidade para, por si só, alcançarem esses efeitos essenciais, ou para utilizarmos ainda aqui as magníficas palavras de Crisafulli, por “não bastarem elas, por si só, para determinar uma operação atual, por não serem imediatamente operativas dessas situações e relações da vida real” (*La Costituzione e lê sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 321).

¹¹⁷ Adota integralmente o conceito das normas programáticas de Crisafulli, normas que, em vez de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem), regulam comportamentos públicos destinados por seu turno a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão ou poderão (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias. Crisafulli. *Curso de direito constitucional*, p. 324.

¹¹⁸ Maria Helena Diniz. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 302.

Paulo Bonavides ressalva a preocupação com a norma constitucional programática “cuja fragilidade suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição”.¹¹⁹

Ainda que a doutrina admita que essa referência tenha caráter programático, não se pode conceber que seja essa regra

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 Estado¹²⁰.

José Afonso da Silva parte da premissa de que todas as normas são dotadas de eficácia¹²¹, variando tão-somente o grau dos seus efeitos jurídicos. Classifica as normas em razão da sua eficácia e aplicabilidade¹²² em: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípio programático¹²³⁻¹²⁴.

¹¹⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 245.

¹²⁰ Guido Ivan de Carvalho; Lenir Santos. *SUS – Sistema Único de Saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde. Leis n. 8.080/90 e 8.142/90. 4. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2006. p. 46, e expresso no RE 271286/RS, j. 12.09.2000.

¹²¹ A eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 66. Tércio Sampaio Ferraz Júnior aponta que a eficácia consiste em “uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos” (*Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 181).

¹²² “Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 13).

¹²³ *Ibidem*, p. 86.

¹²⁴ São de eficácia plena as normas constitucionais que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. [...] São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade” (*Ibidem*, p. 101-102). Normas de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. São de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia independe da interferência do legislador

Para o autor,

a aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica¹²⁵.

Ao catalogar as normas programáticas da Constituição Federal, segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, exclui o direito à saúde e o direito à educação das normas programáticas que seriam dirigidas à ordem econômico-social¹²⁶.

No que concerne à eficácia das normas constitucionais que disciplinam a saúde no direito brasileiro, acha-se a melhor solução nas classificações propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso.

Na proposição de Celso Antônio Bandeira de Mello a eficácia das normas constitucionais sobre justiça social tem em vista a imediata geração de direitos para os administrados¹²⁷. Ainda que o referido estudo tenha sido pautado pelas regras atinentes à Justiça Social da Carta de 1967, com a redação da Emenda 1, de 1969, o critério utilizado ainda se revela útil, servindo como subsídio para o exame dos direitos sociais invocáveis a partir dos preceitos constitucionais. Distingue as normas constitucionais em três categorias: a) normas concessivas de poderes jurídicos; b)

ordinário, e sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, ficando apenas dependente dos limites (daí eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou da ocorrência de circunstâncias constitucionalmente admitidas como restritivas (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida no direito objetivo) (op. cit., p. 116). Por fim, normas de eficácia limitada são todas as que “dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”. São de dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo; b) as definidoras de princípio programático (op. cit., p. 118). As primeiras são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (op. cit., p. 126). As últimas (programáticas) são aquelas normas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (op. cit., p. 138).

¹²⁵ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 14.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 150.

¹²⁷ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 255, jan.-jun. 1983.

normas concessivas de direitos; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

As normas concessivas de poderes jurídicos conferem poderes aos administrados que são por eles desfrutáveis independentemente de uma prestação alheia, como o direito de ir e vir, o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à vida etc. Tais normas criam posição jurídica imediata, de plena consistência ao administrado, prescindindo de qualquer regramento subsequente.

As normas concessivas de direitos geram em prol do administrado uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo, consistindo em um direito propriamente dito, vale dizer, um bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia. Tal direito de fruição, para ocorrer, depende de que a norma constitucional tenha desenhado uma conduta de outrem (normalmente do Estado), permitindo reconhecer qual o comportamento específico desse terceiro, capaz de dar concreta satisfação à utilidade deferida ao administrado.

As normas dessa segunda categoria possibilitam o que segue: a) o desfrute positivo de uma concreta utilidade e b) o poder jurídico de exigir este desfrute, se turbado por terceiro ou negado por quem tinha que satisfazê-lo.

As normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida são aquelas cuja dicção expressa um fim a ser cumprido obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, contudo, apontar os meios a serem adotados para alcançá-lo, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra. O autor, no entanto, não nega a força jurídica de ditas normas, que, no seu entendimento, permitem deduzir que é proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos que lhe sejam antagônicos, pois seriam inconstitucionais, concluindo que a Administração, ao agir, terá de comportar-se em sintonia com as diretrizes desses preceitos e o Judiciário, ao decidir sobre qualquer relação jurídica, deverá sopesar esses vetores constitucionais, como fator de inteligência e interpretação da relação jurídica *sub judice*.

Luís Roberto Barroso, discorrendo sobre as regras constitucionais que conferem direitos sociais, também propõe uma classificação das aludidas normas, levando em conta os efeitos distintos que elas produzem, tomando por critério as diferentes posições jurídicas que elas investem aos jurisdicionados¹²⁸. Tal critério se assemelha àquele oferecido por Celso Antônio Bandeira de Mello, tendo sido formulado já sob a égide da Carta Constitucional de 1988.

A classificação proposta distribui as normas constitucionais que outorgam direitos sociais em três grupos distintos: a) normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; b) normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; c) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

Nas normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, o dever jurídico e o direito que ele assegura consistem não em uma atuação, mas em uma omissão, um não-fazer, *v.g.*, o Estado não reprimir o direito de greve e o de punir os que o exercem.

As normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado referem-se às normas constitucionais atributivas de direitos sociais. Nessa hipótese, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse, que é o caso da proteção à saúde (art. 196).

Na classificação oferecida por Luís Roberto Barroso, a norma esculpida no art. 196 da Carta Constitucional é atributiva de direitos, ensejando prestações positivas do Estado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma sob comento também estaria subsumida na categoria daquelas que geram, em favor do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo, consistindo em um direito propriamente dito, mas que para ser usufruído depende de uma prestação alheia.

¹²⁸ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

Assim, a norma se afasta do conceito de norma programática concebida como norma que aponta para um fim a ser atingido, eis que institui um direito e o dever que lhe é correlato, tal como ocorre no art. 205 da Constituição Federal, que prevê o direito à educação.

As normas programáticas, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, são aquelas que prescrevem uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra. O autor não nega a força jurídica de tais normas, todavia sustenta que, nesses casos, a posição jurídica dos administrados é menos consistente, pois “não lhes confere fruição alguma nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo”¹²⁹.

Não se afasta desse entendimento Luís Roberto Barroso¹³⁰, que traça com clareza o liame que distingue as normas chamadas programáticas daquelas que definem ou atribuem direitos:

Delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, *atípico* (v. *supra*, cap. IV, nota 25), elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigi-la.

Luís Roberto Barroso reconhece a dicção ambígua do art. 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática, ao se referir a políticas sociais e econômicas que não estão especificadas. Apoiado em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mostra

¹²⁹ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p. 243.

¹³⁰ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 121.

como o “direito à saúde” é referido de forma heterogênea, sendo-lhe atribuídos rótulos variados: prerrogativa jurídica, direito fundamental, norma programática e preceito fundamental. Todavia, independentemente do rótulo que lhe é aposto, é possível verificar a disposição dos tribunais em dar plena efetividade à norma que consagra o direito à saúde, superando por via judicial as omissões do Poder Público¹³¹.

O autor observa que a norma prevista no art. 193 da Carta Constitucional pode ser citada como exemplo que se enquadra no conceito de normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social (“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”). Todavia, expressamente exclui dessa hipótese o direito à saúde (art. 196) e o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado – o Estado –, que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. E conclui: “se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma”.

Não se pretende com isso amesquinhar a eficácia e a força vinculante das chamadas normas programáticas, eis que as considerações expostas objetivam tão-somente enfatizar a natureza da norma que prevê a saúde como direito que se encontra atrelado a um dever do Estado, na medida em que lhe atribui prestações positivas que devem ser fruídas pelos administrados.

Conclui-se que o direito à saúde vincula o administrador, criando direito subjetivo exequível ante o Poder Público. Tais normas não podem ser catalogadas como dispositivos constitucionais de conteúdo programático, eis que estas, de acordo com os conceitos formulados, dizem respeito a dispositivos cuja eficácia não confere aptidão para impor ao Estado o dever jurídico de agir em determinado sentido, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado.

O direito e o dever consagrados no art. 196 da Constituição Federal geram direito subjetivo ao administrado, em sua versão positiva, como observa Regina

¹³¹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 110-111.

Maria Macedo Nery Ferrari.¹³² O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada ao universo dos administrados.

2.2.2 Natureza jurídica dos serviços de saúde

A natureza jurídica dos serviços de saúde é objeto de disparidade na doutrina; há quem entenda que esses serviços têm natureza de função estatal, serviço social, atividade de relevância pública e, também, de serviço público.

A natureza do serviço de saúde como função estatal é sustentada por Fernando Herren Aguillar, pois não se pode falar em único regime jurídico para a diversidade de serviços públicos existentes. No caso, se o serviço de saúde pode ser desempenhado livremente pela iniciativa privada, não cabe falar em serviços públicos em sentido estrito, que seriam as atividades econômicas atribuídas ao Estado, em regime de privilégio, e que podem ser desempenhados pela iniciativa privada apenas se obedecidas certas formalidades e satisfeitos certos requisitos¹³³, mas em funções do Estado¹³⁴.

A essa conclusão chega o autor após analisar o art. 175 da Constituição Federal e interpretar que, para se ter serviço público, ou há o desempenho da atividade diretamente pelo Estado ou este a delega aos particulares mediante concessão ou permissão, pois:

- a) Nem todo serviço público é delegado a particulares, mas todo serviço público desempenhado por particulares só poderá sê-lo mediante concessão ou permissão.
- b) Atividades desempenhadas por particulares que não o sejam mediante concessão ou permissão não são serviços públicos, ou então estão em situação irregular.
- c) Nem toda atividade concedida ou permitida é serviço público (o regime de concessão é aplicável a outras situações jurídicas, como a lavra de minerais. São inúmeros os casos de permissão no direito

¹³² *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001. p. 235.

¹³³ Fernando Herrero Aguillar. *Direito econômico*. Do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 266.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 278.

brasileiro), mas todo serviço público pode ser concedido ou permitido a particulares.

d) Se houver vedação a que uma determinada atividade seja delegada pelo Estado a particulares, então ela não pode ser considerada serviço público.

e) Se uma atividade puder ser desempenhada por particulares sem concessão ou permissão, ela não pode ser considerada serviço público.¹³⁵

Com a natureza de serviço social, tem-se a doutrina de Carlos Ari Sunfeld, que denomina as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada sem delegação pública como serviços sociais e não serviços públicos, pois esses serviços quando prestados pelo Estado ficam submetidos ao regime de direito público, e quando prestados pela iniciativa privada estão sujeitos ao regime de direito privado. “Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares¹³⁶.”

Paulo Modesto reparte a atividade de prestação do Estado e de particulares em atividades de serviço público, serviços de relevância pública e atividades de exploração econômica, para atender à especificidade do sistema jurídico brasileiro. Classifica os serviços de saúde como atividades de relevância pública, pois essas atividades são “consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso”¹³⁷. Conclui que os serviços de relevância pública constituem zona jurídica intermediária, pois não são serviços públicos em sentido estrito nem são atividades de exploração econômica¹³⁸.

Tal construção doutrinária tem respaldo na expressão serviços de relevância pública constante dos arts. 129, II, e 197 da Constituição Federal:

¹³⁵ Fernando Herrer Aguilar. *Direito econômico*, p. 278.

¹³⁶ Carlos Ari Sunfeld. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 83-84.

¹³⁷ Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “Serviço Público”, “Serviço de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 456.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 464.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; [...]

Art. 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, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Para Paulo Modesto, na primeira norma o sentido empregado é subjetivo e concerne a entidades privadas que prestam serviços de relevância pública, porém, na segunda, o conceito está efetivamente empregado em sentido objetivo, para referir-se às ações e aos serviços de saúde, sejam quando prestados pelo Poder Público, sejam quando prestados por pessoa física ou jurídica de direito privado¹³⁹.

Eros Roberto Grau entende que não se pode conceituar serviço público como atividade que está sujeita a esse regime, pois estar-se-á privilegiando a forma em detrimento do conteúdo. “Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público¹⁴⁰.” Reavaliando sua posição anterior no sentido de que os chamados serviços públicos não-privativos classificavam-se como *atividade econômica em sentido estrito* quando desenvolvidos pelo setor privado e como serviços públicos quando desenvolvidos pelo Estado, considera agora que a educação¹⁴¹ e a saúde,

¹³⁹ Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “Serviço Público”, “Serviço de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 458.

¹⁴⁰ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145.

¹⁴¹ Ementa: *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 10.989/93 do Estado de Pernambuco. Educação: serviço público não privativo. Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. Vício de iniciativa*. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

Decisão após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (relator), que dava pela procedência da ação, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Cezar Peluso e Carlos Velloso, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Celso de Mello, que davam pela improcedência da ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro

ainda que prestadas pelo setor privado, são serviços públicos¹⁴². Acrescenta que o raciocínio anterior afigurava-se equivocado, pois a mesma atividade caracterizava-se ou não como serviço público conforme fosse empreendida pelo Estado ou pelo setor privado, o que lhe parece insustentável, uma vez que

o que torna os chamados serviços públicos não-privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes¹⁴³.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti relata a dificuldade em caracterizar uma atividade como serviço público, não havendo um serviço público por natureza ou essência, já que a qualificação de público é definida pelo que for assim indicado pela Constituição Federal, por lei, por jurisprudência ou costume, de acordo com o país e o seu momento¹⁴⁴.

No Brasil há diferentes critérios para conceituar “serviço público”, tais como amplo, restrito, objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito e derivado ou adquirido. Em sentido amplo, o conceito é trazido, dentre outros, por José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles. Em sentido restrito, têm-se as doutrinas de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

O serviço público considerado amplo, ou seja, aquele em que toda a atividade pública implica reconhecimento de serviço público, não mais persiste nos atuais

Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 03.03.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1.º da Resolução n. 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.

Plenário, 30.03.2005.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.989, de 07 de dezembro de 1993, do Estado de Pernambuco, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Celso de Mello, que a julgavam improcedente. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 31.08.2005.

¹⁴² Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 108.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 105-106.

¹⁴⁴ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

tempos, pois é preciso também conjugar outros elementos para bem caracterizá-lo¹⁴⁵.

Na doutrina que conceitua o serviço público restritivamente, tem-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público¹⁴⁶.

E Celso Antônio Bandeira de Mello,

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

¹⁴⁵ O conceito de “serviço público” atualmente pressupõe a conjugação de diversos elementos de caracterização: *exige a determinação de um específico regime jurídico e a demarcação de um campo material onde este regime encontre aplicação*. Por isso, é um conceito objetivo, mas também formal e material (Paulo Modesto. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas, p. 447).

¹⁴⁶ *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

¹⁴⁷ A noção de serviço público não é simples. Pelo contrário, a locução em causa deu margem a que fosse tomada em diferentes acepções: subjetiva, objetiva e formal (cf. a propósito nosso *Natureza e regime jurídico das autarquias*, em que o assunto é examinado com amplitude, notadamente p. 139-173, dedicadas exclusivamente a esta matéria). É que dita noção, outrora considerada, na França, como “pedra angular do Direito Administrativo”, teve diferentes préstimos jurídicos, *inteiramente distintos dos que na atualidade cumpre*. Tanto foi utilizada como noção fundamentadora de todo o direito público ou em particular do direito administrativo, como veio a ser adotada como critério para repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado da França. Basta dizer que, à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada “Escola do Serviço Público” (na qual enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do direito público em geral e do direito administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a idéia de “poder” estatal – pela idéia de “serviço aos administrados”. Cyr Cambier, conforme já dantes anotamos, observou, com inteira propriedade, que tal concepção “conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)” (*Droit Administratif*. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1968. p. 228). Duguit propôs-se a afastar a idéia de soberania e de Poder Público como origem do direito, repelindo a teoria de que “o Estado cria o Direito, mas está regido por ele”. Para este mestre, “o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental”. Daí haver arrematado: “Et par là ma théorie de l’État est achevée” (*Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Librairie Fontemoing, 1923. v. 2, p. 70). Em sua esteira, passou-se a ver o direito administrativo como um conjunto de princípios e normas congregados ao derredor da idéia de serviço público. “A Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público”, disse Jean Rivero (*Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 146). “A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público”, averbou Georges Vedel

A qualificação de uma atividade como serviço público remete ao plano da concepção política, que pode estar fixada na jurisprudência ou no costume, de acordo com o país e o seu momento. Observando a Constituição Federal vigente, conclui-se que no Brasil é variável o tratamento do que é público, seja pela competência, organização, gestão, remuneração pelos usuários, dentre outros aspectos.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a importância do regime público:

Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, *defender a boa prestação* do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la, *mas também* – e com o mesmo empenho – (b) *em relação ao próprio Estado* e (c) *ao sujeito que as esteja desempenhando* (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e, de outro, que o titular deles, ou quem haja sido credenciado a prestá-los, procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezar direitos dos administrados em geral,

(*Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 72). Durante algum tempo a noção de serviço público esteve ligada a um determinado tipo de atividade material (serviços indispensáveis “à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante”, cf. Duguit), época em que podia, razoavelmente, servir como critério de repartição de competências entre as duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa), pois se lhe atribuía o caráter de elemento decisório para a aplicação do direito administrativo. Veio a ser depois utilizada também para batizar outro tipo de atividade que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de direito privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob impacto de regras publicísticas (“serviço público virtual”). Assim, tornou-se excessivamente ampla e inútil para tais fins, justificando o comentário do Comissário de Governo Tricot, segundo quem “a expressão ‘serviço público’, sob a aparência de uma terminologia rigorosa, mas tornada tão compreensiva, quase não mais possui interesse jurídico”; ou, no dizer de Waline, “a noção de serviço público aparece, cada vez mais, como uma sobrevivência inútil nos acórdãos” (apud Georges Vedel, op. cit., p. 79). Compreende-se que adotar uma noção com contornos desatados *não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual* do direito administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas, notadamente em face do sistema jurídico brasileiro. Daí que a noção de serviço público que formulamos é uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicate de outras necessidades, outros objetivos e, sobretudo, outra problemática e outro ordenamento jurídico positivo.

¹⁴⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 642.

quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço¹⁴⁹.

Desta feita, analisando os já referidos dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que não serão consideradas serviços públicos as atividades que forem desenvolvidas pela área privada na exploração da iniciativa privada.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti referindo-se à repartição de competência nos ensina que:

As atividades desenvolvidas paralelamente pela ação dos particulares podem submeter-se apenas aos condicionamentos e fiscalizações inerentes às normas públicas expressivas do chamado “poder de polícia” do Estado. Nesses casos, porém, é indubitável que o Poder Público não poderá outorgá-los em concessão ou permissão a alguém – salvo expressa previsão constitucional¹⁵⁰ –, sob pena de ofender os direitos de prestação das demais pessoas que atendam os pressupostos legais indispensáveis à comprovação de suas habilitações, que os desenvolvem como agentes econômicos, não como delegatários de serviço estatal.

¹⁴⁹ O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem *assento constitucional* especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de uma relevante variedade de taxas. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição –, chegou-se a apregoar *o fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do direito administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cênicos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o “vampirismo econômico”, foram elaborados os motes “globalização” e “reforma do Estado”, em termos que lhes facilitassem os objetivos. Eis por que tal movimento, a fim de causar impressão em meios jurídicos, de cujo apoio não poderia prescindir para a sustentação das indispensáveis teses político-administrativas correlatas, se fez acompanhar de arremedos teóricos na área do direito administrativo, suficientes para impressionar alguns segmentos, que facilmente tomaram a nuvem por Juno, hipnotizados pela aludida manobra publicitária. A difusão deste repertório de *slogans*, dentro e fora do meio jurídico, já entrou de declinar, tanto pelos catastróficos resultados produzidos – a terrível situação da Argentina, que foi um modelo de docilidade, vale como paradigma – como porque a pretendida ocupação dos espaços econômicos a que se propunha já se completou com grande êxito para esta invasão econômica. Sirvam como exemplo, no Brasil, a alienação para grupos alienígenas de todas as empresas que prestavam serviços públicos de telecomunicações e de grande parte das que efetuavam a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, a liberação para estrangeiros da exploração das riquezas minerais e da navegação costeira e interior, a abertura para eles das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a invasão devastadora do setor bancário para citar algumas áreas importantes de nossa economia. Tudo isto foi propiciado por emendas constitucionais ou audaciosas manobras políticas patrocinadas pelo grande condutor deste movimento de desnacionalização (acompanhado de escândalos notórios, mas muito eficientemente acobertados): o Sr. Fernando Henrique Cardoso, a quem, de todo modo, não se pode negar o reconhecimento de ser o maior e mais bem-sucedido líder do pensamento da direita na esfera econômica que o País já teve em toda sua História.

¹⁵⁰ Cf. art. 223 da Constituição Federal.

Logo, é forçoso concluir que o ingresso da iniciativa privada em tais campos não significa que estarão descaracterizados da categoria “serviço público” quando protagonizados pelo Estado sob regime peculiar. São direitos sociais, na forma da Constituição, conforme o estabelecido no art. 6.º, elevados à condição de direitos fundamentais do homem, e seu desempenho se constitui em um dever inafastável para o Poder Público (art. 196, saúde; arts. 205 e 208, educação; art. 204, assistência social; art. 201, previdência social)¹⁵¹.

Considerando a divergência de critérios existentes para conceituar serviços públicos, tem-se que serviço público no ordenamento brasileiro será todo aquele que for de titularidade estatal e, quando a atividade for aberta aos particulares, será reputada atividade econômica e prestada sob regime jurídico privado.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti faz, ainda, as seguintes indagações: “Em que medida o fato de a Constituição eleger um serviço como de titularidade estatal impede (ou não) a utilização do regime privado? Impede ou não a adoção do mecanismo do mercado?”.

E responde:

A resposta às indagações formuladas terá soluções diferentes de acordo com a interpretação que se faça da nossa Lei Maior.

Não há dúvida de que o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova compostura diante das inovações trazidas pelas leis infraconstitucionais que, indubitavelmente, estão acarretando muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em especial diante da possibilidade ou não da compatibilidade das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro.

Apesar de toda a discussão de ter ou não a noção de serviço público significado no Direito Administrativo atual, para o ordenamento pátrio a noção não é despicienda, sobretudo pelo tratamento conferido pelo Texto Constitucional ao tema.

Embora não haja uma definição constitucional, vários referenciais da Lei Fundamental de 1988 demonstram o préstimo jurídico da noção, entendida esta em sentido estrito, de modo a distingui-la das outras atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção (por exemplo: arts. 21, X, XI, XII; 30, V; 37, § 6.º; 145, II; 175; 196; 205; 223; 241).

¹⁵¹ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 97.

Seria, pois, inexato sustentar que a noção de serviço público não apresenta utilidade no Direito Administrativo pátrio. O fato de a ele referir-se o constituinte para atribuir determinadas conseqüências jurídicas prova por si mesmo o contrário.

O Estado está se desobrigando de coisas dele, que a Constituição deixou para ele. Isto significa tirar as proteções e garantias que nós temos.

A atividade de prestação de serviços públicos se reveste de grande importância, em especial por impor ao poder público uma exigência de atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição¹⁵².

Importa salientar que, embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, os serviços são de todo modo qualificados como de relevância pública, nos termos da primeira parte do art. 197 da Constituição Federal e, como tal, sujeitos à fiscalização, regulamentação e controle pelo Estado. Registra Lúcia Valle Figueiredo:

Depreende-se, pois, em plena consonância com os arts. 198 e 199 que os serviços de saúde têm regimes jurídicos diferenciados, tais sejam público, se prestados pelo Estado, ou privado, se prestados por entidades particulares. Certo é, entretanto, que se tais serviços forem prestados pela iniciativa privada sofrerão fiscalização do ente estatal competente e, também, regulamentação e controle do Estado, como se encontra disposto no art. 198 da Constituição Federal¹⁵³.

Deflui, então, que as atividades desenvolvidas para proteção à saúde terão natureza de serviço público quando prestadas pelo Estado e submetidas ao regime jurídico privado se decorrentes da exploração de atividade econômica. Contudo, nesta hipótese ficarão sob regulamentação, fiscalização e controle do Estado, em razão da relevância pública.

A caracterização como serviços de relevância pública não tem o condão de atribuir outra categoria de serviços, mas tão-somente ressaltar a importância da execução dessa atividade quando prestada pelo Estado e, se prestada pela iniciativa privada, a sua submissão ao controle do Estado.

¹⁵² Conceito de serviço público. No prelo.

¹⁵³ A saúde na Constituição e as operadoras de planos de saúde. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 171.

Marga Inge Barth Tessler sintetiza alguns estudos a respeito do que são, em que consistem e qual o conceito constitucional da expressão relevância pública:

O Núcleo de Pesquisa de Direito Sanitário, sob a coordenação científica da Profa. Sueli Gandolfi Dallari, ofereceu estudos sobre o tema que não tinha tradição nos meios jurídicos brasileiros. O Professor Eros Roberto Grau concluiu que não se superpõem os conceitos de serviço público e de serviço de relevância pública. Serviço de relevância pública é predicado axiológico (conceito) que abrange todos os serviços públicos, todas as coisas, estados ou situações a que se aplica o conceito de serviço público e alguns serviços do setor privado, atividade econômica. A definição constitucional dos serviços de saúde como serviços de relevância pública tem o efeito de apenas os incluir sob os cuidados do Ministério Público. Luiz Alberto David Araújo, por ocasião dos estudos referidos, abordou o conceito de relevância pública na Constituição Federal, a partir da identificação de vetores interpretativos. Diz ele que algo pode ser relevante sem ser principiológico, mas, com certeza, tudo o que é principiológico é relevante. Conclui que há necessidade de integração do Ministério Público com as áreas técnicas ligadas à saúde pública. Antonio Augusto Camargo Ferraz e Antônio Herman Benjamin analisam o emprego do conceito de relevância pública e estabelecem o significado semântico dos vocábulos relevância e público. Concluem que a rigor não se justificaria a antinomia entre interesse do Estado e o interesse da comunidade. Realizam uma aproximação com a contraposição entre público e social nos casos de desapropriação. [...] Com razão, o conceito constitucional de “serviços de relevância pública” é um conceito sobreposto, podendo abarcar tanto o público quanto o privado. Mauro Cappelletti, ao lecionar sobre a tutela dos interesses difusos, refere que entre o público e o privado surgiu um mundo preenchido pelos direitos metaindividuais e é justamente essa idéia que se aproveita para dizer que o conceito de “serviço de relevância pública” se sobrepõe ao conceito de serviço público e pode avançar sobre os serviços privados, alçados com esse matiz aos cuidados do Ministério Público. Não é um conceito ou idéia acabada ou definitiva, mas um conceito em construção, segundo alguns estudiosos, um “princípio-garantia”¹⁵⁴.

O termo relevância pública, utilizado na Constituição Federal por Júlio César de Sá da Rocha, encerra um princípio-garantia em benefício do administrado, “pois as ações e serviços de saúde devem ser desempenhadas pelo Poder Público e pela iniciativa privada como atividade essencial na defesa da vida”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária. Interesse público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 25, p. 40-41, maio-jun. 2004.

¹⁵⁵ Julio César de Sá da Rocha. *Direito da saúde*, p. 53.

Os serviços públicos independentemente da forma que serão prestados, ou seja, direta ou indiretamente, devem apresentar-se com a devida adequação ao pleno atendimento dos usuários¹⁵⁶ e aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Guilherme Moro Domingues, em seu artigo sobre os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, traz relevante contribuição quando conclui que:

Tanto os que defendem a redução radical da dimensão do Estado como os que defendem posição oposta invocam a supremacia do interesse público como argumento legítimo a justificar suas convicções. Ocorre que, mais do que se acenar com um suposto respaldo de um conceito indeterminado de interesse público, faz-se imprescindível perquirir qual a solução dará máxima aplicação ao princípio da supremacia dos direitos fundamentais em face do caso concreto. Portanto, para se referir à supremacia do interesse público como fator determinante do regime de serviços públicos, num Estado Democrático de Direito, faz-se imperioso compreender este “interesse público” como a tradução da primazia e indisponibilidade dos direitos fundamentais¹⁵⁷.

Serviço público é uma das garantias constitucionais de realização material de direito fundamental e social, sendo dever do Estado promover a sua prestação adequada às necessidades dos cidadãos, como forma de assegurar a realização concreta desses direitos afetos à dignidade humana¹⁵⁸.

2.3 Sistema Único de Saúde (SUS)

A assistência à saúde na década de 1970 apenas atendia aqueles contribuintes do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e, antes da instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) com acesso universal, as ações de saúde estavam restritas aos contribuintes da previdência social. Revestia-se de

¹⁵⁶ Art. 175, parágrafo único, IV, da CF. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV – a obrigação de manter o serviço adequado. E, art. 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/1995. Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1.º Serviço adequado é que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹⁵⁷ Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, p. 93-94.

¹⁵⁸ Maria Cristina César de Oliveira Dourado. O repensar do conceito de serviço público. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul: Notadez, ano 3, n. 9, p. 94-95, jan.-mar. 2001.

assistência predominantemente curativa, sem ações de promoção e prevenção da saúde, apresentando, também, centralização da gestão no âmbito federal.

A Constituição Federal de 1988, no art. 198, como resultado do Movimento de Reforma Sanitária, com a adoção do conceito de saúde como qualidade de vida, determina que a prestação dos serviços de saúde se dará por meio de um sistema único, participando todas as unidades da Federação. Com o objetivo de implementar este sistema, foram editadas as Leis 8.080, de 19.09.1990, também denominada “Lei Orgânica da Saúde”, instituindo o SUS e, posteriormente, a Lei 8.142, de 28.12.1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão e na transferência de recursos financeiros.

O SUS é o sistema de assistência à saúde proposto pela Reforma Sanitária e criado pela Constituição de 1988, que abarca os princípios da universalidade, integralidade e participação social e representa uma conquista da sociedade, especialmente no que se refere à integralidade, pois traz o desafio de recuperar, proteger e promover a saúde.

A Lei 8.080/1990 visa garantir a saúde e, em seu art. 2.º, reforça que é instituída com base no preceito constitucional de que a saúde é um direito fundamental do ser humano, obrigando o Estado a prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Preceitua que o sistema é um conjunto de ações e serviços de saúde em seu art. 4.º:

Art. 4.º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1.º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2.º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

É em razão do direito à saúde que o Estado, nos arts. 5.º e 6.º do referido diploma legal de regência da matéria, estabeleceu objetivos e atribuições¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Dos Objetivos e Atribuições. Art. 5.º São objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II – a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1.º do art. 2.º desta lei; III – a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6.º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II – a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III – a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V – a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII – o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII – a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX – a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X – o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI – a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1.º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I – o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II – o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2.º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3.º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I – assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV – avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V – informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI – participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII – revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

No art. 6.º verifica-se que foi adotado um conceito amplo de saúde, incluindo as ações de assistência terapêutica integral e farmacêutica¹⁶⁰, vigilância sanitária e epidemiológica e preservação da saúde do trabalhador.

Infere-se dos referidos dispositivos que o SUS está obrigado à assistência farmacêutica na sua integralidade, o que revela de forma clara o dever do Estado de fornecimento de medicamentos.

Não se pode deixar de observar que o SUS também previu a participação da comunidade como um dos seus princípios, tendo tal participação sido definida na Lei 8.080/1990, o que representa a integração da população na definição de políticas e programas de saúde e, para viabilizar tal previsão, a Lei 8.142/1990 criou as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, que podem ser considerados órgãos de controle social.

Para melhor programar e planejar as ações de serviços o SUS estruturou a atividade em níveis de atenção, que são a básica, de média complexidade e alta complexidade. No entanto, essa classificação não significa a existência hierárquica no atendimento, não indica que um tenha mais relevância que outro, em razão da integralidade; tão-somente foi assim estruturado para ordenar a atuação¹⁶¹.

VIII – a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

¹⁶⁰ Grupo de atividades relacionadas a medicamentos, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas pelas comunidades. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas as suas etapas constitutivas, incluindo a conservação, o controle de qualidade, a segurança, a eficácia terapêutica, o acompanhamento, a evolução do uso, a obtenção e a difusão de informação sobre eles, bem como a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade, de forma a assegurar seu uso racional. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_atividades/saude/SUS_AaZ.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2006.

¹⁶¹ *Atenção à saúde*. É tudo o que envolve o cuidado com a saúde do ser humano, incluindo as ações e serviços de promoção, prevenção, reabilitação e tratamento de doenças. No SUS, o cuidado com a saúde está ordenado em níveis de atenção, que são a básica, a de média complexidade e a de alta complexidade. Essa estruturação visa à melhor programação e planejamento das ações e serviços do sistema. Não se deve, porém, considerar um desses níveis de atenção mais relevante que outro, porque a atenção à saúde deve ser integral. Nem sempre um Município necessita ter todos os níveis de atenção à saúde instalados em seu território para garantir a integralidade do atendimento à sua população. Particularmente no caso dos pequenos Municípios, isso pode ser feito por meio de pactos regionais que garantam às populações dessas localidades acesso a todos os níveis de complexidade do sistema. A prioridade para todos os Municípios é ter a atenção básica operando em condições plenas e com eficácia. SUS de AZ. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=285&letra=A>. Acesso em: 20 ago. 2006.

Com o propósito de atender o administrado, o art. 199 da Carta Magna admite que os serviços de saúde sejam prestados por instituições privadas, a fim de complementar o sistema único, por contrato de direito público ou convênio, com preferência das entidades sem fins lucrativos; essa complementação também foi prevista na Lei 8.080/1990.¹⁶² É cediço que qualquer que seja a modalidade de gestão escolhida, seja ela na forma original ou complementar, cuja prestação a Lei Maior tenha determinado, o Estado não se desincumbe do dever da prestação do serviço.

Toda execução de serviço de saúde efetuada com dinheiro público, decorrente das verbas recebidas do SUS, impõe-se observar os princípios que norteiam a Administração Pública e os princípios específicos do sistema, ficando submetida ao regime jurídico de direito público¹⁶³.

2.3.1 Princípios do SUS

Os serviços públicos, inclusive os de saúde, submetem-se a um regime jurídico, a um conjunto de normas que imponham deveres e atribuam direitos, distinguindo-os de todos os outros institutos, inclusive das atividades desempenhadas pelo Estado.

Tendo em conta que a execução dos serviços de saúde se dá com dinheiro público, ou seja, são utilizadas verbas arrecadadas pelo SUS, impõe-se na sua

¹⁶² Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde – SUS poderá recorrer aos serviços oferecidos pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde – SUS.

¹⁶³ “Como os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos, que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado. Aliás, se entrasse, seria obrigatória a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que tanto a concessão como a permissão serão ‘sempre’ precedidas de licitação. Assim, os serviços trespessáveis a organizações sociais são serviços públicos, insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los’ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir completamente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou” (*Curso de direito administrativo*, 21. ed., p. 231).

operação a obediência aos princípios impostos à Administração Pública, além dos princípios específicos daquele Sistema.

2.3.1.1 *Princípios da Administração Pública*

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção aos princípios a que se submete a Administração Pública direta e indireta no art. 37, *caput*, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último acrescentado pela EC 19/1998. Entretanto, fácil é verificar que

inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional; uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências [...] dos aludidos princípios; outros, [...] por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo¹⁶⁴.

Vale a pena, nesta oportunidade, tecer ligeiras considerações a respeito desses princípios, antes de adentrar naqueles pertinentes ao SUS.

A obediência ao princípio da legalidade está diretamente atrelada à supremacia da lei, à igualdade e ao princípio da segurança jurídica, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5.º, II, da Constituição Federal. Neste aspecto, há que observar que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei determinar, ao contrário do que se tem no direito privado, pelo qual a pessoa pode praticar sem que seja punido, desde que estes não sejam proibidos. O princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito, como se vê do anteriormente exposto, porque com a supremacia da lei geral e abstrata o direito vai regular o comportamento do Estado e afastar o abuso de poder. Esse princípio atribui garantia ao administrado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello *o princípio da legalidade é princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, [...] é o princípio que qualifica e dá identidade ao Estado de Direito, como*

¹⁶⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 84.

É a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmando. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral¹⁶⁵.

Assim, a prestação dos serviços de saúde está sujeita às normas constitucionais e legais.

O princípio da impessoalidade, assim denominado pela primeira vez no art. 37 da Constituição de 1988, dá margem a diferentes interpretações¹⁶⁶.

Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim¹⁶⁷.

Num segundo sentido, segundo José Afonso, baseado na lição de Gordillo, o princípio significa que

os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que ele não é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal¹⁶⁸.

¹⁶⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 97.

¹⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, p. 85.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 85.

¹⁶⁸ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 648-649.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o princípio da impessoalidade confunde-se com o princípio da igualdade ou isonomia, pois, se todos são iguais perante a lei (art. 5.º, *caput*, CF/1988), também devem sê-lo perante a Administração¹⁶⁹.

Divergindo desse posicionamento, Lúcia Valle Figueiredo entende que a “impessoalidade pode levar à igualdade, mas com ela não se confunde”. Aduz, ainda, que a impessoalidade implica o “estabelecimento de regra de agir objetiva, para o administrador, em todos os casos”, devendo a ação administrativa pautar-se pelo “bom andamento do serviço público, do melhor para o interesse público a tutelar e não por privilégios ou perseguições a determinados grupos”.¹⁷⁰

A impessoalidade revela o tratamento de todos os administrados usuários dos serviços de saúde sem discriminações, sejam estas para beneficiar ou prejudicar, podendo ser entendidas também como “imposição de objetividade no atendimento do serviço público, vedando a promoção pessoal da autoridade”¹⁷¹.

A existência do princípio da moralidade não é unanimemente aceita por parte dos doutrinadores, sendo que muitos o entendem como um conceito vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade¹⁷².

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

de acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude, que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição¹⁷³.

A moralidade¹⁷⁴ é um princípio autônomo e deixá-la de observar não significa ilegalidade, apenas pode ensejar improbidade administrativa, sem que se identifique

¹⁶⁹ *Curso de direito administrativo*, 21. ed., p. 110.

¹⁷⁰ Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 63-64.

¹⁷¹ Marga Inge Barth Tessler. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 45.

¹⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, p. 91.

¹⁷³ *Curso de direito administrativo*, 21. ed., p. 115.

¹⁷⁴ Tratando de democracia em 04.08.2006, Dalmo de Abreu Dallari escreveu um artigo na *Gazeta Mercantil*, Caderno A, p. 10. “*Mais democracia, menos corrupção*, que representa reforça a necessidade da moralidade.

a ilegalidade. “Kant contrapôs a moralidade à legalidade. A última é a simples concordância ou discordância de uma ação em relação à lei moral, sem considerar o móvel da ação. A moralidade, ao contrário, consiste em assumir como móvel de ação a idéia de dever¹⁷⁵.”

Desta forma, os agentes da Administração Pública, também na prestação dos serviços de saúde, devem atuar em conformidade com os princípios éticos, compreendendo em seu âmbito os princípios da lealdade e boa-fé¹⁷⁶.

Numa aula que eu dava na Faculdade de Direito da USP, tratando da Democracia Representativa, achei interessante fazer um teste com os estudantes, todos eles já eleitores, para uma avaliação prática da representação política. Expliquei o objetivo do teste e pedi que levantassem a mão os que se sentissem representados pelos deputados federais. Apenas um deles levantou a mão e muitos começaram a rir quando viram quem era o colega que dava resposta positiva. Percebi que havia alguma coisa a mais e perguntei a um deles, que estava próximo de mim e que ria muito, o que é que estava acontecendo. A resposta, esclarecedora e significativa, foi bem simples: ‘É que o pai dele é deputado federal’. Esse era o único que se sentia representado. A história, que não é produto de ficção, mas registro da realidade, leva à reflexão sobre pontos fundamentais, de interesse de todas as pessoas, incluindo questões como a autenticidade da democracia, a participação do povo no governo da sociedade e a corrupção, tanto aquela que se pode classificar como corrupção das instituições quanto a que envolve as negociatas, o uso do mandato político para a busca de proveito pessoal contra a lei, a moralidade pública e os interesses do povo. Muito já se disse e se escreveu sobre as limitações e imperfeições da democracia representativa. Mas a revelação, que se faz agora pela imprensa, de tradicionais mecanismos de corrupção que, com pequenas variantes, são usados há muitas décadas no Brasil, poderá ser de grande utilidade se não ficar apenas no plano do escândalo e da exploração eleitoral. O que vem sendo revelado demonstra que a corrupção atingiu um nível altíssimo, envolvendo setores públicos e empresas privadas, mandatários e não-mandatários, implicando o roubo em grande escala de dinheiro público que poderia e deveria ser usado para melhoria das condições de vida do povo. Isso deverá servir de estímulo para cidadãos e cidadãs perceberem que o uso de um instrumento criado para realizar a democracia, que é o direito de votar para participar do governo indiretamente, continuará a ser uma encenação, um faz-de-conta, se não começarem a ser fechados os caminhos dos corruptos e não se melhorar o processo de escolha. É preciso aumentar a participação direta do povo na decisão das questões de interesse público, ampliando a influência das organizações comunitárias e a possibilidade de realização de plebiscito e referendo. É absolutamente necessário criar um sistema de representação que possibilite a escolha mais bem informada e mais esclarecida dos representantes e, em seqüência, o acompanhamento permanente do desempenho do eleito pelo povo, especialmente pelo colégio eleitoral que o elegeu. Por último, é preciso aperfeiçoar os mecanismos políticos e jurídicos para possibilitar a efetiva responsabilização dos que traírem o mandato e o utilizarem para a obtenção de proveito pessoal contra o interesse público, seja para a negociata política, seja para o favorecimento de sócios, amigos ou familiares ou para o roubo do dinheiro público. Este é um momento propício para o começo da mudança, pois a campanha eleitoral obriga a certas atitudes públicas que podem ser muito reveladoras e denunciadoras. Por exemplo, o povo deve prestar atenção aos acordos eleitorais e aos discursos moralistas que, muitas vezes, são escandalosamente contraditórios, porque fazem alianças, e negociam os votos do seu eleitorado, políticos que até aqui adotavam atitudes e sustentavam interesses absolutamente opostos entre si. O moralista que exigia respeito à ética e às leis faz aliança com aquele que foi por ele denunciado como corrupto, arbitrário e fraudador do interesse público. Este não é o momento para iniciar a reforma política e eleitoral, tantas vezes prometida e sempre adiada, mas é a hora de prestar atenção, de começar a cobrança de autenticidade e de repudiar os contraditórios, os oportunistas e os sabidamente corruptos.” Professor e ex-diretor da Faculdade de Direito da USP. *Gazeta Mercantil*, Caderno A, p. 10.

¹⁷⁵ Nicola Abbagnano. *Dicionário de filosofia*, p. 682.

¹⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 115.

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, como ocorre na campanha da vacinação infantil, por exemplo, com o “Zé Gotinha”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello,

se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los hão de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida¹⁷⁷.

A eficiência foi inserida como princípio no texto constitucional com a EC 19/1998 e refere-se à atuação dos agentes¹⁷⁸ e modo de organização do sistema para o melhor resultado para o administrado. Esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello que

não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.¹⁷⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta também os princípios que não estão expressos no art. 37 da Constituição Federal e aqueles que estão implícitos no ordenamento constitucional. Vejamos.

¹⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 81.

¹⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello registra que “a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006, incluiu um § 4.º no art. 198, por força do qual ficou prevista a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias mediante *processo seletivo público*. Ninguém sabe exatamente o que seja processo seletivo público. Esta expressão surgiu para designar, no passado, o concurso efetuado para admissão a empregos (isto é, quando se tratava de cargos a serem providos). Hoje, como se viu, a Constituição exige concurso público tanto para cargos quanto para empregos. Tais procedimentos eram mais céleres, menos burocratizados do que o costumeiro nos concursos públicos, mas é impossível precisar com rigor quais as diferenças em relação a eles suscetíveis de serem aceitas sem burla ao princípio da impessoalidade. Assim, quando a Emenda 51 – tecnicamente lastimável – fala em processo seletivo público ter-se-á de entender que não poderia revogar a igualdade de todos perante a lei (cláusula pétrea por se alojar entre os direitos e garantias individuais, conforme art. 60, § 4.º, IV) e ‘a fortiori’ perante as possibilidades de ingresso no serviço público. Logo, o tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego” (*Curso de direito administrativo*, p. 265).

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 118.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apesar de não constar expressamente em dispositivo específico, identifica sua existência na previsão da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, art. 170, III, V e VI, entre outros¹⁸⁰.

O princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. “É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada¹⁸¹.”

O princípio da razoabilidade¹⁸² estriba-se também nos dispositivos que estejam os princípios da legalidade e finalidade¹⁸³. Deve ser entendido como o exercício de discricção na atuação do administrador, que terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida¹⁸⁴.

Observa nesse princípio Maria Paula Dallari Bucci um fator de prestígio à legalidade em seu sentido mais próprio, isto é, visando alcançar os fins da lei – norma geral e abstrata – aprovada pelos representantes do povo – e realizar os valores por ela tutelados. Mais do que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso jurídico que se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração é uma orientação que se contrapõe ao formalismo

¹⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 93.

¹⁸¹ “Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei” (*Curso de direito administrativo*, p. 103).

¹⁸² É de destacar o conteúdo do inciso LXXVIII do art. 5.º, inserido pela Emenda 45, que tornou expresso o princípio da razoabilidade.

¹⁸³ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 120.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 105.

vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito¹⁸⁵.

O princípio da proporcionalidade¹⁸⁶, *por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos.*

A motivação não foi expressamente agasalhada pela Constituição Federal entre os princípios da Administração Pública relacionados no art. 37, constando apenas tal exigência para as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X, com a redação dada pela EC 45/2004) e do Ministério Público (art. 128, § 4.º, com a redação dada pela EC 45/2004). Sua observância, porém, com maior razão, se aplica à Administração Pública no exercício das suas funções típicas.

A motivação constitui um instrumento indispensável ao administrado em sede administrativa, pois, como anota Dinorá Musetti Grotti, seria vã a oportunidade de reação do administrado na ausência de meios que lhe possibilitassem aferir se a autoridade administrativa ponderou as manifestações da parte, bem sopesando suas alegações. Assim, a regra da motivação dos atos administrativos possibilita a visualização de como e quanto determinado fato, documento ou alegação influenciou sobre a decisão final do agente administrativo¹⁸⁷.

O princípio da motivação impõe

à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo.

Isto porque, sobretudo quando dispõe de certa liberdade (discricionariedade administrativa) para praticar o ato tal ou qual, não haveria como saber-se se o comportamento que tomou atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi deferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que se embasou para agir como agiu. São elas que permitirão avaliar a consonância ou dissonância

¹⁸⁵ O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, v. 16, p. 173, jul.-set. 1996.

¹⁸⁶ Destaca-se o conteúdo do inciso XIII do art. 93, inserido pela Emenda 45, que tornou expresso o princípio da proporcionalidade.

¹⁸⁷ Devido processo legal e o procedimento administrativo. *BDA*, n. 1, p. 25-36.

com tais princípios. Donde, ausência de motivação faz o ato inválido sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação. É que, em inúmeras hipóteses, de nada adiantaria que a Administração aduzisse motivação *depois* de produzido ou impugnado o ato, porquanto não se poderia ter certeza de que as razões tardiamente alegadas existiam efetivamente ou haviam sido tomadas em conta quando de sua emanção¹⁸⁸.

O princípio do devido processo legal e da ampla defesa está disposto no art. 5.º, LIV e LV, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”. Contudo, dada a sua grande abrangência, são inúmeras as hipóteses e desdobramentos que decorrem do princípio em tela, abarcando uma gama de princípios tanto em termos processuais quanto substantivos, muitos deles previstos em dispositivos específicos pela própria Constituição Federal. Dentre os muitos desdobramentos que decorrem do *due process of law*, o princípio da ampla defesa e, em especial, o princípio do contraditório em sede do processo/procedimento administrativo são de inoidável relevo.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti lembra que a Constituição Federal de 1988 estendeu essas garantias aos processos administrativos em que haja litigantes, em qualquer lide, coerente com as linhas evolutivas do fenômeno da processualidade administrativa¹⁸⁹.

O princípio do controle judicial dos atos administrativos, previsto no art. 5.º, XXXV, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é a

exigência impostergável à idéia de Estado de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 76.

¹⁸⁹ Devido processo legal e o procedimento administrativo, p. 25-36.

¹⁹⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 82.

O princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos está regulado no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal e assegura os direitos dos particulares perante a Administração Pública, na hipótese de danos causados por atos ilícitos ou lícitos.

O princípio da segurança jurídica revela-se como o mais importante dos princípios do ordenamento jurídico, pois predica a estabilidade do sistema, inviabilizando normas que surpreendam o administrado. Os institutos da prescrição e do direito adquirido prestigiam esse princípio, como nos aponta Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹¹.

Não obstante, esses quatorze princípios da Administração Pública, as ações e serviços de saúde, prestados direta ou indiretamente pelo Estado, por autarquias, fundações ou empresas públicas, no termos do que prevê o art. 198 da Constituição Federal, formam um sistema único, com rede regionalizada, integrada e hierarquizada para desenvolver as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde e, para tanto, são previstos alguns princípios elementares para a sua coordenação, gestão e funcionamento.

2.3.1.2 *Princípios específicos do SUS*

A maioria dos princípios específicos desse sistema está elencada no art. 7.º da Lei Federal 8.080, de 09.09.1990, dentre eles os princípios da universalidade, integralidade, igualdade de acesso etc., encontrando-se os demais no ordenamento jurídico, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da inviolabilidade do direito à vida e o princípio da igualdade, entre outros. Estatui o art. 7.º da referida Lei:

Art. 7.º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

¹⁹¹ *Curso de direito administrativo*, p. 83.

- I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII – participação da comunidade;
- IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

2.3.1.2.1 Princípio da universalidade

A universalidade é a grande inovação do SUS, pois anteriormente à existência deste esses serviços eram prestados apenas aos contribuintes ou em caráter de assistência social. Para Guido Ivan de Carvalho e Lenir do Santos a universalidade é decorrência natural do novo conceito de saúde.¹⁹²

¹⁹² *SUS – Sistema Único de Saúde*, p. 63.

Dispõe o inciso I do art. 7.º da Lei 8.080/1990 sobre a universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde em todos os níveis de assistência, tal qual o faz o art. 196 da Constituição Federal, ou seja, todos, sem exceção de qualquer natureza, têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde.

“É um dos princípios que orienta o SUS, previsto na Constituição Federal de 1988. Significa que o sistema de Saúde deve atender a todos, sem distinções ou restrições, oferecendo toda a atenção necessária, sem qualquer custo¹⁹³.”

Tal dispositivo, apesar de se apresentar simples e objetivo, tem gerado discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a extensão dessa universalidade. Parte minoritária da doutrina defende a restrição do acesso a esse direito público subjetivo, limitando-se àqueles que não podem custear sua assistência à saúde.

Segundo Nelson Ivan Pientzenauer Pacheco Júnior,

se é direito dos portadores do vírus HIV/Aids terem garantidos os medicamentos para seu tratamento, é direito dos outros cidadãos também receberem os serviços de saúde, sendo vedada a discriminação de grupos, por força de nosso ordenamento jurídico. Isto não quer dizer que o Estado será responsável por todo tipo de medicação utilizada pelos cidadãos. Deve-se observar a real necessidade da prestação e a condição que impeça o indivíduo de custear por seus próprios meios o tratamento indispensável à sua vida e saúde¹⁹⁴.

Adotada tal restrição, a universalidade seria condicionada à existência, ou não, de recursos econômico-financeiros, o que não atende à norma explícita constitucionalmente de que “a saúde é um direito de todos”.

¹⁹³ SUS de A a Z. Publicação construída conjuntamente pelo Ministério da Saúde (MS) e o Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) faz parte do esforço de qualificação da gestão do SUS, objetivando propiciar aos dirigentes do SUS informações essenciais à condução de questões ligadas ao cotidiano das gestões locais. Informar é reduzir as incertezas e oferecer ferramentas que auxiliem na identificação e superação dos problemas. Esperamos que esta publicação seja uma aliada permanente dos gestores, na importante tarefa de consolidar o SUS. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=591&letra=U>. Acesso em: 10 ago. 2006.

¹⁹⁴ Direito e políticas públicas de saúde. Heloísa Helena Barboza (Coord.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

O princípio da universalidade é dirigido a todo o sistema de ações e serviços de saúde. Todos, sem exceção, independentemente de quaisquer condições, que necessitem, estando ou não sendo atendidos pelo sistema, têm direito, por exemplo, à inscrição na lista de receptores de transplantes, sejam tecidos, órgãos ou partes do corpo, desde que haja indicação médica, não sendo necessário que estejam sendo tratados pelo SUS¹⁹⁵.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti tratando da questão preceitua:

O princípio da generalidade, também chamado, com mais propriedade, de universalidade dos serviços públicos – que alguns vêem como um princípio autônomo –, é uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que os mesmos devem atender a todos que deles necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigidos tanto daqueles que tenham a competência para instituí-los quanto daqueles que os executem¹⁹⁶.

Desse modo, até mesmo os egressos da iniciativa privada podem migrar para o setor público, isso porque a iniciativa privada, nos serviços de saúde, tem natureza complementar e não furta do Estado o dever da universalidade.

2.3.1.2.2 Princípio da integralidade

A integralidade refere-se à prestação de serviços de saúde preventivos, assistenciais ou curativos. No antigo sistema de saúde – Lei 6.229/1975 – existia uma dicotomia entre as ações de saúde preventivas e curativas. As ações preventivas eram desenvolvidas pelo Ministério da Saúde e as ações assistenciais, pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Com o SUS essa dicotomia desapareceu¹⁹⁷.

A Constituição Federal prevê expressamente a integralidade do atendimento no art. 198, II, e a Lei 8.080/1990, no art. 7.º, II. A integralidade é um conjunto

¹⁹⁵ Lei Federal 9.434, de 04.02.1997, e Decreto 2.268, de 30.06.1997.

¹⁹⁶ *Serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 288.

¹⁹⁷ *SUS – Sistema Único de Saúde*, p. 64.

articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, convenientes para cada caso, segundo suas exigências, numa atenção individualizada, em todos os níveis de complexidade do sistema, significa que todas as pessoas têm direito ao atendimento e assistência sempre que necessitarem. É um princípio fundamental do SUS. Garante ao usuário uma atenção que abrange as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, com garantia de acesso a todos os níveis de complexidade do sistema. A integralidade também pressupõe a atenção focada no indivíduo, na família e na comunidade (inserção social), e não num recorte de ações ou enfermidades¹⁹⁸.

Germano André Doederlein Schwartz anota que a integralidade significa que todas as ações e os serviços de saúde, quais sejam a promoção, a proteção e a recuperação, são uma realidade única e inseparável e o que define o atendimento deve ser a necessidade da pessoa¹⁹⁹.

Guido Ivan Carvalho e Lenir dos Santos advertem que:

O direito à integralidade de assistência terapêutica não pode ser aleatório e ficar sob a mais total independência reivindicatória do cidadão e da liberdade de os profissionais de saúde indicarem procedimentos, exames, tecnologias não incorporadas ao sistema, devendo a conduta profissional pautar-se por protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico-biológicos, respaldados pela comunidade científica²⁰⁰.

Admitem esses autores que os profissionais da saúde podem indicar uma terapêutica não protocolizada, desde que apresente a necessária justificativa técnico-científico-biológica, a qual deverá ser analisada, prontamente, por câmaras técnicas específicas.²⁰¹

¹⁹⁸ SUS de A a Z.

Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=591&letra=U>. Acesso em: 10 ago. 2006.

¹⁹⁹ *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*, p. 108.

²⁰⁰ *SUS – Sistema Único de Saúde*, p. 68.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 68, nota de rodapé 8.

2.3.1.2.3 Princípio da preservação da autonomia das pessoas

O princípio disposto no inciso III do art. 7.º da Lei 8.080/1990 determina a preservação da autonomia das pessoas na defesa da integridade física e moral, obrigando a Administração Pública a respeitar a liberdade do indivíduo e as decisões sobre saúde e integridade. A previsão do princípio da autonomia encontra respaldo nos direitos da personalidade, dispostos no art. 11 do Código Civil, ainda que o direito à saúde seja indisponível, pois não obriga o administrado à submissão de tratamento contra sua vontade.

O referido princípio faculta ao administrado eleger opções diagnósticas e terapêuticas. O Estado tem o dever de respeitar os sentimentos, as convicções, o temperamento, o modo de pensar, enfim, deve respeitar a opção do paciente por determinada medida terapêutica, medicamentosa ou cirúrgica que não lhe venha causar danos irreparáveis, ou à comunidade²⁰².

E em razão desse mesmo princípio há quem sustente que, por se tratar de direitos da personalidade, são intransmissíveis e irrenunciáveis, “não se podendo oferecer ao paciente, com base no ‘consentimento informado’, tal qual um cardápio, um rol de sugestões de curas plausíveis, abandonando-o à sua livre escolha”²⁰³.

No entanto, há que reconhecer que esse princípio é uma prerrogativa do indivíduo. “O tratamento da saúde e a defesa da integridade física e moral não podem ser impostos, pelo contrário, as pessoas precisam ser conscientizadas e orientadas”, segundo Marga Inge Barth Tessler²⁰⁴.

Essa autora lembra o exemplo histórico do episódio da Revolta da Vacina²⁰⁵, ocorrido em 1904. Em 31.10.1904, o Congresso aprovou lei que tornou obrigatória a

²⁰² SUS – Sistema Único de Saúde, p. 79.

²⁰³ Daisy Gogliano. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 107-207.

²⁰⁴ Para a autora esse princípio é ético e integra a trindade da bioética junto da justiça e da beneficência. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 49.

²⁰⁵ *Revolta da Vacina* – Movimento popular que surgiu no Rio de Janeiro em 1904 contra a vacinação obrigatória antivariólica determinada pelo governo. Maior cidade do País no início do século XX, a Capital Federal contava com uma população de 720 mil pessoas que, sem os serviços de saneamento básico, ficava exposta a epidemias de febre amarela e varíola. Vitimando principalmente os habitantes mais pobres, a falta

vacinação contra a varíola. Houve revolta no Rio de Janeiro. Não se teve na época consciência do fato de que as pessoas precisam ser esclarecidas e é isso o que deve ser efetuado, para que possam conviver o princípio da autonomia da pessoa e o direito à saúde.

A jurisprudência²⁰⁶ acerca da questão tem sinalizado pela indisponibilidade do direito à vida, mesmo que isso implique a realização de procedimento contra a vontade do paciente ou de seu representante legal.

de saúde pública transformou-se num dos maiores desafios do Presidente Rodrigues Alves. Decidido a combater a febre amarela, convidou Osvaldo Cruz a assumir a Diretoria-Geral da Saúde Pública. O cientista organizou uma campanha sanitária contra o mosquito transmissor da doença, com brigadas de “mata-mosquitos” tratando as águas paradas em terrenos baldios e entrando à força nas casas, desinfetando caixas d’água, esgotos e sarjetas. Mesmo contra a vontade, os doentes eram removidos para hospitais ou isolados. Desacreditando que o mosquito fosse a causa da doença e criticando o autoritarismo da campanha, grande parte da população se agitou. Mas a maior reação popular adveio quando foi instituída a campanha para debelar a varíola. Com uma vacina desenvolvida por Osvaldo Cruz e fabricada em larga escala acreditava-se que sua aplicação em massa eliminaria a doença. Em 31 de outubro de 1904 era aprovada pelo Congresso a lei que tornava a vacinação obrigatória. Cinco dias depois, a oposição criava a Liga contra a Vacina Obrigatória e, em menos de uma semana, tinham início violentos confrontos entre populares e forças policiais. No dia 14 de novembro os cadetes da Escola Militar da Praia Vermelha também se rebelaram contra as medidas baixadas pelo governo federal. Derrotados os militares e contida a insurreição popular, Rodrigues Alves retomou o controle da cidade e a vacinação era reiniciada. Em pouco tempo a varíola desapareceria do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.projetomemoria.art.br/RuiBarbosa/glossario/r/revolta-vacina.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006

²⁰⁶ Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3.º, I, do CP). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que se precisam sobrepor às especificidades culturais e religiosas, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la – Apelação Cível 595000373, 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, j. em 28.03.1995, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira. *Revista de Jurisprudência do TJRS* 171:384.

2.3.1.2.4 Princípio do direito à informação às pessoas assistidas

O inciso V do art. 7.º da Lei 8.080/1990 prevê o direito à informação das pessoas assistidas sobre sua saúde. Os usuários do sistema têm direito de saber e decidir sobre si e por si, ressalvados casos excepcionais em que a revelação causar risco à integridade mental ou física. Devem ser informados quanto ao diagnóstico, tratamento e prognóstico, bem como receber esclarecimento sobre benefícios e riscos de todos os procedimentos a que serão submetidos. As informações dos pacientes – prontuários – devem ser mantidas e guardadas.

Esse princípio decorre da previsão constitucional do inciso XIV, art. 5.º, no qual é assegurado a todos o acesso à informação, e do inciso XXXIII, que prevê a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral.

O inciso VI do referido diploma legal também prevê o direito à informação quanto aos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário, tais como: modalidades, horário de atendimento e número de leitos. Tal princípio tem por balizamento o princípio da publicidade dos atos administrativos, já especificado nos princípios da Administração Pública.

Verifica-se desses dois incisos da lei que o direito de acesso à informação refere-se tanto ao direito individual quanto ao direito coletivo.

2.3.1.2.5 Princípio da igualdade

Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e igualitária a todos os administrados, sem privilégios ou preconceitos. Esse princípio revela-se de primordial importância, tendo sido consagrado na Constituição Federal no art. 5.º, *caput*, ao rezar que todos são iguais perante a lei, ou seja, todos têm o direito a tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios estipulados pelo ordenamento jurídico. A Lei 8.080/1990 estabelece que esse princípio deve ser observado pelo SUS, nos termos do inciso IV do art. 7.º, com igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos, considerando que o tratamento desigual dos casos desiguais é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente se protege são as finalidades, ou seja, o elemento discriminador da desigualdade tem que se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

O melhor estudo existente na doutrina pátria acerca da igualdade se extrai da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁷, determinando que o preceito magno da igualdade antecede às aplicações justas da lei e não é só perante a norma posta a que se igualam os indivíduos, porquanto o princípio da igualdade deve estar presente quando da edição da lei e esta deve ser estabelecida em conformidade a ele.

A lei, em sua origem, deve estabelecer uma igualdade de tratamento baseada em critérios universais que a todos afete igualmente, apesar de suas diferenças pessoais e situacionais, de modo que não sejam aceitas discriminações juridicamente intoleráveis. A lei afigura-se não só como um instrumento formal do direito, como também uma fonte disciplinadora de condutas para o convívio social, tratando a todos eqüitativamente e abominando privilégios e perseguições.

Assim, se as leis discriminam situações em que para alguns são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outros, por estarem abrigados em categorias diversas, e também deferem direitos e obrigações diversas para pessoas diferentes, chega-se ao problema do conteúdo real da isonomia, ou seja: quais os limites legais da discriminação normativa que não extrapolam o princípio da isonomia. A solução para a interpretação e aplicação coerente da lei em face do princípio da igualdade consiste em discriminar os fatores diferenciais que atingirão as pessoas.

Os elementos como cor, sexo, raça ou religião podem, sim, ser escolhidos pela lei como fatores discriminatórios, não sendo os mesmos, em si, portadores do descumprimento ao princípio isonômico, bastando que se estabeleça, para tal, um

²⁰⁷ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

vínculo de correlação lógica entre o fator de discriminação e a desigualdade de tratamento. E esses mesmos elementos não podem, por razão de preconceito ou equiparações injustificadas, ser considerados fator de discriminação.

A lei não pode tomar tempo ou data como fator discriminante, e sim o fato ou o acontecimento que tenha transcorrido em certo espaço de tempo delimitado. A lei autoriza discriminar a diferença entre as pessoas, fatos e situações em si, seus dados referenciais e o tratamento que lhes é dado. Se não forem encontrados fatores de desigualdade, não há como desigualar pessoas, fatos e situações.

O princípio da igualdade, portanto, visa propiciar garantia individual contra perseguições e também obstaculizar favoritismos.

A igualdade é conseqüência desejada da equidade, ou seja, somente com o reconhecimento de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades, é que se pode efetivar o valor do direito à saúde.

Este princípio também revela que os pacientes oriundos do SUS tenham o mesmo atendimento dos particulares e de planos ou seguros de saúde, sem qualquer preconceito ou privilégio.

Tratando exatamente da igualdade dos administrados em face da Administração Pública, salienta Celso Antônio Bandeira de Mello que:

não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa.

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como conseqüência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os

órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei [...]”, proclamam habitualmente as Constituições. *A fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis²⁰⁸.

2.3.1.2.6 Princípio da unicidade

O princípio da unicidade decorre do art. 198 da Constituição Federal, quando implanta o sistema único e também do inciso XIII da Lei 8.080/1990. Segundo Marga Inge Barth Tessler, “esse princípio inaugura um sistema diferente do vigente até 1988, pois antes as ações e serviços eram operados por uma grande quantidade de órgãos”²⁰⁹. A determinação de unicidade surte efeitos na organização e estrutura do SUS, atribuindo às três esferas de governo a responsabilidade pelo seu funcionamento. Por seu turno, a Lei Orgânica previu a descentralização dos serviços, que antes da criação do SUS encontravam-se centralizados na União pelas Leis 6.229/1975 – Sistema Nacional de Saúde e 6.439/1977 – Sistema Nacional de Previdência Social.

2.3.1.2.7 Princípio da participação da comunidade

O princípio da participação da comunidade integra a organização do SUS e foi previsto no inciso III do art. 198 da Constituição Federal. Tal participação da sociedade está regulada pelas Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, possibilitando que cada esfera do governo conte com instâncias colegiadas, quais sejam a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. O referido princípio possibilita a intervenção da sociedade como meio de exercício democrático e revela-se de especial importância na organização do sistema.

²⁰⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 79.

²⁰⁹ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 48.

2.3.1.2.8 Princípio da solidariedade no financiamento, ou da diversidade da base de financiamento

O art. 195 da Constituição Federal determina que a seguridade social seja financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, elencando como se dará esse financiamento, possibilitando, inclusive, a criação de outras fontes de custeio, destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

O inciso XI do art. 7.º da Lei 8.080/1990 prevê a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a prestação dos serviços de saúde; isso implica reconhecer que as três esferas de governo estão obrigadas a, conjugando recursos, alcançar a prestação e a melhoria dos serviços.

2.3.1.2.9 Princípio da vinculação dos recursos orçamentários

Para Marga Inge Barth Tessler o princípio dos recursos orçamentários é de suma importância, não podendo ser diminuído ou esquecido. E acentua:

A autoridade que na sua administração o descumprir sujeita-se à responsabilidade fiscal (artigos 198, § 2.º, 35, inc. III; e 198, § 1.º, da Constituição Federal de 1988 e Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000. Aliado à vinculação, há o postulado da “reserva do possível”, o que se pode razoavelmente esperar da sociedade vista realisticamente. Não é horizonte ideal, mas contato com o real. A Emenda n. 29/2000 estabeleceu no artigo 198 da Constituição Federal de 1988 parâmetros concretos e objetivos em dois parágrafos, a propósito de destinação dos recursos do SUS. Ao ADCT foi acrescentado o artigo 77, com regras de transição para os exercícios de 2004 e 2005.

A Emenda Constitucional 29 é auto-aplicável, mas deixou espaços abertos que oferecem necessidade de conceitos operacionais, tendo sido editada a Resolução n. 316/2000 com parâmetros consensuais para a aplicação da Emenda n. 29 e o Ministério da Saúde editou a Portaria n.º 2.047/2002, estabelecendo diretrizes operacionais. O Sistema SIOPS, criado pela Portaria Interministerial n. 1.163/2000, é o parâmetro para fiscalização, sendo que o descumprimento pelos antes obrigados na aplicação dos recursos pode e deve ser

comunicado ao Denasus – Departamento Nacional de Auditoria do SUS²¹⁰.

2.3.1.2.10 Princípio da ressarcibilidade ao SUS

O princípio da ressarcibilidade ao SUS pode ser extraído do disposto no art. 32 da Lei 9.656/1998, com fundamento no art. 198, § 1.º, da Constituição Federal, que prevê que as operadoras privadas de plano de saúde devem ressarcir o SUS, na hipótese de esse sistema prestar atendimento a segurado da iniciativa privada²¹¹.

²¹⁰ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 50.

²¹¹ Os Tribunais Superiores têm decidido que as operadoras de saúde devem ressarcir o SUS na hipótese de atendimento de segurado da iniciativa privada. Vejamos: Embargos de declaração. Recurso especial. Ressarcimento ao SUS. Violação do artigo 32, *caput*, § 8.º, da Lei 9.565/98. Não-cumprimento dos requisitos. Matéria fática. Súmula 7/STJ. Alegação de omissão e contradição. Pretensão de efeitos infringentes com enfrentamento de mérito e provimento do recurso. Impossibilidade. Rejeição dos embargos declaratórios. 1. Pro Salute Serviços para a Saúde Ltda. Opõe embargos de declaração em face de acórdão desta relatoria assim ementado (fls. 596/597): “Recurso especial. Ressarcimento ao SUS. Violação do artigo 32, *caput*, § 8.º, da Lei 9.565/98. Não-cumprimento dos requisitos. Matéria fática. Súmula 7/STJ. Não-conhecimento. 1. Em exame recurso especial interposto por Pro Salute Serviços para a Saúde Ltda. com fundamento na alínea ‘a’ do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdãos prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, assim ementados: ‘Processual civil – Ação declaratória de nulidade de atos administrativos e nulidade de débito – Ressarcimento ao SUS – Art. 32 da Lei 9.656/98. Não vislumbrada inconstitucionalidade na Lei n. 9.656/98, que estabelece o ressarcimento pelos serviços prestados por instituições de assistência à saúde a conveniados de operadoras de planos privados que, porventura, venham a fazer uso do Sistema Único de Saúde. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade, entendeu que o referido ressarcimento ao SUS é constitucional (Informativo n. 317 do STF). Inexistência de fundamento na alegação de que os valores inscritos na tabela única nacional de equivalência de procedimentos – Tunep são aleatórios ou irrealis, pois a referida tabela cobre todo um complexo de procedimentos que são cobrados em separado pelas operadoras. Apelo desprovido’ (fl. 493). Opostos embargos de declaração, estes remanesceram assim espelhados: ‘Processual civil – Embargos de declaração – Omissão inexistente. I – Embargos de declaração (*sic*) opostos com o objetivo de sanar alegada omissão do julgado embargado (*sic*). II – Omissão inexistente já que este tribunal pronunciou-se sobre os pontos necessários à prolação da decisão (*sic*), não restando nenhum ponto omissis. III – Embargos de declaração (*sic*) a que se nega provimento’ (fl. 509). A recorrente sustenta que o acórdão infringiu o artigo 32, *caput*, § 8.º, da Lei 9.565/98, pois entende que o ressarcimento ao SUS não deve ser feito através de tabela, e sim pela quantia efetivamente gasta nos custos de atendimento aos beneficiários de planos de saúde atendidos na rede pública. 2. Não se conhece de recurso especial quando a investigação de violação do dispositivo legal demanda necessariamente o exame das peculiaridades fáticas da causa. No caso, para que seja firmada uma conclusão sobre o cometimento de vulneração ao artigo 32, *caput*, § 8.º, da Lei 9.565/98 por não atendimento aos requisitos ali insertos, faz-se necessária a apreciação fática com a reavaliação dos elementos constantes dos autos, como, por exemplo, saber se os valores cobrados são aleatórios ou não, se o procedimento executado estaria coberto, se o paciente seria beneficiado ou se cumprido o prazo de carência etc. Este proceder não é possível em sede de recurso especial. Incide o óbice Sumular 7/STJ. 3. Recurso especial não-conhecido”. A embargante alega omissão no acórdão e requer o provimento dos embargos com efeitos infringentes do julgado no sentido de se conhecer e prover, no mérito, o recurso especial. Impugnação defendendo a rejeição dos embargos. 2. Devem ser rejeitados os embargos de declaração que, sem demonstrar nitidamente violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, requer a modificação do julgado, com efeitos infringentes, sob o pretexto de existir omissão e contradição em acórdão que, apreciando recurso especial, não o conheceu por incidência da Súmula 07/STJ. 3. Os embargos de

Esse princípio obriga as operadoras de saúde a prestar informações a Agência Nacional de Saúde (ANS) sobre seus segurados, a fim de que o SUS possa efetuar a cobrança²¹².

declaração não podem ser usados como meio de revisitação da lide. Não servem como mero veículo de prequestionamento e só revestem caráter infringente quando, existindo, de fato, omissão ou contradição no acórdão, a correção dessa omissão e contradição implicarem, como consequência, modificação do julgamento. 4. Embargos rejeitados (STJ, 1.^a Turma, EDcl no REsp 795917/RJ, EDcl no REsp 2005/0181357-6, Rel. Min. José Delgado, j. 05.09.2006).

²¹² Planos de saúde devem R\$ 400 milhões ao governo. Operadoras não reembolsam o SUS quando cliente usa hospital público. *Ricardo Westin*. Sempre que uma pessoa que tem plano privado de saúde é atendida num hospital público, a operadora responsável pelo plano é obrigada a reembolsar o Sistema Único de Saúde (SUS) pelo serviço, como faz com um hospital particular conveniado. Por causa dessa determinação, lei desde 1998, as operadoras de planos de saúde deveriam ter pago cerca de R\$ 465 milhões ao sistema público de saúde. Até agora, porém, ressarciram apenas R\$ 70 milhões. Os números fazem parte de um estudo, ao qual o Estado teve acesso, realizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), entidade ligada ao governo federal responsável pela fiscalização dos planos de saúde. É também a ANS que faz a cobrança. Os dados são referentes aos serviços prestados entre 1999 e fevereiro deste ano. Com quase R\$ 400 milhões para receber, o sistema público poderia construir 40 centros especializados no tratamento do câncer. Com o mesmo valor, garantiria as propagandas de prevenção da Aids por 28 anos. Todos os atendimentos realizados em hospitais públicos ou credenciados ao SUS vão para um banco nacional de dados. A ANS cruza esses nomes com a lista de clientes das empresas de saúde. É dessa forma que determina os ressarcimentos. No entanto, as operadoras podem argumentar, por exemplo, que o paciente atendido ainda estava em período de carência, que o procedimento em questão não era coberto pelo plano ou que o atendimento havia sido feito fora da região de cobertura. Isto é, não teriam de fazer o reembolso. Os argumentos são estudados. De 1999 para cá, a ANS encontrou 780 mil atendimentos feitos pelo SUS de pessoas com plano de saúde – R\$ 1,121 bilhão em reembolso. Após a argumentação das empresas, o número de atendimentos que deveriam ser ressarcidos caiu para 332 mil – e R\$ 465 milhões. Mesmo assim, as operadoras não se dão por vencidas. Existem recursos dentro da própria ANS. Além disso, podem brigar nos tribunais. Muitas dívidas deixam de ser pagas por força de liminares da Justiça. Outras acabam sendo parceladas. Há ainda aquelas que simplesmente não são pagas – e as operadoras vão para o cadastro de inadimplentes com o governo federal (Cadin). Parto na rede pública. Segundo o estudo da ANS, os procedimentos mais comuns são os partos. São 17% de todos os serviços hospitalares que os planos privados têm que reembolsar ao SUS. Além disso, pessoas que poderiam ir para um hospital particular acabam recorrendo a estabelecimentos públicos em casos de emergência, quando não há opção – por uma insuficiência cardíaca ou uma crise hipertensiva, por exemplo. Muitas vezes as pessoas que têm plano de saúde não sabem que, nos bastidores, deve haver o reembolso. É o caso da enfermeira Sandra Regina Davi, de 44 anos, grávida de sete meses. Ela já decidiu que vai dar à luz num hospital municipal, a Maternidade Cachoeirinha, em São Paulo. Sua gravidez é de alto risco. “Fiz alguns exames pelo plano de saúde, mas não pediram os mais adequados para o meu caso”, afirma. “Meu convênio cobre tudo, mas aqui os médicos atendem especificamente as mães de alto risco. Eu me sinto mais segura.” Para o médico e Deputado Federal José Aristodemo Pinotti (PFL-SP), membro da Frente Parlamentar de Saúde, “o SUS está sendo parasitado pelas operadoras”. Ele faz questão de dizer que a culpa não é dos clientes dos planos de saúde. “Todos podem e devem usar o sistema público de saúde, desde um João da Silva a um Antônio Ermírio de Moraes. Está na Constituição. Mas o plano de saúde tem que fazer o ressarcimento”, diz. Para Pinotti, a ANS também tem culpa ao exigir o ressarcimento só dos atendimentos hospitalares, e não dos ambulatoriais (de pronto-socorro) nem dos exames caros. “Se a ANS fizesse seu trabalho de verdade, teria que cobrar R\$ 1 bilhão por ano dos planos.” A ANS admite as falhas. Diz que espera começar a cobrar os exames caros ainda em 2006 e que depende da criação do Cartão SUS para cobrar os atendimentos ambulatoriais. Data de publicação: 05.07.2006. Colaborou: Emilio Sant’Anna Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/PORTAL.wvw_media.show?p_id=749278&p_settingssetid=11257&p_settingssiteid=0&p_siteid=116&p_type=basetext&p_textid=749279>. Acesso em: 20 set. 2006.

2.3.1.2.11 Princípio da prevenção e precaução

A prevenção e precaução da saúde decorrem dos arts. 196 e 200 da Constituição Federal, tais como a razoabilidade perante o caso concreto, como postulado para auxiliar a relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir, ou, até mesmo, de equivalência entre direitos e sacrifícios exigidos.

2.3.1.2.12 Princípios gerais

O art. 200 da Constituição Federal atribui competências ao SUS, como o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde. Segundo Marga Inge Barth Tessler, além de o referido dispositivo determinar o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, há grande número de deveres a serem exercidos, sendo certo que do *Estado* “não exclui o das pessoas, da família das empresas e da sociedade e na questão principiológica, poderão ser extraídos princípios de saúde suplementar, atuação da vigilância sanitária e da Anvisa”.²¹³.

2.3.1.2.13 Princípio do não-retrocesso

Para Ingo Sarlet²¹⁴, o princípio da proibição de retrocesso pretende evitar que o legislador venha a revogar, no todo ou em parte essencial, uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde, constitucionalmente consagrado, assim como as normas que protegem o direito à saúde, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado, quais sejam a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano.

É essencial ressaltar que Marga Inge Barth Tessler elenca ainda entre os princípios específicos do SUS o da beneficência²¹⁵ e o da justiça, que não decorrem

²¹³ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 51.

²¹⁴ Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, n. 12, p. 101.

²¹⁵ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 51-52.

de dispositivo legal específico, mas que são por ela relacionados como de grande valia para o Sistema, esclarecendo:

O princípio da beneficência, o *bonum facere*, fundamenta-se na regra da confiança, segurança e eficácia e está inscrito no artigo 1.º da Constituição Federal de 1988, entre os princípios fundamentais da República, no item IV: “promover o bem de todos...”, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Também no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o “bem-estar” abriga essa “meta-horizonte”. Esse princípio põe temperamentos em todas as atividades relacionadas ao direito sanitário e é por isso de extrema importância, é outra “meta-horizonte”. Difícil extrair o seu sentido, o sentido do que seria bom individual e coletivamente, mas pelo menos com certeza o princípio sugere a não-maleficência, o *primum non nocere*. Integra o princípio da trindade bioética, juntamente com a Autonomia e a Justiça.

E, mais adiante, continua:

O princípio da justiça no direito sanitário transcende a mera igualdade e indica o dever de garantir uma distribuição justa, equitativa e universal dos serviços de saúde, em especial dos gerenciados pelo SUS. O sentimento de justiça é fundante nas sociedades humanas. Há várias teorias da Justiça e a enumeração delas ultrapassa a dimensão desse trabalho. Como tentamos abordar a questão da tutela jurisdicional sanitária, devemos considerar que uma interpretação equivocada pode levar a grandes injustiças. A pretexto de assegurar um direito, não se pode perder de vista a dimensão social e a sustentabilidade do sistema SUS. O sentimento de Justiça também se estabelece em relação à comunidade e é fator de integração social. A distribuição de serviços e riqueza em uma sociedade é grande fator de conflito e a tutela jurisdicional para cumprir os objetivos constitucionalmente fixados, tanto no plano social quanto no plano econômico, tem a obrigação de funcionar como fator de integração social²¹⁶. “É preciso caminhar no sentido da maior participação do Poder Judiciário naquilo que o Poder Judiciário tem a oferecer à sociedade, restabelecendo direitos e criando vetores para o encaminhamento mais justo das relações sociais regradas pela lei.”²¹⁷

²¹⁶ O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 52.

²¹⁷ Sidnei Agostinho Beneti. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 200, apud Marga Inge Barth Tessler. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária, p. 52.

2.3.2 Recursos para financiamento do SUS

O financiamento é considerado um dos maiores entraves para a implementação plena do SUS.

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios da universalidade, integralidade e igualdade no que se refere ao direito à saúde e, via de consequência, houve uma elevação no dever dessa prestação, de 30 milhões para 150 milhões de administrados²¹⁸. A propósito, constam do relatório “A Saúde no Brasil” os seguintes dados:

²¹⁸ Os jesuítas quando vinham ao Brasil já eram treinados em Portugal para, aqui aportados, prestarem algum tipo de assistência à saúde da população nativa e seus descendentes (primeiros agentes comunitários de saúde no Brasil!). Surgiram as primeiras Santas Casas sustentadas pela caridade religiosa e ou por contribuições da população, desde o óbolo dos mais pobres até a contribuição dos grandes beneméritos. Numa segunda fase, pelos anos de 1800, os hospitais públicos foram criados juntamente com aqueles que serviam ao ensino da medicina. A presença do financiamento, por parte do Estado, foi no sentido primeiro de favorecer a elite do próprio Estado e sua força militar próprio Estado, montando seus hospitais e serviços de saúde paralelamente às Santas Casas de Misericórdia. Estas, só no século 20, após o surgimento do sistema previdenciário, começaram a ter uma outra fonte de renda para cuidar dos trabalhadores registrados em carteira e que tinham direito a atendimento previdenciário em relação à saúde. Não podemos omitir que os sistemas previdenciários por categorias de trabalhadores (IAPs dos marítimos, bancários, comerciários, ferroviários etc.), antes de terceirizar seus serviços para os hospitais já existentes, em sua quase totalidade, casas de caridade ligadas às misericórdias, partiram para a construção de suas estruturas próprias. Construíram-se grandes hospitais financiados pelas contribuições sociais de empregados e empregadores. Hospitais de excelência construídos na capital federal, então Rio de Janeiro, e algumas outras grandes capitais como São Paulo. Eram os tempos da fartura na Previdência, em que mais se arrecadava que se gastava com aposentadorias e benefícios e “sobrava” muito dinheiro. Isto explica, em parte, o furo financeiro atual da previdência. Usou-se recurso dela para investimento a fundo perdido em obras governamentais, sem o devido retorno ao caixa. Quando se buscaram recursos para garantir os ônus de hoje, não existiam mais fundos capitalizados para honrá-los!

Nos anos sessenta, a partir da necessidade de garantir direitos a determinadas classes de trabalhadores que não tinham boa ou satisfatória assistência à saúde, as empresas, começaram, por acordo, a atender seus empregados por conta própria ou terceirizando para as denominadas empresas de medicina de grupo. Como este esquema era facultativo, o financiamento era em parte do próprio empregado, em parte, nem sempre, do empregador. O Governo se comprometia apenas a devolver ao empregador ou seu preposto, um percentual daquilo que era recolhido como contribuição pela folha e que, teoricamente, deveria ser gasto com saúde.

Com o advento de maior número de pessoas usufruindo dos benefícios pecuniários e dos serviços de saúde previdenciários, começou já cedo a “fazer água” a previdência social e a saúde. Isto determinou baixo valor de tabela de remuneração dos serviços comprados, e, o que é pior, atrasos sistemáticos de pagamento, sem correção, em época de altas taxas inflacionárias. Além desta dificuldade, havia um problema crônico gerado pela incompetência ou conivência de não se fiscalizar o que é público: a incontrolável corrupção dos sistemas geridos e controlados centralizadamente. Corrupção na Previdência, tanto em benefícios como na assistência médica. A necessidade de dar maior cobertura à população, não apenas previdenciária, fez com que o governo central criasse, com recursos da Previdência, alguns programas mais abrangentes de atendimento e financiamento das ações de saúde. Destacam-se o PPA (Programa de Pronta Ação) dos anos 70; dez anos depois, em 1983, surgiram as AIS (Ações Integradas de Saúde) e em 1987 o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde). Todos programas tentando diminuir a exclusão dos cidadãos à saúde, sem contudo haver algum tipo de aumento do financiamento, apenas deslocamento de uma vertente para outra. Com a

A cobertura dos serviços públicos de saúde, complementada por serviços prestados pelos serviços privados contratados pelo governo sob a responsabilidade do SUS, chega a 75% da população. O segmento exclusivamente privado compreende os serviços lucrativos pagos diretamente pelas pessoas e as instituições provedoras de planos e seguros privados. Na área hospitalar, o sistema se baseia predominantemente no reembolso público dos serviços prestados por entidades privadas (80% dos estabelecimentos hospitalares que prestam serviço ao SUS são privados). Por outro lado, 75% da assistência ambulatorial prestada pelo SUS é produzida pelos estabelecimentos públicos. Os planos e seguros privados de assistência à saúde estão agrupados em quatro grandes categorias: (i) *medicina de grupo*, modalidade de pré-pagamento, representando 47% do mercado de serviços privados; (ii) *cooperativas médicas*, modalidade de pré-pagamento que representa 25% do mercado; (iii) *planos de saúde de empresas*, que compreendem uma combinação de serviços de autogestão e compra de serviços de terceiros, em distintas modalidades, e representam 20% do mercado; e (iv) *seguro-saúde*, modalidade de cobertura por indenização ao segurado ou a terceiros, que representa 8% do mercado. A cobertura dos planos e seguros privados atingiu 20% da população brasileira em 1995 (cerca de 34 milhões de pessoas) e representou investimentos de 6,4 bilhões de dólares²¹⁹.

A Constituição Federal estatuiu que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes complementares, nos termos do art. 195²²⁰. Os incisos I, II e III desse dispositivo

Constituição de 1988, os direitos sociais foram ampliados e passaram a ter maior garantia teórica. O partido tomado foi o da cidadania ampliada. Novas fontes de recursos foram alocadas para financiar a saúde, só que entre o fixar constitucional destas fontes e sua garantia cravou-se um abismo de desobediência legal.

A Constituição garantiu financiamento de saúde para uma nova população universal de cidadãos. A ampliação dos que teriam direito à saúde passa de 30 milhões de segurados para uma população de 150 milhões de cidadãos com estes direitos. As fontes de recursos, para se garantir saúde, estavam previstas na Constituição, só que, na prática, foram sonegadas nestes anos todos que se seguiram a ela. Gilson de Carvalho. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_atividades/saude/sus_financiamento.PDF>. Acesso em: 17 jun. 2006.

²¹⁹ A Representação da Organização Pan Americana de Saúde no Brasil está divulgou, em língua portuguesa, o documento preparado para compor o Capítulo "Brasil" da edição 1998 da publicação quadrienal "La Salud en las Américas", lançado pelo Diretor da Organização no mês de setembro, por ocasião da Conferência Sanitária Pan-Americana (Publicação Científica 569, em dois volumes), p. 31.

Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em: 18 set. 2006

²²⁰ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

fixam a hipótese de incidência²²¹ das contribuições destinadas à seguridade social. O inciso I trata das contribuições patronais; o II, das contribuições dos empregados; e o III, das contribuições incidentes sobre a receita dos concursos de prognósticos. A criação de novas materialidades fica adstrita ao art. 195, § 4.º.

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

III – sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.)

§ 1.º As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2.º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3.º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4.º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5.º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6.º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

§ 7.º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8.º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 9.º As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005.)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.)

²²¹ Hipótese de incidência é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é um desenho). É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera “previsão legal” (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral). Geraldo Ataliba. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 53.

A Constituição Federal atribui competência exclusiva à União Federal para instituir as contribuições sociais, nos termos do art. 149²²², ressalvada a hipótese de seu § 1.º que se refere à contribuição a ser cobrada dos servidores dos Estados e Municípios em benefício destes, no regime previdenciário de que cuida o art. 40 da Lei Maior.

Tratando especificamente das ações e serviços de saúde, a Constituição Federal estabeleceu:

Art. 198. [...]

§ 1.º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. *(Parágrafo único renumerado para § 1.º pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

Desta forma, o SUS é custeado com os recursos do orçamento da seguridade social e com os recursos fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre outras fontes.

²²² Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003.)

§ 2.º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.)

III – poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

§ 3.º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

§ 4.º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 33, de 2001.)

Os recursos fiscais são os impostos: da União Federal com recursos advindos do IPI (Imposto de Produtos Industrializados) e IR (Imposto de Renda), entre outros; dos Estados com recursos do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços); FPE (Fundo de Participação dos Estados), ITBCM (Imposto de Transmissão de Bens *Causa Mortis*), IR de seus servidores, IPVA (Imposto de Propriedade de Veículos Automotores Terrestres), entre outros; e dos Municípios com recursos do ICMS (que permanece no Município), FPM (Fundo de Participação dos Municípios), IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) e ISS (Imposto Sobre Serviços), IR de seus servidores, IPVA (rateado com os Estados em 50%), ITR (Imposto Territorial Rural – rateado com a União em 50%), entre outros. As dotações orçamentárias serão previstas no plano plurianual.

As contribuições sociais são as contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento – Cofins – contribuição para o financiamento da seguridade social, PIS e Pasep e a contribuição sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas, do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral da previdência social de que trata o art. 201, sobre parte da arrecadação dos concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior ou de quem a lei a ele equiparar, 50% do seguro obrigatório de acidentes automotivos, salário-educação e contribuição do plano de seguridade social dos servidores.

A Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) tem origem no Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, criado em 1993, pela Lei Complementar 77, e exigido no período de janeiro a dezembro de 1994, com alíquota de 0,25%. Criada em 1996, com essa denominação, pela Lei 9.311, para socorrer os recursos da saúde, passou a ser exigida a alíquota de 0,20%, até que em 2001, com a Emenda Constitucional 37, passou a ser exigida na alíquota de 0,38%. Atualmente, a sua exigência está prorrogada até 31.12.2007, por força do art. 90 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com apenas 42,01% do total arrecadado a ser aplicado na saúde. Essa contribuição incide, nos termos do

art. 1.º da Lei 9.311/1996, sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira para qualquer operação liquidada ou lançamento realizado pelas entidades referidas no art. 2.º que represente circulação escritural ou física de moeda e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

O financiamento do SUS é de responsabilidade de todos os entes federativos, correspondendo os recursos federais a mais de 70% do total que vem sendo repassado aos Estados e aos Municípios, por transferências ao Fundo Nacional de Saúde aos fundos estaduais e municipais²²³, nos termos do Decreto 1.232, de

²²³ *Fundo Nacional de Saúde (FNS)*. Fundo especial organizado de acordo com as diretrizes e objetivos do SUS, cujos recursos estão previstos na Lei Orçamentária Anual (LOA), de acordo com o Plano Plurianual dos Projetos e Ações Governamentais e provenientes de fontes nacionais – de receitas do Tesouro Nacional e de arrecadação direta do FNS – e internacionais – de acordos firmados pelo governo brasileiro com instituições financeiras internacionais como o Bird e o BID para financiamento de projetos na área de saúde. Constituem recursos do FNS os consignados a seu favor nos Orçamentos da Seguridade Social e Fiscal da União; os decorrentes de créditos adicionais; os provenientes de dotações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de cooperação técnica, de financiamento e de empréstimo; os provenientes do Seguro Obrigatório do DPVAT; os resultantes de aplicações financeiras; os decorrentes de ressarcimento de recursos por pessoas físicas e jurídicas originários de prestação de contas, do acompanhamento ou das ações de auditoria; as receitas provenientes de parcelamentos de débitos apurados em prestação de contas de convênios ou derivadas do acompanhamento de auditorias e de financiamentos relacionados com as ações e os serviços de saúde; os créditos provenientes dos agentes ou das entidades integrantes do SUS, bem como aqueles resultantes de transações financeiras e comerciais; as receitas provenientes do ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998; os obtidos por intermédio de operações de crédito; as receitas provenientes da execução de seus créditos; os saldos positivos apurados em balanços, transferidos para o exercício seguinte; as rendas e receitas eventuais que lhe venham a ser destinadas; os de outras fontes, de acordo com o artigo 32 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. A gestão dos recursos é exercida pelo diretor-executivo, sob a orientação e supervisão do Secretário Executivo do Ministério da Saúde, observando o Plano Nacional de Saúde e o Plano Plurianual do Ministério da Saúde, nos termos das normas definidoras dos orçamentos anuais, das diretrizes orçamentárias e dos planos plurianuais. A execução dos recursos é feita, em nível central, por meio da unidade gestora da Diretoria-executiva do Fundo Nacional de Saúde e das unidades gestoras criadas junto às áreas técnicas do Ministério da Saúde. Nas unidades federadas, por meio das unidades gestoras descentralizadas junto às representações estaduais e unidades assistenciais do SUS, sob a gestão do Ministério da Saúde (MS). Todos os recursos transitam em conta única do Fundo Nacional, cursos destinados às ações e serviços públicos de saúde por meio de fundo de prover: despesas correntes e de capital do MS, seus órgãos e suas entidades, da administração direta e indireta, integrantes do SUS; transferências para a cobertura de ações e serviços de saúde, destinadas a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial e hospitalar e às demais ações de saúde do SUS a serem executados de forma descentralizada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; financiamentos destinados à melhoria da capacidade instalada de unidades e serviços de saúde do SUS; investimentos previstos no Plano Plurianual do Ministério da Saúde e na Lei Orçamentária Anual; Os recursos financeiros do MS, administrados pelo FNS destinam-se a despesas autorizadas pela Lei Orçamentária Anual. Lei n. 4.320, de 17.03.1964; Decreto 3.964, de 10.10.2002.

Fundos de Saúde. Instrumentos de gestão dos recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde existentes nas três esferas de poder, equiparando-se aos conselhos, planos de saúde e relatórios de gestão como instrumentos fundamentais ao SUS. A existência de fundos de saúde nas esferas estaduais e municipais, para recebimento e movimentação de recursos financeiros do SUS, é obrigatória por força de dispositivos legais e constitucionais. Os Fundos possibilitam que os gestores visualizem claramente os recursos de que dispõem para as ações e serviços de saúde, acompanhando e controlando as fontes de

30.08.1994. Cada esfera governamental efetua o aporte regular de recursos ao respectivo fundo de saúde.

A Constituição Federal dispunha que o financiamento da saúde seria efetivado com os recursos acima citados; no entanto, não fixou o percentual de cada esfera do governo. No que se refere às contribuições sociais, o mínimo a ser destinado era de 30% e a Lei de Diretrizes Orçamentárias definia este montante até o ano de 1994, quando houve o veto do então Presidente da República em razão de interesse nacional. Assim, desde 1993, buscou-se uma garantia definida, definitiva e suficiente para a saúde, que culminou com a edição da EC 29/2000, a qual submete ao legislador ordinário a fixação de critérios de rateio dos recursos da União para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

O fundo de saúde recebe transferências regulares ou eventuais da União para os Estados, Municípios e Distrito Federal que estão condicionadas à contrapartida destes níveis de governo, em conformidade com as normas legais vigentes (Lei de Diretrizes Orçamentárias e outras). Esses repasses ocorrem por meio de transferências “fundo a fundo”, realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) diretamente para os Estados, Distrito Federal e Municípios ou pelo Fundo Estadual de Saúde aos Municípios, de forma regular e automática, propiciando que gestores estaduais e municipais possam contar com recursos previamente pactuados, no devido tempo, para o cumprimento de sua programação de ações e serviços de saúde e os pagamentos diretos a prestadores de serviços e beneficiários cadastrados de acordo com os valores e condições estabelecidos em portarias do Ministério da Saúde.

As transferências voluntárias são, por sua vez, entregas de recursos correntes ou de capital a outra esfera da federação para cooperação, auxílio ou assistência financeira não decorrente de determinação constitucional, legal, ou que

receitas, seus valores e datas de ingresso, assim como as despesas realizadas e os recebimentos das aplicações financeiras. Fundo Nacional de Saúde (FNS), Fundo Municipal de Saúde. Disponível em: <<http://www.fns.saude.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2006. Lei 8.080, de 19.09.1990 (art. 33); Decreto 1.232, de 30.08.1994; Ato das Disposições Transitórias (art. 77), com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=285&letra=F>. Acesso em 21 jul. 2006.

se destine ao SUS, em consonância com a Lei 8.080, de 19.09.1990, Lei 8.142, de 28.12.1990; Decreto 1.232, de 30.08.1994²²⁴. Sobre as fontes de recursos e gestão financeira do SUS dispõem os arts. 31 a 35 da Lei 8.080/1990²²⁵.

²²⁴ Financiamento do SUS. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=285&letra=F>. Acesso em: 20 jul. 2006.

²²⁵ Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I – (Vetado.);

II – serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III – ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV – alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V – taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

e

VI – rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1.º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2.º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3.º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4.º (Vetado.)

§ 5.º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6.º (Vetado.)

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1.º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2.º (Vetado.)

§ 3.º (Vetado.)

§ 4.º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I – perfil demográfico da região;

II – perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III – características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV – desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V – níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI – previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

Segundo Marlon Alberto Weichert:

A Constituição da República (art. 165, § 5.º) estipulou que o orçamento anual federal seria desdobrado em (a) orçamento fiscal, alimentado sobretudo pelos impostos, (b) orçamento de investimento das empresas estatais federais, e (c) orçamento da seguridade social. Este último – o orçamento da seguridade social – refere-se diretamente às ações de saúde, previdência e assistência social, tendo sido contemplado com autonomia formal para fins de facilitação do planejamento e controle sobre a arrecadação e aplicação dos seus recursos. O orçamento anual, porém, continua a ser uno, apenas subdividido em três áreas. Não há, tampouco, um orçamento conjunto dos entes federativos para a seguridade social; existe apenas o orçamento federal da seguridade social. Para deixar estreme de dúvida essa questão é que o § 1.º do artigo 195 reforçou que “as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União”, ou seja, o suborçamento federal da seguridade social.

Assim, quando o artigo 198, parágrafo primeiro, prevê o financiamento do SUS [...] está consagrando que no plano federal serão destinados recursos do orçamento próprio da seguridade social e, ainda, do orçamento fiscal (impostos), para o custeio dos serviços de saúde. E que cada um dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios também destinará recursos próprios para a saúde, nos montantes mínimos previstos no parágrafo segundo.

Nos anos que sucederam a promulgação da Carta Magna não se verificou o cumprimento da previsão de destinação de parte do orçamento²²⁶ da Seguridade

VII – ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1.º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

§ 2.º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3.º (Vetado.)

§ 4.º (Vetado.)

§ 5.º (Vetado.)

§ 6.º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

²²⁶ *Orçamento público.* O orçamento, entre outras funções, é responsável pela previsão do gasto público. De maneira simplificada, o orçamento é composto de expressões que descrevem os propósitos e as ações de governo (melhoria da saúde da população, redução das desigualdades regionais etc.), aos quais são alocados determinados valores, considerando os insumos necessários à sua realização. Portanto, os orçamentos públicos são elos entre recursos financeiros e comportamentos humanos direcionados para alcançar objetivos de políticas públicas. A forma de organização do orçamento vem sofrendo alterações ao longo das últimas décadas e novas características vêm sendo incorporadas, de acordo com a necessidade de considerar determinados propósitos, de modo que atualmente o orçamento atende simultaneamente a vários fins. Entre os mais importantes, destacam-se: 1) controle de gastos: o orçamento deve ser um instrumento de proteção contra abusos dos administradores. O mecanismo utilizado é o detalhamento da especificação dos objetivos

Social para implementação do direito fundamental à saúde, e isso é o que se verifica do relatório “A Saúde no Brasil”, organizado pela representação da Organização Pan-Americana de Saúde/Organização Mundial da Saúde, edição de 1998:

Os gastos públicos com saúde no período 1980-1990, em relação ao PIB, atingiram o valor máximo de 3,3% em 1989. Essa participação reduziu-se fortemente nos anos seguintes, voltando a aumentar em 1994 e atingindo 2,7% em 1995. Acrescentando-se os gastos privados das pessoas físicas – estimados em 34% dos gastos totais em 1990 – pode-se inferir que os gastos totais com saúde, em 1995, corresponderiam a cerca de 4,1% do PIB. Esse valor pode estar subestimado, pois a forte redução dos gastos públicos em saúde, ocorrida entre 1990 e 1993, certamente conduziu a um aumento dos gastos diretos das pessoas com o pagamento de serviços privados. O gasto federal com atividades promovidas pelo Ministério da Saúde representaram, em 1996, cerca de 10,4% da arrecadação da União, valor inferior ao atingido em 1989, calculado em 19%²²⁷.

Germano André Doerdelein Schwartz indica que

o Brasil figura entre os países que possuem a mais reduzida participação no PIB das verbas destinadas à saúde. Seriam US\$ 300 per capita, equivalente a 3,5% do PIB. Comparando, a Argentina tem uma média de US\$ 600 per capita/ano, ou seja, 6% de seu PIB. Os Estados Unidos aplicam 12% do PIB em gastos com a saúde, o que significa US\$ 2,8 mil per capita/ano²²⁸.

de gasto, como, por exemplo, diárias, locação de mão-de-obra, serviços de consultoria e outros; 2) gestão dos recursos: o orçamento deve especificar com clareza os projetos e atividades de modo a possibilitar aos administradores dos órgãos públicos orientação efetiva, e ao público em geral o conhecimento amplo quanto às tarefas a serem desenvolvidas para se obter maior eficiência produtiva e conseguir a melhor relação custo-benefício na realização de determinada tarefa. A ênfase neste caso é na especificação das ações orçamentárias, produtos e metas físicas; 3) planejamento: o orçamento deve ser um instrumento de implementação do plano de médio prazo do Governo. As ações orçamentárias – projetos e atividades – devem resultar em produtos que contribuam para consecução dos objetivos dos programas; 4) administração macroeconômica: o orçamento deve ser também um instrumento para controlar as receitas e despesas agregadas, de modo a possibilitar o alcance de objetivos de inflação baixa e redução do desemprego. Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA), Planejamento em Saúde, Plano de Saúde, Plano Plurianual (PPA), Programação pactuada e integrada (PPI), Relatório de gestão. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdez/topicos/topico_det.php?co_topico=285&letra=O>. Acesso em: 20 ago. 2006.

²²⁷ A Representação da Organização Pan Americana de Saúde no Brasil divulgou, em língua portuguesa, o documento preparado para compor o Capítulo “Brasil” da edição 1998 da publicação quadrienal *La Salud en las Américas*, lançado pelo Diretor da Organização no mês de setembro, por ocasião da Conferência Sanitária Pan-Americana (*Publicação Científica* n. 569, em dois volumes), p. 28.

Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em: 18 set. 2006.

²²⁸ Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia, p. 29.

2.3.2.1 Vinculação dos recursos – EC 29/2000

Com o advento da EC 29/2000, surgiu uma nova esperança na busca do atendimento dessa importante atividade, tendo constituído uma vitória para os cidadãos a sua aprovação, pois, se tivesse ocorrido a implementação da Constituição Federal nos moldes anteriormente propostos, a questão do financiamento da saúde não atravessaria tantas dificuldades na sua implementação.

A EC 29/2000 alterou os arts. 34, 35, 156, 160 e 198 da Constituição e o art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Constitui relevante avanço no sentido de vincular recursos para a aplicação exclusiva em ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo um percentual mínimo da receita para aplicação de recursos na área da saúde.

No art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias restou fixado que:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

I – no caso da União: *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000.)*

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3.º. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)*

§ 1.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a

diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

§ 2.º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000.)*

§ 3.º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

§ 4.º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3.º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. *(Incluído pela Emenda Constitucional n. 29, de 2000.)*

Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm recursos destinados às ações e aos serviços de saúde vinculados à receita de impostos e transferências constitucionais. Os Estados devem destinar obrigatoriamente para a saúde 12% de suas receitas e os Municípios, 15%. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que à época da edição da emenda constitucional não aplicavam os referidos percentuais, ficaram obrigados a elevá-los gradualmente até o exercício financeiro de 2004.

Para a União, foi fixado que para o ano de 2000 ao montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 seriam acrescidos, no mínimo, cinco por cento e, do ano 2001 ao ano de 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

No entanto, aquilo que em um primeiro momento considerado vitória já não se mostra efetivo, eis que há o descumprimento da emenda constitucional por parte dos Estados, de acordo com a Nota Técnica do Siops 009/2005, aprovada em 18.03.2005. Apenas 14 Estados informaram seus dados de 2003 ao Siops (AL, BA, CE, DF, MA, MG, MS, MT, PA, RO, SC, SE, SP, TO). Relativamente à aplicação em ações e serviços de saúde após análise dos balanços estaduais realizados pelo Siops, 15 Estados e o Distrito Federal não cumpriram o mínimo exigido pela EC 29.

São eles: AL, CE, MA, PB, PE, PI, ES, MG, RJ, PR, RS, SC, GO, MS, MT. Isto representa para o ano de 2003 o descumprimento de R\$ 1.671,4 milhão.²²⁹

Estima-se que o descumprimento da emenda constitucional por parte da União e dos Estados hoje represente o valor acumulado de R\$ 7,612 bilhões referente à aplicação em ações e serviços públicos destinados a promover a saúde, conforme determina a EC 29/2000²³⁰.

Os Estados estão sujeitos à intervenção da União e os Municípios, à intervenção do Estado, na hipótese de descumprimento do referido percentual. A fiscalização dos recursos vinculados na referida emenda constitucional deve ser realizada pelos Conselhos de Saúde, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

O descumprimento dos Estados deve-se à ausência da aprovação da lei complementar a que se refere o § 3.º do art. 198 da Constituição Federal, o que impede, por falta de regulamentação, a aplicação da intervenção.

Tanto a destinação de orçamento quanto a sua regulamentação têm sido objeto de luta de diversos representantes de várias entidades ligadas à saúde para atender à demanda populacional e restabelecer a garantia do direito fundamental.

Enquanto não atendida a referida determinação constitucional, continuam as dificuldades orçamentárias para a efetividade deste direito e a violação dos direitos dos administrados.

Com efeito, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 8.º, parágrafo único, determina que as receitas vinculadas serão utilizadas exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, possibilitando, inclusive, a sua utilização em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

²²⁹ Disponível em: <www.sioms.datasus.gov.br/sioms.php?esc=1>. Acesso em: 3 jan. 2006.

²³⁰ Áquilas Mendes. *Financiamento da saúde: quando as tensões permanecem...* Representante do Conasems na COFIN/CNS. Disponível em: <www.abrasco.org.br/Inicial/Movimento>. Acesso em: 3 jan. 2006.

A vinculação é de suma importância para a construção do sistema, tanto que foi considerada princípio, estabelecendo o dever do Estado com a saúde. Nesse sentido:

a vinculação tem o inegável mérito de comprometer efetivamente as três esferas de governo com o financiamento da saúde, além de atenuar a usual instabilidade da receita, e nesse sentido constitui um avanço e uma promessa de defesa do orçamento da saúde, diversos entraves ainda deverão ser superados para a sua real implementação. [...] Ademais, cabe lembrar que a simples vinculação não significa, por si só, a redução de desigualdades e tampouco a solução para problemas relacionados à equidade, em especial na saúde, que depende de uma complexa organização da rede e, também, de uma rede de complexas organizações, que envolve múltiplos atores e diferentes interesses. A vinculação, de fato, apenas garante que os estados e os municípios venham a se colocar em um mesmo ponto de partida no que tange ao gasto com saúde e, com isso, tenham a possibilidade de ter maior autonomia na forma de executar o gasto, definindo seus modelos assistenciais próprios²³¹.

²³¹Ana Cecília de Sá Campello Faveret. A vinculação constitucional de recursos para a saúde: avanços, entraves e perspectivas. *Ciênc. Saúde Coletiva*, v. 8, n. 2, p. 371-378, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200004&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1413-8123. doi: 10.1590/S1413-81232003000200004.

O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

3.1 A assistência farmacêutica e a atenção à saúde

O direito à assistência farmacêutica foi expressamente incluído na legislação do direito à saúde, nos termos da alínea *d*, inciso I, do art. 6.º da Lei 8.080/1990²³².

²³² Lei 8.080 de 19.09.1990 – *DOU* 20.09.1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Título II – Do Sistema Único de Saúde (artigos 4.º a 19)

Capítulo I – Dos Objetivos e Atribuições (artigos 5.º e 6.º)

Art. 6.º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS:

I – a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II – a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III – a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV – a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V – a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII – o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII – a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX – a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X – o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI – a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1.º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I – o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II – o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2.º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3.º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta Lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I – assistência ao trabalhador vítima de acidente de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde – SUS, em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

Os serviços de saúde não se esgotam com o oferecimento da assistência médico-hospitalar. Devem importar-se também com a prevenção dos agravos à saúde e com a assistência farmacêutica.

A assistência farmacêutica é o conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva. Os medicamentos são seus insumos essenciais. A assistência implica a viabilização do acesso, assim como o uso racional dos medicamentos. Envolve também a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos²³³, bem como a seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação²³⁴, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população²³⁵.

III – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde – SUS, da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV – avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V – informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidente de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI – participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII – revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII – a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

²³³ *Insumo farmacêutico*. Qualquer produto químico ou material (por exemplo: embalagem) utilizado no processo de fabricação de um medicamento, seja na sua formulação, envase ou acondicionamento. Terminologia. 7. Insumo farmacêutico. 28. Portaria 3.916, de 30.10.1998.

²³⁴ *Dispensação* é o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta à apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado. Nesse ato, o farmacêutico informa e orienta o paciente sobre o uso adequado do medicamento. São elementos importantes de orientação, entre outros, a ênfase no cumprimento da dosagem, a influência dos alimentos, a interação com outros medicamentos, o reconhecimento de reações adversas potenciais e as condições de conservação dos produtos. Terminologia. 7. Dispensação. 7. Portaria 3.916, de 30.10.1998.

²³⁵ Há também a assistência farmacêutica básica. *Assistência farmacêutica básica*. O Programa de Assistência Farmacêutica Básica, mantido pelo SUS, compreende um conjunto de atividades relacionadas ao acesso e ao uso racional de medicamentos destinados a complementar e apoiar as ações da atenção básica à saúde. A Assistência Farmacêutica Básica foi estabelecida por meio de Portaria do MS, que definiu os critérios e requisitos para a obtenção de incentivos e valores a serem transferidos, a título de subsídios. Portaria 2.084, de 26.10.2005.

Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=285&letra=A>. Acesso em: 20 ago. 2006.

O Conselho Federal de Farmácia pela Resolução 308, de 02.05.1997, assim conceitua:

Artigo 1.º Compreende-se por assistência farmacêutica, para fins desta resolução, o conjunto de ações e serviços com vistas a assegurar a assistência terapêutica integral, a promoção e recuperação de saúde, nos estabelecimentos públicos e privados que desempenham atividades de projeto, pesquisa, manipulação, produção, conservação, dispensação, distribuição, garantia e controle de qualidade, vigilância sanitária e epidemiológica de medicamentos e produtos farmacêuticos.

Não pode ser concebida como simples atendimento da demanda de medicamentos gerada nos serviços, mas como parte integrante da política nacional de saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo o medicamento seu insumo essencial²³⁶.

A assistência farmacêutica envolve políticas setoriais, dentre as quais destacam-se as políticas de medicamentos, de ciência e tecnologia, de desenvolvimento industrial e de formação de recursos humanos.

Essa assistência deve buscar, no mínimo, a inserção da política de medicamentos e da assistência farmacêutica no âmbito da política nacional de saúde; a descentralização nas três esferas do governo; o entrosamento entre as secretarias de saúde estaduais, municipais com o Ministério da Saúde; o abastecimento e aquisição de medicamentos para assistência ambulatorial, hospitalar; a suficiência de medicamentos de alto custo para dispensação e a revisão periódica da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)²³⁷, para garantir a efetiva ampliação da cobertura populacional.

²³⁶ Noberto Rech. A assistência farmacêutica hoje. O que o SUS oferece. Público atingido e custos. Palestra proferida no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 05 e 06.12. 2005.

²³⁷ *Rename – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. A Ceme foi criada através do Decreto 68.806, de 25.06.1971, instituída como órgão da Presidência da República, cujas funções seriam regular a produção e distribuição de medicamentos dos laboratórios farmacêuticos subordinados ou vinculados a ministérios. Em abril de 1972, a Ceme distribuiu o primeiro Memento Terapêutico, e em novembro do mesmo ano divulgou a segunda edição revisada e ampliada. Em 30.07.1973, o Decreto 72.552 oficializou o Plano Diretor de Medicamentos, determinando também o estabelecimento da “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais”, com 315 medicamentos, no total de 472 apresentações farmacêuticas. Em 1974, com a

reestruturação organizacional do governo federal, a Ceme foi vinculada ao MPAS. A padronização atualizada e sob a denominação Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename foi originalmente instituída por meio da Portaria MPAS 233, de 08.07.1975, atendendo a princípios estabelecidos pela OMS. Apesar de a literatura disponível não citar, na realidade foi por meio da Portaria MPAS/GM 514, de 18.10.1976, que se deu a primeira homologação da Relação Nacional de Medicamentos Básicos (RMB), aprovada pelo Conselho Diretor da Ceme, conforme Resolução 92, de 29.09.1976, medicamentos estes a serem utilizados, na rede própria de assistência à saúde, com recursos financeiros do governo federal. Esta RMB é constituída de 300 substâncias, em 535 apresentações. A Portaria MPAS/GM 817/1977 homologou a revisão da RMB anterior, ficando esta mais conhecida em razão de um folheto de divulgação utilizado nos serviços de saúde. Por meio da Portaria MS/MPAS 6 foi homologada a Rename, em 18.03.1980. A Rename foi regulamentada pela Portaria Interministerial MPAS/MS/MEC 03, de 15.12.1982. Esta Portaria é o marco na aquisição de medicamentos excepcionais e está mais explicitada no capítulo sobre Medicamentos Excepcionais. Em 30 de dezembro do mesmo ano, uma nova Portaria Interministerial, a de n. 04, referindo-se à Lei 6.229/1975 que instituiu o Sistema Nacional de Saúde e ao Decreto 72.552/1973 (Plano Diretor de Medicamentos), aprovou formalmente a Rename, com base na proposta elaborada pelo Conselho Diretor da Ceme. Nessa Rename, já constavam alguns medicamentos que atualmente são considerados excepcionais. Após cinco edições do Memento Terapêutico, em 1983 foi publicada a primeira edição de novo memento, apresentando os medicamentos por sistemas ou aparelhos e, dentro deles, classificação em grupos de ação terapêutica. Em 1989 foi divulgada uma segunda edição, atualizada, pelo Conselho Consultivo da Ceme, a partir da análise de propostas de inclusão e exclusão de medicamentos na Rename. Por meio do Decreto 91.439, de 16.07.1985, a Ceme é transferida do MPAS para o MS. Neste ano foram promovidos três seminários de atualização da Rename, cujas conclusões seriam compatibilizadas em 1986 (Ceme, 1986). Em 1987 a Ceme lançou o programa Farmácia Básica. Este programa constava de uma seleção de aproximadamente 40 itens de medicamentos, integrantes da Rename, destinados ao uso ambulatorial (nível primário), a serem distribuídos aos municípios em quantidade padrão estimada para o atendimento das necessidades de cerca de 3.000 habitantes, durante seis meses (Ceme, 1987). Em 1997, um programa com características semelhantes, também denominado Farmácia Básica, foi novamente implantado e desativado, em 1999, após diversas críticas aos critérios adotados pelo governo federal. Durante 1993 a Ceme fez uma revisão da Rename, incorporou novos medicamentos, chegando a cerca de 420 produtos. Por problemas financeiros do MS, neste mesmo ano, foi feita atualização da relação de medicamentos utilizados em programas de saúde sob responsabilidade desse Ministério, cuja aquisição seria feita pela Ceme. A Rename seria, então, um instrumento de racionalização de recursos financeiros das secretarias de saúde, representando uma responsabilidade compartilhada das três esferas de governo na assistência farmacêutica. Ao longo desses anos se deram grandes avanços no conhecimento e desenvolvimento científico e tecnológico, introdução de novos fármacos seguros e eficazes no mercado, além das modificações do perfil de morbimortalidade da população. Conseqüentemente, a Rename ficou desatualizada, necessitando de revisão para o atendimento adequado ao novo quadro nosológico que se apresentava. Por meio da Portaria Ceme 45, publicada no *DOU* de 14.11.1996, foi estabelecida a Comissão Multidisciplinar de Revisão da Rename. Como etapa subsequente às atividades destinadas à revisão da Rename, foi assinado um Ajuste de Cooperação Técnico-Científica e celebrado um convênio entre a Ceme e a Fiocruz, tendo sido delegado ao Grupo de Trabalho (GT) estabelecido pela Fiocruz – em razão desta cooperação – o papel de Câmara Técnica da Comissão de Revisão da Rename. Foi prevista, também, a elaboração de um formulário terapêutico nacional voltado para o uso por profissionais de saúde quanto ao manuseio de produtos farmacêuticos, disponíveis no mercado. Esse formulário integra o conjunto de medidas definidas pelo MS para a promoção e uso racional de medicamentos, que é uma das diretrizes da Política Nacional de Medicamentos. Cabe destacar que, em 1997, o governo federal procedeu à desativação da Ceme, determinando o realinhamento das competências, planos, programas e projetos no âmbito da estrutura do MS, por meio da Medida Provisória 1.576, do Decreto 2.283 e da Portaria/GM 1.085. A revisão da atual Rename teve por base a relação revisada pela Ceme em 1993, normas de revisão e as 9.^a e 10.^a revisões da Lista-Modelo estabelecidas pela OMS, disponibilidade dos produtos no mercado nacional, além de outros critérios (MS, 1998). A Rename/1999 (Brasil, 1999) apresenta os medicamentos com nomenclatura genérica, de acordo com as Denominações Comuns Brasileiras (DCB), com as respectivas concentrações e formas farmacêuticas, estando dividida em três seções: A, B e C. A *seção A* classifica os medicamentos por grupos farmacológicos relacionados à sua aplicação terapêutica. A *seção B* descreve, resumidamente, as justificativas que determinaram a escolha dos medicamentos constantes de cada grupo farmacológico. Na *seção C* os produtos estão relacionados em ordem alfabética, para facilitar sua localização, assim como os diferentes grupos farmacológicos que compõem a Rename/1999 (Brasil, 1999). Esta descrição mostra como a Rename evoluiu a partir de sua primeira oficialização.

Considerando que a assistência farmacêutica, nos termos da Lei Orgânica da Saúde, integra o direito à saúde e que o medicamento é seu insumo essencial, há que reconhecê-la como elemento indissociável do direito à saúde e à vida.

3.1.1 Medicamento: insumo essencial da assistência farmacêutica

O acesso à saúde importa acesso ao medicamento adequado, para uma finalidade específica, em dosagem correta, pelo tempo necessário e cuja utilização racional tenha como consequência a resolutividade das ações de saúde²³⁸.

Foi a partir do medicamento que a farmácia evoluiu e se transformou²³⁹, pois hoje este é apenas uma parte da assistência farmacêutica. A história da farmácia corresponde primeiro à história de um objeto, o medicamento²⁴⁰, e, como tal, é seu insumo essencial.

Os mecanismos de regulação jurídica elaboradas no setor farmacêutico se aperfeiçoam sob o efeito de um fenômeno duplo. O primeiro ligado à famosa *questão dos venenos*, que marca o fim do século XVII e corresponde ao reforço da conscientização do risco dos medicamentos e, o segundo, o progresso científico, com a regulação operada pelo Estado.

A noção de risco dos medicamentos implicou a abordagem do medicamento ligada à noção de ordem pública, e a tônica posta pelo direito nas propriedades científicas dos medicamentos conduziu o medicamento como um objeto econômico com vocação científica.

Apenas a partir da metade do século XX, com o desenvolvimento científico de novas categorias de medicamentos, passou a ser considerado um produto científico

²³⁸ Noberto Rech. *A assistência farmacêutica hoje*. O que o SUS oferece. Palestra proferida no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS.. São Paulo, 05 e 06.12.2005.

²³⁹ Emmanuel Cadeau. *O medicamento em direito público*. Paris: Edições l'Harmattan, 2000. 514 p. (Coleção Lógicas jurídicas) apud Dalmo de Abreu Dallari. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 167-171, mar. 2002, p. 168.

²⁴⁰ Ibidem, mesma página.

com vocação econômica. O paradigma do boticário recompõe, de um lado, o papel do direito e, de outro, o papel do Estado. Pode-se assim concluir que o setor de medicamento constitui, em si mesmo, um espaço de encontro entre as normas científicas, econômicas e jurídicas²⁴¹.

O medicamento²⁴² é um produto com finalidade profilática, curativa, paliativa ou de fins diagnósticos, com especificidades relevantes concernentes aos componentes farmacoterapêuticos, econômicos, sociais, regulatórios e sanitários, que os condicionam legalmente ao seu registro²⁴³ em órgão regulador.²⁴⁴

Os organismos internacionais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), quanto os regionais, a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), desenvolvem um importante trabalho de cooperação técnica para a produção, controle da segurança e o uso racional de medicamentos²⁴⁵, v.g., o Programa Global de Vacinas e a harmonização da legislação sanitária entre os países como um dos principais mecanismos para garantir o uso seguro de medicamentos, incluindo o combate a medicamentos falsificados e a distribuição gratuita de vacinas para países pobres²⁴⁶.

A OMS define o medicamento como “toda substância contida em um produto farmacêutico, utilizada para modificar ou investigar sistemas fisiológicos ou estados patológicos, em benefício da pessoa em que se administra”²⁴⁷. Destaca a

²⁴¹ Emmanuel Cadeau. *O medicamento em direito público*. Paris: Edições l’Harmattan, 2000. 514 p. (Coleção Lógicas jurídicas) apud Dalmo de Abreu Dallari. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 167-171, mar. 2002, p. 168-170.

²⁴² *Medicamento* provém do latim *medicamentum*, vocábulo que tem o mesmo tema de médico, medicina, medicar, etc., e que se liga ao verbo *medeor*, que significa cuidar de, proteger, tratar. *Medicamentum*, em latim, possuía também o sentido de beberagem mágica, bruxaria, feitiço. *Dicionário latino-português*. 10. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

²⁴³ Registro de medicamento é ato privativo do órgão competente do Ministério da Saúde destinado a conceder o direito de fabricação do produto. Terminologia. 7. Registro de medicamento. 49. Portaria nº 3.916 de 30 out. 1998.

²⁴⁴ Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/faqdinamica/asp/usuario.asp?usersecoes=36&userassunto=127>>. Acesso em: 5 set. 2006.

²⁴⁵ Uso racional de medicamentos é o processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade. Terminologia. 7. Uso racional de medicamentos. 50. Portaria 3.916, de 30.10.1998.

²⁴⁶ Felix J. Rosenberg. Mecanismos legais de controle da segurança do medicamento. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 1, p. 110, mar. 2001.

²⁴⁷ Organização Mundial da Saúde. Comitê de expertos em uso de medicamentos esenciales. Genebra, 1984. 1985 (OMS-Ser. Inf. Tec., 722).

necessidade de disponibilidade, acessibilidade, qualidade e promoção do uso racional de medicamentos.

O consumo de medicamentos no Brasil representa um dos dez maiores mercados no cenário mundial, com uma participação da ordem de 1,5% a 2,0%²⁴⁸. No entanto, o consumo *per capita* oscila em torno de 17 dólares, enquanto a média nos países desenvolvidos chega a 62 dólares; e a distribuição é ainda mais perversa, porque apenas 23% da população brasileira consome nada menos que 60% da produção farmacêutica²⁴⁹. Tais circunstâncias evidenciam a importância do seu estudo.

Um dos problemas mais críticos da assistência à saúde relaciona-se à ausência de diretrizes claras quanto à política nacional de medicamentos, das dificuldades geradas pelo desabastecimento periódico, pela substituição de marcas no mercado, pelo desaparecimento de produtos de baixa lucratividade, denúncias de fraudes, constantes aumentos de preços dos medicamentos no mercado, o que estimula a população a socorrer-se cada vez mais dos serviços públicos.

²⁴⁸ O faturamento bruto do mercado interno foi de 9,7 bilhões de dólares em 1995, representando crescimento de 15% sobre o ano anterior. A indústria farmacêutica gerou 47.100 empregos diretos em 1996, com investimentos globais de 200 milhões de dólares no mesmo ano. Esse setor é constituído por cerca de 480 empresas, entre produtores de medicamentos, indústrias quimiofarmacêuticas e importadores. Há aproximadamente 45 mil farmácias e 5.200 produtos, com 9.200 apresentações. O estrato da população brasileira com renda superior a dez salários mínimos, que representa 15% do total, gera 48% do gasto em medicamentos, com o consumo médio anual de 193 dólares per capita. O estrato com renda entre 4 a 10 salários mínimos corresponde a 34% da população e gera 36% do gasto, com o consumo médio anual de 64 dólares per capita. Os 51% restantes da população, que possuem renda entre 0 e 4 salários mínimos, geram 16% do gasto e consomem, em média anual, 19 dólares per capita. Até 1997, o programa governamental de assistência farmacêutica era gerido pela Central de Medicamentos (Ceme), órgão vinculado ao Ministério da Saúde e responsável pela aquisição e distribuição de medicamentos vinculados a 23 programas específicos de saúde, no valor aproximado de 1 bilhão de dólares em 1997. Dos recursos destinados pela Ceme ao atendimento dessa demanda, 47% correspondem à rede de laboratórios produtores oficiais, que supre 38% dos itens adquiridos. Com a recente extinção da Ceme, suas responsabilidades estão sendo transferidas para outras estruturas de nível central do Ministério da Saúde. A Secretaria de Vigilância Sanitária oficializou em 1995 a adoção das boas práticas de fabricação recomendadas pela OMS, com base nos acordos do Mercosul. No mesmo ano foi instituído o *Programa Nacional de Inspeção das Indústrias Farmacêuticas e Farmoquímicas* e se realizaram sete cursos sobre boas práticas de fabricação. As atividades de inspeção foram significativamente intensificadas a partir de então, alcançando 762 unidades industriais, entre 1993 e 1996.

²⁴⁹ Paulo Marchiori Buss. Medicamentos na reforma do setor saúde: em busca da equidade na América Latina. In: José Antonio Zepeta Bermudez e José Ruben de Alcântara Bonfim (Org.). *Medicamentos e a reforma do setor de saúde*. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 15-28.

O Estado, ao mesmo tempo em que presta a assistência farmacêutica, intervém como *polícia sanitária* para evitar que drogas ponham em risco a vida e a saúde da população. A iniciativa privada pode produzir ou comercializar medicamentos, mas depende de prévia autorização estatal, nos termos da lei²⁵⁰.

O Estado disciplina quais os requisitos necessários (regulamenta) e também afere a sua satisfação (fiscaliza) no que toca à participação de pessoas e produtos no setor de medicamentos. Faz isso com o objetivo declarado de proteger a saúde da população²⁵¹.

3.1.2 Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Todo medicamento no Brasil, seja de origem nacional ou importada, é submetido à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, para autorização e concessão de registro. O registro é o instrumento pelo qual o Ministério da Saúde, no uso de sua atribuição específica, determina a inscrição prévia no órgão competente para avaliação do caráter jurídico-administrativo e técnico científico relacionado com a eficácia, segurança e qualidade do produto, para sua introdução no mercado para consumo²⁵².

A concessão de registro, suspensão e cancelamento de medicamentos no Brasil é de competência do Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi criada pela Lei 9.782, de 26.01.1999, com finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, processos, insumos e tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Anvisa exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras e a interlocução junto ao Ministério das

²⁵⁰ Lei 6.360/1976, art. 60. O funcionamento das empresas de que trata esta lei dependerá de autorização do Ministério da Saúde, à vista da indicação da atividade industrial respectiva, da natureza e espécie dos produtos e da comprovação da capacidade técnica, científica e operacional, e de outras exigências dispostas em regulamento e atos administrativos pelo mesmo Ministério.

²⁵¹ Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Arruda Câmara. Indústria farmacêutica e regulação. O caso dos medicamentos similares. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 5, p. 31, jan.-mar. 2004.

²⁵² Decreto 3.961, de 10.10.2001.

Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária.²⁵³

Trata-se de uma agência reguladora, considerada autarquia sob regime especial, dentro das “atividades que o Estado também protagoniza (e quando o fizer serão serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares”²⁵⁴.

Tem por função regular e fiscalizar os assuntos atinentes à sua atuação, assim como coordenar e supervisionar as atividades de inspeção e de controle de riscos e estabelecer normas e padrões para comercialização dos produtos de sua abrangência.

Quanto à questão da competência de estabelecer normas pelas agências reguladoras, é salutar transcrever as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

o verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo a competência legislativa. Em linha de princípio a resposta não é difícil. Dado princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica. [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, [...] Afora isto, no casos sem que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente [...] ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial” [...]. Desgraçadamente pode-se prever que ditas “agências” certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuídas, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as “agências” norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano. Marcelo Figueiredo bem anota que: “No Direito Constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, pelo que vimos, não haveria como criar

²⁵³ Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=182>>. Acesso em: 19 set. 2006.

²⁵⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 163.

‘entidades intermediárias’ com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional”²⁵⁵.

Nessa linha, Sílvio Luís Ferreira da Rocha especifica que:

a competência normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por exigência do sistema, só pode ser a de expedir normas executivas, isto é, que dêem concretude às normas legais, sem, contudo, inovar a ordem jurídica e, mais, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por expressa submissão ao princípio da legalidade estrita, só poderá agir para conformar o comportamento dos administrados se estiver autorizada pela lei a tanto.

Com efeito, a vigilância sanitária e a competência para autorizar o exercício da atividade na área de saúde não podem ser exercidas ao prazer da Administração. Esta submete-se ao princípio da estrita legalidade, de modo que apenas lei, em sentido formal e material, pode criar obrigações para os particulares submetidos a essa atividade fiscalizadora. Não se trata apenas de delimitar o exercício da competência regulamentar. É mais do que isso: nenhuma restrição ao atuar dos particulares pode ser realizada por norma infralegal que não esteja amparada ou fundada em norma legal²⁵⁶.

3.1.3 *Categorias de medicamentos e suas características*

O termo medicamento sob o critério da proteção conferida à propriedade intelectual pode ser classificado em três categorias: Medicamento de Referência, Medicamento Genérico e Medicamento Similar. A principal categoria é a do Medicamento de Referência, considerado produto inovador, devidamente registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cujas eficácia, segurança e qualidade sejam comprovadas cientificamente, por ocasião do registro²⁵⁷. É o medicamento que implica maior investimento em pesquisa no processo de desenvolvimento.

O Genérico é medicamento equivalente ao produto de referência ou inovador, que pode ser usado em sua substituição. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda

²⁵⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 165-166.

²⁵⁶ Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Agências reguladoras*. Mimeografado.

²⁵⁷ Lei 9.787, de 10.02.1999. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2006

Câmara apontam “que no caso do Medicamento Genérico a equivalência entre os produtos é completa, sendo o genérico absolutamente intercambiável com o medicamento de referência”²⁵⁸. Geralmente é produzido após a expiração ou renúncia da proteção por patente ou de outros direitos de exclusividade do criador da fórmula e após ter sido comprovada sua eficácia, segurança e qualidade. É designado de acordo com as Denominações Comuns Brasileiras (DCB) ou, na sua ausência, pelas Denominações Comuns Internacionais (DCI)²⁵⁹.

O Similar é aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresentando a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica (preventiva ou diagnóstica) do Medicamento de Referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos. Deve sempre ser identificado por nome comercial ou marca²⁶⁰. Esclarecem também Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara “que no caso do Medicamento Similar, apesar de também guardarem equivalência com o produto original, podem apresentar diferenças quanto ao tamanho, forma, prazo de validade, rotulagem, excipientes e veículo”²⁶¹.

Dentre essas categorias de medicamentos existem aqueles que são essenciais e de dispensação em caráter excepcional, que podem servir para o uso contínuo ou não; ou ainda os medicamentos sujeitos a tarjas – vermelha ou preta – ou aqueles que não requerem autorização para a dispensação.

Os medicamentos essenciais satisfazem as necessidades prioritárias de saúde da população e devem estar disponíveis nos serviços de saúde, em todos os momentos e em quantidades suficientes, nas formas farmacêuticas apropriadas, com garantia da qualidade e informação adequada. São os medicamentos

²⁵⁸ Indústria farmacêutica e regulação: o caso dos medicamentos similares, p. 32.

²⁵⁹ Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2006.

²⁶⁰ Lei 9.787, de 10.02.1999. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2006.

²⁶¹ Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Arruda Câmara. Indústria farmacêutica e regulação. O caso dos medicamentos similares, p. 32.

considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, estando contidos em uma lista nacional.

Os programas de distribuição de medicamentos do SUS ocorrem mediante financiamento a Estados e Municípios, co-financiamento e repasse direto, *v.g.*, o Programa de Saúde Mental (realizado em parceria com os Estados), o Programa de Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica, desenvolvido junto aos Municípios e o Programa da Farmácia popular²⁶².

No Programa de Saúde Mental, a União participa com 80% dos recursos financeiros, cabendo 20% aos Estados. No Programa de Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica, a União participa, atualmente, com R\$ 1,00 por brasileiro/ano, no caso dos Municípios que não fazem parte do Programa Fome Zero (em 2006, o Ministério da Saúde deverá ampliar esse valor para R\$ 1,50). Nos casos de Municípios integrantes do Programa Fome Zero, o valor repassado é de R\$ 2,00. Os recursos desse programa destinam-se à compra dos chamados medicamentos essenciais (como analgésicos, antiinflamatórios, anti-hipertensivos comuns, diuréticos, vermífugos, antibióticos e alguns anticonvulsivantes) e fazem parte do Programa Saúde da Família²⁶³.

As equipes do Programa da Saúde da Família recebem uma quantidade de medicamentos necessários ao tratamento de problemas de saúde mais freqüentes

²⁶² A Farmácia Popular do Brasil é um programa do Governo Federal para ampliar o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), órgão do Ministério da Saúde e executora do programa, adquire os medicamentos de laboratórios farmacêuticos públicos ou do setor privado, quanto necessário, e disponibiliza nas Farmácias Populares a baixo custo. Um dos objetivos do programa é beneficiar principalmente as pessoas que têm dificuldade para realizar o tratamento por causa do custo do medicamento. Outras 284 unidades aderiram ao programa e estão aptas para instalação pelos parceiros (governos estaduais, prefeituras e entidades filantrópicas) do Ministério da Saúde. Somadas as 216 farmácias inauguradas e as 284 credenciadas, são 500 adesões até o momento. Em todo o Brasil, são cerca de 60 milhões de pessoas com acesso ao programa, que tem farmácias populares em funcionamento distribuídas em 24 Estados e 167 municípios. Até 29.09.2006 haviam sido inauguradas 209 farmácias populares; a de número 210 seria inaugurada no dia 30.09.2006 em Salto/SP. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=407>.

²⁶³ O Programa Saúde da Família visa cuidados da prevenção e promoção da saúde, está voltado para a atenção básica da saúde e é concretizada por uma equipe de profissionais formada por um médico generalista, um enfermeiro, um ou dois auxiliares de enfermagem e um grupo de cinco agentes comunitários de saúde. Esta equipe deve estar numa unidade de saúde da família, localizada junto à clientela de cerca de mil famílias pelas quais a unidade é responsável. No início de 2003, o programa já atendia 57 milhões de pessoas. Geraldo Biasoto Junior. A universalização e a construção do SUS. *Reformas no Brasil*. Balanço e agenda. Fabio Giambiagi; José Guilherme Reis de André Urani (Org.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 457-479.

(como diabetes, hipertensão arterial, parasitoses, doenças respiratórias agudas e anemia). O paciente só pode ter acesso a esses medicamentos nas unidades de Saúde do seu Município, se forem receitados pelo médico durante uma consulta. Evita-se, com isso, a automedicação, pois um remédio ingerido de forma errada não só pode perder sua eficácia no tratamento, como até trazer graves prejuízos à saúde do paciente.

Os medicamentos excepcionais podem ser obtidos pelo sistema de cofinanciamento: a União repassa os recursos aos Estados, que participam com uma contrapartida de valor variável, conforme os produtos adquiridos. Na área de repasses de produtos temos os medicamentos para tuberculose, hanseníase, insulina para diabéticos e os utilizados para tratar os portadores do vírus da Aids, repassados para Estados e Municípios. São aqueles de dispensação em caráter excepcional ou de alto custo, cuja aquisição pelo Estado é feita em caráter excepcional, individual e com recursos financeiros independentes daqueles destinados aos medicamentos essenciais, constantes da Lista Nacional de Medicamentos.

Admite-se também a medicina antroposófica, que oferece possibilidades para a ampliação da atenção à saúde por meio de técnicas, recursos e abordagens de baixa complexidade tecnológica, com ênfase na estimulação das forças curativas do próprio organismo e apoio ao desenvolvimento global dos indivíduos (biológico, psicológico, social e espiritual). A medicina antroposófica está oficialmente presente em serviços de atenção básica do SUS desde 1994, por intermédio da experiência de Belo Horizonte/MG, que iniciou o programa das práticas não-alopáticas no SUS, introduzindo a medicina antroposófica juntamente da homeopatia e da acupuntura na rede municipal. No início, o projeto absorveu profissionais dessas áreas já concursados e que vinham atuando como clínicos ou pediatras. Posteriormente, a Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte realizou o primeiro concurso específico para médico antroposófico no SUS em 1996.

A medicina antroposófica insere-se e é regulada pela Política Nacional de Medicina Natural e Práticas Complementares (PMNPC) como proposta de

observatórios de experiências no SUS, incluindo a fitoterapia e as plantas medicinais, a homeopatia, a medicina tradicional chinesa/acupuntura.

Independentemente da categoria ou natureza do medicamento, verifica-se que o seu fornecimento pelo Estado demanda o estabelecimento de políticas públicas.

3.2 Fornecimento de medicamentos pelo Estado

O estudo do fornecimento de medicamentos pelo Estado está diretamente imbricado com a estática e a dinâmica da discricionariedade, pois, se, por um lado, o Estado deve estabelecer políticas públicas para o atendimento à população no que concerne a esse insumo, por outro, em face do caso concreto, exsurge um direito subjetivo protegido constitucionalmente, que afasta qualquer formalidade burocrática de atendimento do direito fundamental indispensável à cura ou à minoração do sofrimento daqueles acometidos de agravos da saúde. Há, assim, que perquirir como se revelam esses fenômenos e caracterizá-los de forma a assegurar a efetividade dos direitos que envolvem a questão.

3.2.1 Políticas públicas

A conceituação de política pública necessita da contextualização da política. Atualmente a política representa a luta constante pelo bem comum, justiça, bom governo e remonta à tradição aristotélica. Assim, não há nada mais acertado do que trazer o significado de política formulado por Aristóteles, que em seu estudo da *Ética a Nicômacos* teve por meta primeiramente descobrir a maneira de viver que leva à felicidade humana e depois a forma de governo e as instituições sociais capazes de assegurar essa maneira de viver²⁶⁴:

Está claro que existe uma ciência à qual cabe indagar qual deve ser a melhor constituição: qual a mais apta a satisfazer nossos ideais sempre que não haja impedimentos externos; e qual a que se adapta às diversas condições em que possa ser posta em prática. Como é

²⁶⁴ Aristóteles. *Política*. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1988. p. 7.

quase impossível que muitas pessoas possam realizar a melhor forma de governo, o bom legislador e o bom político devem saber qual é a melhor forma de governo em determinadas condições²⁶⁵.

Segundo Aristóteles, a política tem duas funções: uma a de descrever a forma de Estado ideal e outra de determinar a forma do melhor estado possível em relação a determinadas circunstâncias²⁶⁶.

A política pública transcende a questão da prestação do serviço público e compreende o planejamento, os planos e programas de ação e projetos de prestação dos serviços do Estado.

Eros Roberto Grau assevera que

a expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social²⁶⁷.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são instrumentos de ação dos governos²⁶⁸ e possibilitam o controle prévio de discricionariedade, pois a escolha de prioridades e identificação dos interesses públicos explicita e documenta os pressupostos da atividade administrativa, facilitando o controle²⁶⁹.

Para Maria Garcia, são diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público²⁷⁰. Segundo Luiza Cristina Fonseca Frincheisen, as políticas públicas são “as ações estatais exercidas diretamente pela Administração ou por entes delegados, visando a concretização dos direitos sociais”²⁷¹.

²⁶⁵ Aristóteles. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004. IV, 1, 1288 b 21.

²⁶⁶ Nicola Abbagnano. *Dicionário de filosofia*, p. 773.

²⁶⁷ *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

²⁶⁸ *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 265.

²⁷⁰ Políticas públicas e atividade administrativa do Estado, p. 64-65.

²⁷¹ *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 146.

Portanto, as políticas públicas podem ser apresentadas como leis, decretos, regulamentos, atos ou contratos administrativos estabelecidos para alcançar uma finalidade comum.

3.2.2 Políticas públicas de saúde

No Brasil a realização de políticas públicas é admitida para a efetivação de direitos e garantias fundamentais e, no que se refere à política pública de saúde, Germano André Doederlein Schwartz elenca os principais objetivos a serem observados:

1) *a redução do risco de doenças e outros agravos*. Algumas observações podem ser extraídas a respeito: resta cristalina e juridicamente comprovada a conexão risco, saúde e direito; a expressão “risco de doenças” está ligada a uma idéia de saúde “preventiva”; de outra banda, “outros agravos significa a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde, o que reforça a idéia da excessiva contingência sanitária, reduzível a partir da compreensão do Código da Saúde (saúde/enfermidade);

2) *o acesso universal igualitário às ações e serviços*. O cidadão tem direito de ser atendido pelo SUS, pelo simples fato de ser cidadão, respeitando-se sua autonomia individual de ser atendido fora de tal sistema caso seja essa sua decisão. Tem-se, ainda, que a expressão significa a saúde como direito de qualquer pessoa, estrangeiro residente no país; ademais, não haverá preconceito ou privilégio no atendimento, pois deve ser atendido o princípio da igualdade.

Essas ações e princípios [...] visam à:

1) *promoção*. A Constituição estabelece aqui o vínculo entre qualidade de vida e saúde, pois essa promoção, por mais redundante que soe essa afirmação, visa a promover a saúde, entendendo-a não apenas como a cura e a prevenção de doenças, mas também com o fato de ser um processo que se constrói e que se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais. A referida qualidade de vida possui uma série de direitos afins, e o art. 3.º da Lei 8.080/90 apresenta alguns deles. Já o art. 225 da CF/88 positiva a qualidade de vida, ao mesmo tempo em que a conecta com o meio ambiente;

2) *proteção*. Claramente ligada à já mencionada idéia de uma atuação sanitária presente em um momento anterior ao da doença, conectando-se, também, como estratégia de enfrentamento do risco em saúde;

3) *recuperação*. Novamente se posiciona a necessidade de, em caso de ocorrência de infortúnios na área da saúde, ela ser restabelecida

mediante um processo “curativo”, ou seja, atuar em um momento posterior ao da ocorrência da enfermidade²⁷².

Assim, o direito à saúde deve ser efetivado por meio do exercício de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, sem que esse exercício implique redução dos direitos assegurados constitucionalmente. O comando constitucional que assegura o direito à saúde é norma de eficácia plena, pois está diretamente ligado ao direito à vida, bem como ao princípio da dignidade da vida humana.

Analisando as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional, conclui-se que as políticas públicas a serem elaboradas deverão vislumbrar a assistência plena, tanto médica e hospitalar como farmacêutica, garantindo ao administrado a medicação ao tratamento do mal que lhe acomete, pois as políticas públicas, apesar de serem implementadas com exercício de discricionariedade, estão vinculadas à legalidade e à legitimidade.

3.2.3 Política Nacional de Medicamentos

A 28.^a Assembléia mundial da OMS, realizada em 1975, representou um marco no desenvolvimento das políticas de medicamentos. Nela foram fixadas diretrizes para a implantação de políticas de medicamentos para seus Estados-membros, com finalidade precípua de estender o acesso e o uso racional para as populações que não eram atendidas pelos sistemas de saúde²⁷³.

Segundo a OMS, para a instituição de uma política nacional de medicamentos são necessários a legislação, regulação e diretrizes; garantia de qualidade

²⁷² *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 101.

²⁷³ A extensão da aplicação de listas de medicamentos essenciais é uma decisão de cada país, de acordo com as necessidades da maioria da população. Para os países em desenvolvimento a aquisição pode ser feita de forma econômica e eficaz. A proposta dessas listas pela OMS pode contribuir para resolver problemas daqueles países cujos recursos não atendem às necessidades e tenham dificuldades para iniciar este trabalho por si mesmos. *Em certas situações há necessidade de tornar disponível o acesso a medicamentos essenciais para doenças raras*. O fato de outros medicamentos não constarem da lista não significa que sejam inúteis, mas que os selecionados devam atender à maioria da população, em quantidades suficientes e formas farmacêuticas adequadas. A seleção de medicamentos essenciais é um processo contínuo, dentro de prioridades de saúde pública, características epidemiológicas, avanços farmacológicos e de tecnologia farmacêutica. Finalmente, este programa da OMS deve ser um ponto central nas investigações organizadas e sistemáticas desta abrangência.

farmacêutica; seleção de medicamentos; sistema adequado de abastecimento, estocagem e distribuição; estratégia econômica (organização e regulamentação do mercado farmacêutico; promoção do equilíbrio entre o setor privado e público; e mecanismos de financiamento apropriados para acesso a medicamentos essenciais); uso racional de medicamentos; pesquisa e desenvolvimento de medicamentos e investimento na formação de recursos humanos.

Apesar de essa diretriz ter sido fixada em 1975, no Brasil apenas com a Portaria do Ministério da Saúde 3.916, de 30.10.1998, publicada no *Diário Oficial da União (DOU)* de 10.11.1998, foi aprovada uma Política Nacional de Medicamentos. Essa política está embasada: na importância e no excessivo volume de serviços prestados pelo setor público de saúde; da existência de administrados que ainda se encontram excluídos do atendimento; em razão do perfil epidemiológico²⁷⁴ que afeta atualmente o País; a não-utilização da Relação Nacional de Medicamentos (Rename) na prescrição médica; o desabastecimento; a automedicação²⁷⁵; problemas de produção e comercialização de medicamentos.

Outro fato relevante para a necessidade da implantação da Política Nacional de Medicamentos é o envelhecimento populacional, que acarreta maior consumo e custo social a partir da necessidade de procedimentos de uso contínuo e de alto custo.

A Política Nacional de Medicamentos propõe garantir a segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos ao menor custo possível, promover o uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Para isso, estabelece oito diretrizes:

1) *Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais*: esta relação de medicamentos servirá de base ao desenvolvimento tecnológico e

²⁷⁴ Atualmente, o perfil epidemiológico compreende doenças de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes doenças crônico-degenerativas (doenças que apresentam evolução de longa duração, acompanhada de alterações degenerativas em tecidos do corpo humano), aumenta a morbimortalidade (impacto das doenças e dos óbitos que incidem em uma população) por decorrência de acidentes de trânsito e violência urbana, ainda reemergem doenças como cólera, dengue, malária e surge a Aids.

²⁷⁵ Uso de medicamento sem a prescrição, orientação e ou o acompanhamento do médico ou dentista. Insumo farmacêutico. Terminologia. 7. Automedicação. 3. Portaria 3.916, de 30.10.1998.

científico, à produção e às listas de medicamentos a serem utilizadas nos níveis estadual e municipal de atenção à saúde. Esta é, ainda, a base fundamental para orientação da prescrição e abastecimento da rede do SUS, com redução de custo.

2) *Regulamentação Sanitária de Medicamentos*: ações desenvolvidas no âmbito federal para registro de medicamentos e autorização de funcionamento de empresas e estabelecimentos.

3) *Reorientação da Assistência Farmacêutica*: o objetivo dessa reorientação é implementar no âmbito das três esferas do SUS todas as atividades relacionadas à promoção ao acesso da população aos medicamentos essenciais, incluindo as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle de qualidade e utilização (prescrição e dispensação). Aqui está prevista a descentralização das ações, mas garante a responsabilidade nos níveis estadual e federal relativa à aquisição e distribuição dos produtos utilizados em situações especiais, entre eles os medicamentos de custos elevados para doenças de caráter individual.

4) *Promoção do Uso Racional de Medicamentos*: as principais ações serão dirigidas aos profissionais prescritores, à adoção de medicamentos genéricos, abuso de propagandas, adequação de currículos dos cursos de formação e orientações aos usuários.

5) *Desenvolvimento Científico e Tecnológico*: serão tomadas medidas estratégicas envolvendo os Ministérios da Saúde, da Educação, de Ciência e Tecnologia e outros relacionados à pesquisa e desenvolvimento.

6) *Promoção da Produção de Medicamentos*: principalmente os constantes da Renam. A estratégia será o melhor aproveitamento dos laboratórios oficiais e nacionais.

7) *Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos Medicamentos*: as ações serão coordenadas pela Secretaria de Vigilância Sanitária e os testes de qualidade feitos pela Rede de Laboratórios Analíticos-Certificadores em Saúde (Reblas).

8) *Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos*, especialmente voltados para operacionalização da Política Nacional de Saúde.

Referida portaria define as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS, a articulação intersetorial nas diversas áreas envolvidas na questão dos medicamentos e as competências dos gestores federal, estadual e municipal. Estão previstos, ainda, o acompanhamento e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos por meio de projeto a ser elaborado pela Secretaria de Políticas da Saúde, para adoção das medidas corretivas necessárias. Finalmente, fixa definições para as terminologias utilizações.

Outras ações do Ministério da Saúde podem ser consideradas um marco na política nacional de medicamentos, tal como o Programa de Farmácia Básica, criado em 1997²⁷⁶:

Programa Farmácia Básica, criado em 1997, como um módulo padrão de 40 medicamentos essenciais, calculados para atender cerca de 3.000 pessoas por três meses. Foram selecionados municípios com menos de 21.000 habitantes, devido a limitações financeiras, e o programa foi inspirado na experiência anterior da CEME e nos programas desenvolvidos nos estados de Minas Gerais, São Paulo e Paraná. O programa sofreu muitas críticas e teve problemas operacionais devido às decisões centralizadas (Bermudez *et al.*, 2000: 44; Cosendey, 2000: 32).

A descentralização de recursos para a assistência farmacêutica básica estabelecida pela Portaria n. 176/99 do MS, definindo valores a serem repassados pelo governo federal aos estados e municípios que devem complementar com uma contrapartida mínima.

A criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS) e definição do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária através da Lei n. 9.782/99.

Para se assegurarem programas de medicamentos essenciais adequados, no âmbito nacional, as seguintes diretrizes são recomendadas pela OMS:

O ponto inicial é a formulação de uma lista de medicamentos essenciais elaborada por uma comissão nacional. Esta comissão deve ser composta por profissionais competentes nas áreas de medicina, farmacologia e farmácia, além de outros profissionais de saúde com experiência em serviços. Em países onde não existam pessoas capacitadas, pode-se recorrer à cooperação da OMS.

Devem ser utilizadas as Denominações Comuns Internacionais (DCI) ou genéricas para medicamentos e substâncias farmacêuticas e serem fornecidos aos prescritores um índice com os nomes genéricos e comerciais.

Deve ser elaborado um formulário ou memento terapêutico com informações farmacológicas adequadas aos profissionais de saúde.

Deve ser garantida a qualidade dos medicamentos, inclusive sua estabilidade e biodisponibilidade. Para isto existem programas específicos de vigilância sanitária.

²⁷⁶ Programa Farmácia Básica, criado em 1997, como um módulo padrão de 40 medicamentos essenciais, calculados para atender cerca de 3.000 pessoas por três meses. Disponível em: <http://portaldes.cict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00006207&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em: 18 set. 2006.

As autoridades locais devem decidir os níveis de prescrição de medicamentos. Em alguns casos, o tratamento inicial será feito por pessoal de formação superior e sua manutenção por técnicos.

O sucesso de todo o programa de medicamentos essenciais depende de eficiente administração de abastecimento, armazenamento e distribuição nas diversas etapas entre a produção e o usuário.

O abastecimento deve ser feito baseado em estudos das necessidades reais através do consumo, para evitar desperdícios e garantir a continuidade do suprimento. Em certos casos convém fazer investigações clínicas e farmacêuticas para selecionar medicamentos específicos para condições locais²⁷⁷.

3.2.3.1 Lista de medicamentos

A OMS em 1977 divulgou a primeira lista-modelo de medicamentos essenciais, que sofre revisões periódicas, tendo ocorrido a última delas em dezembro de 2005²⁷⁸. Não obstante a lista de medicamentos essenciais da OMS, cada país tem a responsabilidade direta da avaliação e adoção de uma lista de medicamentos essenciais de acordo com sua política de saúde. Essa lista orienta a aquisição de medicamentos, treinamento de pessoal de saúde, desenvolvimento para diretrizes nos padrões de tratamento e promoção da produção nacional com qualidade e baixos custos. A OMS traça para a definição de uma lista de medicamentos as seguintes diretrizes:

Apenas devem ser selecionados aqueles medicamentos cujas eficácia e inocuidade sejam comprovadas por estudos clínicos ou pelos resultados já reconhecidos pelo amplo uso.

Cada medicamento selecionado deve estar disponível na forma em que se garanta sua qualidade, biodisponibilidade e estabilidade sob as condições de armazenamento e uso estabelecidos.

Quando dois ou mais medicamentos forem similares nos aspectos acima, a seleção deverá ser feita com base em uma cuidadosa avaliação de suas relativas eficácia, inocuidade, qualidade, preço e disponibilidade.

Na comparação de custos deve ser considerado o custo total do tratamento e a relação custo/benefício. Em alguns casos a escolha pode ser influenciada por fatores como propriedades

²⁷⁷ Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 20 set.2006.

²⁷⁸ Disponível em: <www.who.int/entity/medicines/publications/EML14_SP.pdf>. Acesso em: 20 set. 2006.

farmacocinéticas, ou considerações locais como disponibilidade de laboratórios e almoxarifados.

Os medicamentos essenciais selecionados devem possuir apenas uma substância ativa. Os produtos com combinações fixas só serão aceitos quando adequados à maioria da população, sua combinação tenha vantagens sobre a administração em separado quanto a efeitos terapêuticos, inocuidade ou cumprimento da prescrição.

A primeira lista de medicamentos essenciais foi expedida no Brasil pelo Decreto 53.612, de 26.02.1964, denominada Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Este decreto também estabeleceu a obrigatoriedade para órgãos governamentais federais de adquirirem exclusivamente os produtos da relação e, preferencialmente, em laboratórios governamentais e privados de capital nacional. Esta lista de medicamentos significou um avanço na política de medicamentos, pois a OMS apresentou uma relação de medicamentos essenciais apenas em 1977.

Mostra-se como prioritária a *Revisão Permanente da Rename*, visto que ela é o instrumento básico na racionalização no âmbito do SUS. No entanto, a revisão permanente não está institucionalizada, tendo permanecido dezesseis anos sem revisão, quando em 1998 foi então revista e apenas em 2002 sofreu nova alteração.

O fato de dado medicamento não constar na lista oficial do SUS não exime o Poder Público de fornecê-lo, desde que constatada a doença e demonstrado que a droga requerida é a única que melhor atende ao tratamento do administrado. Se a doença está diagnosticada e põe em risco a vida do paciente, não há fundamento legal para o Estado deixar de atendê-lo.

3.2.4 Reserva do possível

Há direitos negativos e positivos perante o Estado. Os direitos negativos são aqueles que implicam a abstenção do Estado em praticar determinada conduta, *v.g.*, abstenção de suprimir a liberdade, ou o dever de respeitar a propriedade. Os direitos positivos são aqueles que exigem determinada prestação positiva e demandam gasto público. Tal circunstância atrelou esses direitos à idéia de que a sua efetivação está subordinada à disponibilidade financeira de recursos públicos.

Cabe ressaltar que a noção da distinção entre direitos positivos e direitos negativos sob o ângulo da existência ou não de gastos públicos envolvidos vem perdendo prestígio, como bem observa Cesar Augusto Guimarães Pereira:

Ao se assegurar o direito à liberdade, p.ex., a Constituição pressupõe a existência de estruturas estatais destinadas a fazê-lo valer coativamente se necessário. De nada adiantaria a afirmação desse direito sem os amplos gastos públicos necessários para a sua implementação. Da mesma forma, garantindo-se o direito de propriedade, impõe-se ao Poder Público a sua defesa frente a outros particulares e a responsabilidade pela violação desse direito pelo próprio Poder Público (p. ex., no caso de indenização por desapropriação ou por danos). A afirmação de que os direitos negativos não têm custo é simplificadora. Por decorrência não é cabível uma distinção absoluta entre as duas categorias quanto à sua implementação²⁷⁹.

Assevera o autor que tal entendimento tem sido difundido após a apresentação do estudo de Stephen Holmes e Cass Sunstein²⁸⁰, que afirmam que todos os direitos são positivos.

Não se discute o fato da escassez de recursos diante da crescente demanda de serviços públicos a serem prestados pelo Estado, pois este é intrínseco à evolução da conscientização dos usuários do sistema constitucional adotado no Brasil. O que se discute é se a Administração Pública tem dado a devida importância ao direito à saúde e à vida quando está diante do caso concreto e se tem atribuído a devida valoração dos bens protegidos constitucionalmente quando fixa as políticas públicas de saúde.

De qualquer sorte, para atingir a referida conclusão, não se pode deixar de analisar em que medida a reserva do possível tem influência nesta destinação de

²⁷⁹ *Usuários de serviços públicos*. Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 310-311.

²⁸⁰ Segundo estes autores, todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico – todos os direitos têm custo – se não no sentido de realização de prestações sociais fáticas, no sentido de criação de estruturas institucionais que permitam o exercício destes direitos. Como exemplo paradigmático, narram o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade (tradicionalmente concebido como direito de defesa, ou direito negativo) somente foi assegurado mediante uma atividade prestacional dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo, e preservar os imóveis em perigo. Stephen Holmes; Cass Sunstein. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 13-14.

recurso, até porque, sendo o fornecimento de medicamento caracterizado como uma prestação positiva do Estado que implica dispêndio de dinheiro público, o administrador público tem justificado a sua inação com a falta de recursos orçamentários.

O estudo dessa alegação é necessário para esclarecer até que ponto pode servir de fundamento para o Estado eximir-se da entrega de um medicamento ao administrado.

A reserva do possível é atualmente o maior obstáculo encontrado pelo administrado para a obtenção de medicamento e deve ser entendida como uma condição da realidade que influencia a aplicação dos direitos fundamentais, não se devendo alçá-la à qualidade de princípio. O possível encontra sua natureza no mundo dos fatos e não afeta o direito.

Ana Paula de Barcellos sintetiza a reserva do possível em uma visão fática:

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos²⁸¹.

Nessa linha, Cesar Augusto Guimarães Pereira ressalta com propriedade que “o direito não é afetado pela ausência de disponibilidade orçamentária, que não se dá no mundo do dever-ser, mas do ser. A ausência de disponibilidade de recursos afeta o cumprimento do dever estatal, não a sua existência”²⁸².

Há autores adeptos à reserva do possível que reconhecem exceções a ele, como se vê da obra de Alexandre Vitorino Silva²⁸³, que aceita duas situações

²⁸¹ Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 236.

²⁸² *Usuários de serviços públicos*, p. 315.

²⁸³ Alexandre Vitorino Silva. *Direitos e prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional*, p. 92-94, mimeografado, apud Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. *Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 90.

legitimadoras da intervenção do Judiciário: quando a prestação requerida não gera impactos orçamentários, em razão de sua singularidade, dada a sua escassa possibilidade de reprodução ou massificação, e nas hipóteses de prestações em que há risco de vida, autorizando a ingerência do Judiciário na alocação de bens primários, como medicamentos, tratamentos, alimentos e tanto mais quanto for necessário para manter o indivíduo vivo.

Gustavo Amaral²⁸⁴ entende que não pode o Judiciário alargar competência que não é sua, restringindo a eficácia dos direitos sociais a favor da estabilização das finanças públicas.

Tal entendimento poderia até ser aceitável desde que as destinações constitucionais estivessem sendo observadas. O que não se pode é deixar os direitos sociais sujeitos à designada reserva do possível, enquanto perdurar a omissão estatal no que concerne à destinação dos recursos arrecadados e a serem implementados, até porque a reserva do possível se dá na aplicação da norma jurídica.

Não se olvida que é necessário adequar os direitos fundamentais às reservas orçamentárias, nem permitir o distanciamento do direito do mundo dos fatos; o que não se pode elevar é a preocupação econômica ao *status* de princípio e à condição de supremacia ante os direitos fundamentais.

Neste contexto, a realidade pertinente é a destinação dos recursos; é difícil promover de forma equânime todos os direitos prestacionais sociais, mas é possível valorar objetivamente quais bens protegidos constitucionalmente serão preservados com maior relevância. A própria Constituição Federal apontou o direito à saúde e a educação como bens dessa ordem protetiva.

Ana Paula de Barcellos afirma que “se os meios financeiros são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados”²⁸⁵.

²⁸⁴ Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117.

O que se vê é que, mesmo com o enorme contingente de demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos, o Estado tem conseguido prover a dotação orçamentária para atender essas ordens, ou seja, não se trata de uma impossibilidade, tal qual requer a expressão reserva do possível. A reserva do possível demanda um grau de impossibilidade, que não se verifica na forma pela qual tem sido adotada no Brasil desde a década de 1990, para servir de obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais.

A primeira vez que a reserva do possível foi tratada nos Tribunais ocorreu na Alemanha, em 1970, no caso *numerus clausus*. A discussão pautava-se na existência de vagas nas universidades e a razoabilidade de exigir do Estado uma vaga para cada cidadão interessado em um curso superior; o que se discutia não era somente o acesso ao ensino superior, mas o direito do cidadão de exigir vaga para o curso específico de medicina, com fundamento na liberdade de escolha da profissão, não comportando um esforço irrazoável a ponto de comprometer os interesses da coletividade.

Ana Carolina Lopes Olsen, analisando a aplicação da expressão reserva do possível no julgado proferido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esclarece:

dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao estudo do curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental. No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60 cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema.

²⁸⁵ A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 241.

Diante desse quadro, a Corte Constitucional alemã enfrentou uma verdadeira sucessão de ponderações, até chegar ao veredicto final: a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental. [...] Portanto, verificou-se que o Estado alemão estava fazendo ou tinha feito tudo o que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável.

A questão central, entretanto, não parece ter sido financeira, no sentido de escassez absoluta de recursos, mas sim a razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental. Não se poderia exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. Fazê-lo seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de Estado Social²⁸⁶.

A autora aponta ainda que passados mais de trinta anos da referida decisão a reserva do possível ainda mantém seu significado quando aplicada pelas cortes alemãs como parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, tendo em vista o que ele efetivamente tem condições de realizar, e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais. O que se pode retirar do julgamento do recurso constitucional relacionado ao benefício previdenciário de seguridade social criado pela “Lei Federal de Indenização às Vítimas de Atos Violentos”, na Alemanha, de dezembro de 2004:

No caso específico, a vítima de atos violentos morava com a companheira e seu filho – o autor da ação – por ele sustentado, embora não tivesse nenhum parentesco.

Segundo o parágrafo 1.º, inciso I, alínea I, da referida lei, são beneficiários da indenização a vítima, seu cônjuge, os filhos órfãos e demais descendentes. Dentre estes filhos, enquadrava-se não só os havidos com o cônjuge, ou por ele adotados, mas também “pessoas

²⁸⁶ Ana Carolina Lopes Olsen. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006 Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 231.

com as quais o legitimado é ligado por laço similar ao familiar e de longa duração, e em cuja habitação haja acolhido”. Uma emenda de 1989 restringiu este conceito legal, afirmando que referido benefício não se aplicaria ao “filho adotivo” se este ainda mantivesse contato com os pais biológicos. Neste caso, em virtude do falecimento do companheiro da mãe em um atentado em Hamburgo, o menor requereu perante o Judiciário o benefício previdenciário em questão, o qual foi negado com base na mencionada emenda de 1989: como o menor ainda morava com a mãe, apesar de “adotado” pela vítima do atentado violento, não seria titular do benefício em questão. Diante deste quadro, o autor interpôs o recurso constitucional alegando a inconstitucionalidade da emenda, por violar a proibição da retroatividade.

O Tribunal Constitucional Federal manifestou-se pela improcedência do recurso, com base na reserva do possível: A promoção da família por parte do Estado está sujeita à reserva do possível; no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade, por parte do indivíduo, quando ele decide ter filhos. Além desse ponto, pode o Estado considerar necessidades diferenciais, neste âmbito (BVerGE 43, 108, 121). A partir destes fundamentos, surge um maior espaço para o modo de distribuição dos encargos familiares. bb) Este espaço não foi expressamente delimitado pelo legislador. Em favor do autor, pode-se mencionar que o companheiro de sua mãe tenha sido predominantemente sustentado pelo Estado; e eles não poderiam contar com a continuidade desta prestação.

Sua situação não era diversa daquela, de uma família monoparental. Por causa disso, a mãe pôde perceber auxílio-infância. Para sua educação, havia à disposição o auxílio-educação. Não se pode considerar que o legislador estava prevendo um benefício adicional. Aqui também é preciso considerar que crianças na situação do autor têm direito à prestação alimentar de ambos os pais, ou dos avós, quando um dos pais falecer antes. A concessão de uma pensão de órfão sobrevivente ao autor lhe outorgaria um benefício que os filhos legítimos de um falecido não teriam. Verifica-se, nesse caso, que a questão não era a existência ou não de recursos por parte do Estado para a satisfação da pretensão do autor. O Estado alemão poderia perfeitamente arcar com as despesas correspondentes. Todavia, a pretensão do autor mostrou-se contrária ao razoável, e ao proporcional: não era razoável pleitear mais um benefício previdenciário do Estado quando não estava presente a causa legitimadora desta pretensão, tudo que o Estado poderia ter feito pelo autor, e por sua família, havia sido feito.

Esta, entretanto, não parece ser a aplicação que a reserva do possível tem sofrido pelos tribunais brasileiros. Há que se ponderar que, na grande maioria dos casos, não se pode admitir que o Estado tenha feito, efetivamente, tudo o que estava ao seu alcance para satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos. Ainda assim, a reserva do possível tem sido invocada como um limite fático “intransponível” diante de uma alegada “escassez de recursos absoluta”²⁸⁷.

²⁸⁷ Ana Carolina Lopes Olsen. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, p. 231.

De fato, a autora concluiu que no Brasil

a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, não sendo aplicada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Ao que parece, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos²⁸⁸.

Essa interpretação tem sido acolhida minoritariamente pela jurisprudência²⁸⁹.

Na sociedade alemã o Estado já realiza dentro da sua capacidade seus deveres constitucionais, sendo a reserva do possível um limite à pretensão dos titulares dos direitos fundamentais prestacionais. Naquela situação específica que serve de paradigma para a denominação reserva do possível, o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos, com programas de expansão do número de vagas, no entanto não estava conseguindo conter a demanda de estudantes, especialmente para o curso de medicina. Diante disso, não se poderia exigir do Estado que fornecesse universidades públicas para absolutamente todos os cidadãos que tivessem interesse individual e particular naquele curso superior específico.

Não é isso que se verifica do contexto brasileiro; aqui, a reserva do possível serve para endossar uma inação inadmissível do Estado perante os direitos

²⁸⁸ Ana Carolina Lopes Olsen. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, p. 231.

²⁸⁹ Constitucional e processual civil – Direito à vida – Fornecimento de medicamentos – Portador de hepatite C, genótipo 3 – Possibilidade – Exclusão do medicamento cuja eficácia é controvertida. 1. O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da *reserva do possível, ou seja, das disponibilidades orçamentárias*. A existência de dúvidas quanto à eficácia do medicamento Inteferon Peguilado nos portadores de hepatite C, genótipo 3, afasta a verossimilhança do direito alegado. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido (TJRS – 4.^a Câmara Cível – Agravo de Instrumento 70009692245 – rel. Des. Araken de Assis – j. 27.10.2004 – CD-ROM).

Agravo de instrumento – Constitucional, administrativo e processual civil – Saúde pública – Medicamentos excepcionais – Ação ordinária c/c tutela antecipada – Deferimento na origem – Cominação de bloqueio de valores – Posicionamento ressaltado – Impossibilidade – Efeito suspensivo atribuído, em parte. 1. Nas ações de fornecimento de medicamento, ante a necessidade de se congregarem o princípio de resguardo à saúde com o *princípio da reserva do possível (necessidade de previsão orçamentária do ente público)*, devem os demandantes comprovar a necessidade do medicamento como única solução para tratamento da moléstia acometida, bem como, nos casos de não manifesta urgência, da negativa do Estado em fornecer o remédio pleiteado, seja porque em falta no estoque de medicamentos, seja por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde. [...] (TJRS – 4.^a Câmara Cível – Agravo de Instrumento 70008740433 – rel. Des. Wellington Pacheco Barros – j. 08/09/2004 – CD-ROM).

fundamentais prestacionais. “É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais”²⁹⁰.

Nesse mesmo sentido Marlon Alberto Weichert:

Ocorre, porém, que a mencionada cláusula não tem a expressão que, forçosamente, lhe tentam atribuir, ou seja, de admitir a frustração de direitos sociais por suposta impossibilidade de alocação de recursos. O inteiro teor da decisão do Tribunal constitucional alemão (disponível in Martins, Leonardo et Schwabe, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005) revela que a cláusula deve ser lida às avessas: a recusa na oferta da prestação estatal só é possível de ser aceita quando o Poder Público demonstrar a absoluta impossibilidade fática de seu atendimento. Assim, não é o cidadão que deve mostrar ser possível a prestação, mas sim o Estado demonstrar que lhe é de todo impossível cumprir com a obrigação constitucional.

E mais:

Ora, no caso brasileiro é o Estado que está em profunda inadimplência com o cidadão, inclusive no âmbito das prestações de saúde. O Poder Público faz muito menos do que lhe é possível e exigido pela Constituição. A elevada carga tributária e os altíssimos níveis de corrupção e ineficiência na aplicação dos recursos públicos demonstram que o Estado tem condições de ampliar, em muito, seus serviços de concretização de direitos sociais. [...] A sociedade brasileira, portanto, tem condições e razões para exigir maior amplitude e qualidade dos serviços públicos de saúde, inclusive a assistência farmacêutica integral. Não é legítimo, na atual conjuntura econômica, política e social, elidir a responsabilidade estatal com fundamento na cláusula da “reserva do possível”. O Estado brasileiro *pode* fazer mais e melhor pela saúde dos seus cidadãos²⁹¹.

Andreas Joachim Krell é enfático:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a um dos piores quadros de distribuição de renda do

²⁹⁰ Ana Carolina Lopes Olsen. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, p. 231.

²⁹¹ Marlon Alberto Weichert. No prelo.

mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente. [...] Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado²⁹².

Outra importante contribuição doutrinária é a trazida por Américo Bedê Freire Júnior:

Em relação ao argumento fático da reserva do possível, que tal teoria, sob os auspícios de modernidade, nada mais é do que a propecta fórmula romana que previa *ad impossibilia nemo tenetur*. Efetivamente, um juiz não pode determinar que o Estado cure um doente de Aids se ainda hoje a doença não tem cura, não há nada de novo nessa construção.

Cabe frisar ainda que, na elaboração da Constituição, discutindo-se o problema das omissões no cumprimento da Constituição, chegou a ser aprovado em Subcomissões (embrião do art. 103 da CF) um parágrafo que previa: *Parágrafo único. Na hipótese de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de ato de administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade de prestação por falta ou insuficiência de recursos financeiros, bem como pela inexistência de planejamento em execução para a erradicação da impossibilidade, o Tribunal Constitucional a declarará, só para o efeito de firmar a prioridade e fixar prazos limites da etapa de execução.*

Em relação ao aspecto jurídico da reserva do possível analisada isoladamente, é preciso distinguir o tipo de política pública decidido pelo Judiciário.

A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente.

Exemplo dessa situação pode ser a decisão judicial que determina seja realizada a construção de uma escola. Ora, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da construção da escola pode ser materializado no próximo ano, evitando-se o conflito com a falta de previsão orçamentária.

Por outro lado, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou uma cirurgia, haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou regra que serviu de suporte para o magistrado determinar a implementação da política.

²⁹² Andreas J. Krell. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Frabris, 1998. p. 54.

Nesses casos, haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta²⁹³.

No que se refere à jurisprudência acerca da reserva do possível é importante colacionar trecho da decisão proferida em sede da Ação Descumprimento de Preceito Fundamental 45, que, apesar de ter sido julgada prejudicada, traz relevante contribuição como diretriz jurisprudencial:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (“A eficácia jurídica dos princípios constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”²⁹⁴.

²⁹³ Américo Bedê Freire Júnior. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 75-76.

²⁹⁴ Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo

Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF 45 MC/DF.

Relator: Min. Celso de Mello. Decisão: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2.º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2.º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”.

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2.º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24.11.2003, cujo art. 1.º – modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei n. 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1.º O art. 59 da Lei n. 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art. 59. [...] § 3.º Para os efeitos do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4.º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3.º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004’ (NR)”.

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei n. 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2.º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei n. 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

“Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou

edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

– Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

– A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, rel. Min. Celso de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se

poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É 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 consubstanciador 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. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joachim Krell (*Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 22-23, 2002, Fabris):

“A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais”.

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional n. 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao

No que tem pertinência ao direito à saúde e à discricionariedade para a dotação dos recursos necessários à satisfação desses direitos, não se pode olvidar que na Alemanha esses direitos são decorrentes do Estado Social, e não se encontram expressamente positivados no texto da Lei Fundamental. Como aludido no capítulo 1, item 1.4, do presente estudo, não há proteção constitucional do direito à saúde nos moldes formulados pelo nosso ordenamento jurídico.

Portanto, ainda que estivesse dando a mesma interpretação à denominada “reserva do possível”, as divergências existentes na concepção de Estado e de sistemas entre eles impedem a aplicação da expressão com o mesmo teor.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁹⁵, ainda que se entenda que o direito à saúde consagrado na Constituição apresente-se como norma de eficácia limitada, os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos não são plausíveis para afastar o direito de preservação da vida humana. Para Sergio Fernando Moro²⁹⁶ traz importante contribuição para superar a questão do princípio da reserva do possível, pois ao Judiciário comporta a análise dos dados empíricos, quais prestações materiais, e em que grau, são de possível atendimento.

Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (*RTJ* 139/53 – *RTJ* 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (*RTJ* 181/1133-1134, rel. Min. Carlos Velloso; AI 159.892-AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, rel. Min. Paulo Brossard; ADI 593/GO, rel. Min. Marco Aurélio; ADI 2.060/RJ, rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.207/AL, rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.215/PE, rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao relator da causa, o poder de efetuar – enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) – o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata [...]” (*RTJ* 139/67, rel. Min. Celso de Mello). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro Celso de Mello, relator.

²⁹⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 322.

²⁹⁶ *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

Deve-se ter em mente que a chamada reserva do possível é um argumento que não pode ser desprezado, devendo ser analisado e sopesado quando se estão em pauta a implementação de políticas públicas e o fornecimento de medicamentos.

Tal questão requer o estudo da natureza desses atos – se vinculados ou discricionários –, bem como a análise da discricionariedade sob a ótica da norma jurídica e perante o caso concreto.

3.3 Competência discricionária

A Administração Pública no desempenho de suas funções vale-se de *deveres-poderes*²⁹⁷ para o cumprimento da função administrativa a fim de atender o interesse público. Entre a abstrata previsão da lei e a concreta efetivação de seu comando, no intento de alcançar as finalidades por ela consagradas, ocorrerá um intervalo que será preenchido pela conduta administrativa²⁹⁸. Considerando a necessidade de estudo dessa atividade administrativa, desde já fixa-se o conceito adotado para ato administrativo:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas

²⁹⁷ Melhor denominação, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio. Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”. *Curso de direito administrativo*, p. 68.

²⁹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 32, jan.-mar. 1983.

complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional²⁹⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua discricionariedade como:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente³⁰⁰.

Para Lúcia Valle Figueiredo a discricionariedade é

competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios “standards” ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma³⁰¹.

Para a autora o destinatário da norma deverá interpretar o conceito, verificando o sentido e a seguir proceder à subsunção do fato à norma geral ou conjunto de normas, ressaltando que a questão ganha especial relevo quando se trata de exigências do Estado Social de Direito, em que a intervenção do Estado na ordem social implica prestações positivas aos administrados, como é o caso da saúde e da educação, que acaba por conferir certa flexibilidade no desempenho da função administrativa.

Essa certa flexibilidade que legitima o uso da competência discricionária não serve para endossar a inércia do Poder Público nessa área³⁰². A norma jurídica que não apresentar todos os aspectos para sua aplicação atribui ao administrador a escolha da melhor opção para atender a finalidade da norma.

²⁹⁹ Esse autor admite a possibilidade de atos administrativos infraconstitucionais, mas plenamente vinculados. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 366.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 926.

³⁰¹ *Curso de direito administrativo*, 8. ed., p. 223.

³⁰² Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia. *O direito a saúde e a responsabilidade do Estado*, Dissertação de mestrado. PUC/SP. São Paulo, 2005. p. 127.

A razão de existir da discricionariedade é exatamente a impossibilidade material de a lei prever todas as circunstâncias com amplitude e flexibilidade diante dos acontecimentos sociais. A discricionariedade confere ao administrador a liberdade de atuação dentro dos parâmetros legais.

A lei pretende sempre prescrever o maior número possível de atos que devam ser praticados pelos agentes públicos perante as situações concretas. Essa prescrição deve se dar sempre de forma geral e abstrata para que se aproxime ao máximo do ideal de isenção, afastando-se qualquer possibilidade de atendimento a favoritismos desse ou daquele administrado, ou até mesmo de uma categoria específica. O legislador não consegue prever todas as situações que serão enfrentadas pela Administração Pública, mesmo porque algumas delas devem ser flexibilizadas para melhor atendimento da finalidade pública. A lei assim confere certa liberdade de atuação para o agente diante do caso concreto, valendo-se dos critérios de conveniência e oportunidade, e é por essa razão que o administrador poderá optar por um comportamento adequado diante do caso concreto, com fundamento nos critérios de conveniência e oportunidade – discricionariedade.

Como a Administração Pública só pode atuar com previsão legal, há que ressaltar que a falta de previsão expressa da discricionariedade não legitima a conduta administrativa para supri-la.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da discricionariedade – razão pela qual a lei a instituiu – reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer, de maneira perfeita, a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos vagos, fluidos ou imprecisos³⁰³.

O autor alerta sobre a questão atual da existência ou não de uma discricionariedade pura, pois a competência discricionária é sempre relativa,

³⁰³ *Curso de direito administrativo*, p. 921.

porquanto ela sofre o influxo de vários limites que a relativizam, facilitando sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário:

a franquia da norma não existe para proporcionar ao agente um desfrute, um proveito, uma ampliação de sua esfera pessoal de liberdade, mas unicamente para ensejar-lhe a adoção do comportamento que, “in concreto”, seja especificamente o mais adequado ao implemento do interesse público em causa³⁰⁴.

Ocorre que os limites à competência discricionária que foram construídos arduamente pela doutrina nem sempre são reconhecidos pelo Poder Judiciário, que ainda se abstém de sindicat atos que entende terem sido praticados no exercício da verdadeira discricionariedade³⁰⁵. Pertence ao passado a época em que a discricionariedade servia para blindar a atuação administrativa de qualquer tipo de controle.

A discricionariedade ocorre muitas vezes porque a própria lei atribui ao agente competência para escolher a melhor decisão diante do caso concreto, o que é comum se dar nas normas que estatuem os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde. Outras vezes, a pluralidade de decisões pode decorrer do uso, no texto da lei, de conceitos jurídicos indeterminados.

É possível afirmar que as normas constitucionais que disciplinam os direitos sociais e, em especial, o direito à saúde autorizam, com mais freqüência, o uso da competência discricionária.

³⁰⁴ “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 3, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2006.

³⁰⁵ A ementa abaixo transcrita evidencia tal situação: “Recurso especial – Ação civil pública com preceitos cominatórios de obrigação de fazer – Discricionariedade da municipalidade – Não cabimento de interferência do Poder Judiciário nas prioridades orçamentárias do município – Conclusão da Corte de origem de ausência de condições orçamentárias da realização da obra – Incidência da Súmula n. 7/STJ – Divergência jurisprudencial afastada – Ausência de prequestionamento de dispositivo do ECA apontados como violados (REsp 208893/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.12.2003, DJ 22.03.2004). O Ministério Público do Estado do Paraná requereu, em ação civil pública, fosse determinado ao Município de Cambará/PR a destinação de um imóvel para a instalação de menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, bem como fossem elaborados programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Entenderam os Ministros a Segunda Turma do STJ que, com fulcro no princípio da *discricionariedade*, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras devem investir, concluindo que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção da obra especificada.

Acontece que não há como concluir *a priori* se o ato é discricionário ou vinculado, pois tão-somente após a interpretação o agente descobrirá se a hipótese comporta alguma discricionariedade ou vinculação. É por isso que se pode afirmar que a discricionariedade se dá unicamente na dinâmica da norma, ou seja, quando da sua aplicação no caso concreto. A discricionariedade ocorrerá se, após a interpretação, o agente público se deparar com uma situação em que há mais de uma decisão possível para satisfazer o interesse público contido na norma.

3.3.1 *Atos discricionários e vinculados*

A necessidade de delimitar os conceitos de “atos discricionários” e “atos vinculados”, fixando os seus contornos e limites, decorre das freqüentes tentativas de excluir aqueles primeiros do âmbito do controle jurisdicional, sob o argumento de que a discricionariedade se dá quando o administrador se depara com a possibilidade de decidir de múltiplas maneiras, inviabilizando-se a interferência do Poder Judiciário, como se, nesse caso, tivesse sido delegada ao órgão judicial a competência para fazer ditas escolhas. Tais circunstâncias ensejam um exame mais detalhado da discricionariedade na norma e no caso concreto.

Perfilhando-se a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a discricionariedade está na hipótese, no mandamento ou na finalidade da norma e que a discricionariedade “é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal”³⁰⁶. A lei poderá deixar a margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto ao momento da prática do ato, sua forma, motivo, finalidade e conteúdo.

A forma é o revestimento exterior do ato: sua exteriorização; sua aparição; o modo pelo qual o ato aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato, porquanto o direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente.

³⁰⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 412.

É o meio pelo qual aquilo que se quis estabelecer chegou ao conhecimento de todos, é como se enunciou. Não há ato sem forma.

Por motivo³⁰⁷ deve-se entender pressupostos de fato que autorizam ou exigem a prática de um ato, de modo que, sempre que a lei determiná-los de forma vaga e imprecisa, cumpre à Administração, em cada caso concreto, estabelecer seu real alcance e significado. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello, acompanhando as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, tratando-se de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da

³⁰⁷ O motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato. O motivo pode ser *previsto em lei ou não*. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. Contudo, mesmo neste caso, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado, sob pena de invalidade do ato. Assim, se para o desligamento de um titular de cargo de provimento em comissão for alegada a prática de atos de improbidade administrativa, a validade do ato de despedimento estará vinculada à existência real dessa improbidade. Desse modo, provado que os atos de improbidade nunca existiram, não se tem como legitimar a despedida. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como “teoria dos motivos determinantes”. Assim, o motivo da dissolução de uma passeata perturbadora da ordem pública é a real ocorrência de acontecimento tumultuoso. O motivo da interdição de uma fábrica poluidora da atmosfera é a existência real da poluição causada por ela. O motivo do embargo de uma obra é uma construção irregular. No ato de punição do servidor, o motivo é a infração que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem. *Cumpra distinguir motivo do ato de motivo legal*. Enquanto este último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o *motivo do ato* é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que *o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for desconhecido com o motivo legal*. Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, examinar: a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei. Em certos casos, o “motivo legal” é descritivo de uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta, inquestionável. Por exemplo, quando a lei proíbe comportamentos atentatórios à moral. Em alguns casos caberá à autoridade proceder a uma “avaliação” do motivo. É certo, porém, que este critério subjetivo de avaliação do fato tem limites, pois, se o agente exceder-se, o ato será viciado. Ex.: se qualificar como imoral um filme que manifestamente não o seja de acordo com os padrões sociais, culturais vigentes, o ato será ilegítimo. *Motivo e móvel*. Não se deve confundir *motivo*, situação objetiva e externa ao agente, real, empírica, com *móvel*, isto é, intenção, propósito do agente que praticou o ato, ou seja, a representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente, aquilo que o agente deseja. *O papel da vontade no ato administrativo*. Vontade é a disposição anímica de produzir o ato, ou, além disto, de atribuir-lhe um dado conteúdo. A vontade – e, portanto, o móvel do agente – só é relevante nos atos administrativos discricionários. Nestes casos, se o móvel do agente for viciado por sentimentos de favoritismo ou perseguição, o ato será inválido. Nos atos inteiramente vinculados a vontade do agente não tem importância para efeito algum. É notório o exemplo de ato vinculado praticado por servidor louco e que, apesar disto, é válido, se expedido nos termos em que teria que sê-lo. *Motivo e motivação*. Não se confunde o *motivo* do ato administrativo com a *motivação* feita pela autoridade administrativa. Esta é a exposição, a explicitação, a enunciação das razões, a descrição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados: a) a regra de direito habilitante; b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente; c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa”. É a demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração.

motivação. Assim, se o ato não tiver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato.

O conteúdo, normalmente também designado objeto³⁰⁸, é a declaração jurídica expressada no ato, o que ele estabelece; é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência. Ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de nulidade.

A finalidade ou o pressuposto teleológico é o bem jurídico objetivado pelo ato. É o objetivo inerente à categoria do ato. A finalidade do ato que dissolve passeata tumultuosa é a proteção da ordem pública, da paz pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰⁹, examinando a discricionariedade ou vinculação em relação aos elementos do ato administrativo, assevera que há vinculação na finalidade, e não discricionariedade, embora ressalte que a matéria merece análise mais detida. A finalidade, para a autora, em sentido amplo corresponde ao interesse público e em sentido restrito, ao resultado específico decorrente da lei, explícita ou implicitamente, para cada ato administrativo. No primeiro sentido, a finalidade seria discricionária e no segundo, sempre vinculada. E diz que

será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito; é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa³¹⁰.

³⁰⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello prefere a palavra conteúdo ao termo objeto, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem conteúdo é aquilo que se decide e objeto é aquilo sobre que se decide; o conteúdo dispõe sobre alguma coisa que é, esta, sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide alguma coisa a respeito de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.

³⁰⁹ *Direito administrativo*, p. 224.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 226.

Contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileira e majoritariamente fora do Brasil, entende Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo contrário, *que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim*. Prefere dizer que o fim é sempre vinculante, como todos os elementos da norma, de tal sorte que só pode ser perseguido o interesse público; porém a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta³¹¹.

Assim, no exame do caso concreto o administrador público terá a variedade de soluções comportadas na regra outorgada de discricção, o que não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação; a existência de discricionariedade ao nível da norma não significa que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto, nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra; o mero fato de a lei, em tese, admitir discricção não é razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

O ato discricionário é aquele praticado pela Administração Pública com certa margem de liberdade para decisão, tendo a lei regulado a matéria de certo modo a deixar campo para uma apreciação que envolve certo subjetivismo. Há o seguinte: *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e *opções* discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público, *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*³¹².

Trata-se de um ato limitado às disposições legais, existindo sempre uma zona de certeza positiva e uma de certeza negativa, por mais imprecisos que sejam os conceitos.

³¹¹ *Curso de direito administrativo*, p. 411.

³¹² *Ibidem*, p. 412.

Se a atividade administrativa for exercida em estrita consonância com a lei, ela será considerada vinculada, ou seja, a hipótese legal estabelece de maneira objetiva a única conduta que deve ser praticada pelo agente público diante da situação fática. Verifica-se nesta situação que a lei atribui obrigatoriedade ao agente público de adotar essa conduta, afastando-se qualquer apreciação valorativa para a sua prática. Há assim a vinculação da conduta à lei. Celso Antônio Bandeira de Mello define atos vinculados como

aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma³¹³.

Por essa razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que, “diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”³¹⁴.

Os atos discricionários são deveres conferidos ao administrador de eleger na situação empírica a melhor providência para atender à finalidade legal. Para Celso Antônio Bandeira de Mello seria melhor denominá-los “atos praticados no exercício de competência discricionária”³¹⁵, uma vez que não há ato totalmente discricionário, visto que geralmente será vinculado ao menos quanto ao fim e à competência³¹⁶, sendo a finalidade do ato sempre o interesse público e a competência indicada pela lei. O autor aponta a diferença nuclear entre os atos administrativos vinculados e discricionários:

A diferença nuclear entre ambos residiria em que, nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto que nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir

³¹³ *Curso de direito administrativo*, p. 410.

³¹⁴ *Direito administrativo*, p. 222.

³¹⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 409.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 410.

quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer ao interesse público que a norma legal visa realizar.

Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado, com relação ao fim e à competência. Pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto³¹⁷.

Disto decorre que a alegação habitual da Administração Pública nas demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos, consistente na existência de competência discricionária para a elaboração de políticas públicas na área de saúde, mostra-se equivocada. A discricionariedade no plano normativo abstrato para o desenvolvimento de tais políticas não implica discricionariedade no caso concreto.

Daí ser legítimo ao Poder Judiciário intervir em tais hipóteses, haja vista tratar-se concretamente de uma situação de vinculação da Administração Pública, a despeito da discricionariedade no plano da norma. A mera circunstância de a lei comportar discricção não afasta o necessário controle judicial.

Deveras, as especificidades da situação clínica de cada paciente podem afastar vedações estabelecidas abstratamente e *a priori* pelo Poder Público. A vedação de fornecimento de um determinado medicamento, ainda que sustentável no plano normativo, pode ou não ser razoável no caso concreto.

Diante de uma situação em que a vida e a saúde do indivíduo dependem da disponibilização pelo Estado de um determinado tratamento médico-hospitalar, não estamos em face de uma competência discricionária. Só haverá discricionariedade se mais de uma solução for razoavelmente apta a cumprir a finalidade da lei, e, obviamente, deixar o indivíduo à sua própria sorte não atende aos escopos do art. 196 da Constituição Federal.

³¹⁷ Curso de direito administrativo, p. 410.

A discricionariedade decorre da impossibilidade de se prever de antemão soluções na lei para toda e qualquer situação da vida real. Por meio dela, o administrador é autorizado a encontrar para cada caso concreto a solução que atenda com maior perfeição ao interesse público, por exemplo, a providência ótima, e, desta feita, a discricionariedade não pode ser utilizada como justificativa para que este tome medidas conflitantes com a finalidade estabelecida pela própria lei.

3.4 O usuário do serviço público

O direito à saúde também apresenta uma dimensão positiva, revelando-se no direito do seu titular exigir do Poder Público alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, enfim, qualquer benefício ligado à saúde³¹⁸.

Pretende-se então estabelecer qual é natureza jurídica do vínculo entre o administrador público e o usuário.

Em face da diversidade de serviços públicos existentes não há como sujeitá-los a uma mesma cobertura normativa. Por conseguinte, esses serviços ficam submetidos aos princípios fundamentais no que concerne às prerrogativas do Estado perante os administrados e outras normas e princípios específicos da Administração decorrentes das peculiaridades que requer cada ação positiva.

A Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, IV, estabelece que os serviços prestados pelo Estado, sejam de forma direta ou sob o regime de concessão ou permissão, devem ser adequados. A Lei 8.987, de 13.11.1995, que dispôs sobre o regime da concessão e permissão da prestação dos serviços, dá um detalhamento do que é serviço adequado, ou seja, aquele realizado em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Desta feita, pode-se reconhecer que esses princípios caracterizam também os serviços diretamente prestados pelo Estado.

³¹⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 102.

O mesmo dispositivo constitucional prescreve no inciso II que a disciplina legal dos serviços públicos disporá sobre a fixação dos direitos dos usuários e, nesse passo, também a Lei 8.987, de 13.02.1995, reconhece a extensão do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, à prestação de serviço público. No entanto, esse reconhecimento deve ser aplicado aos serviços públicos prestados individualmente – *uti singuli* – e remunerados por taxa ou por tarifa, pois os serviços públicos *uti universi* e os gratuitos estão excluídos das regras do consumidor.

A Constituição Federal previu no § 3.º do art. 37 que a lei disporá sobre a defesa do usuário de serviços públicos. No entanto, no âmbito federal, esta legislação ainda não foi expedida, e, enquanto não editada, aos usuários devem ser reconhecidos os direitos decorrentes das diretrizes e princípios constitucionais e os previstos nas legislações infraconstitucionais que sejam aplicáveis à solução do caso concreto.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti alerta “que de nada adiantaria enunciar os direitos do usuário à obtenção do serviço se o interessado não dispusesse do instrumental administrativo e jurisdicional para os fazer valer, quando relegados”³¹⁹. Para tanto, indica que o usuário pode servir-se do direito de petição, tanto na via administrativa quanto na judicial e, em caso de ocorrerem danos ao meio ambiente, ao patrimônio público e ao consumidor, pode socorrer-se do Ministério Público ou de outras entidades legitimadas para o ajuizamento da ação civil pública.

E, ao tratar da situação jurídica do usuário, esclarece que a reforma administrativa busca uma nova figura do administrado sobre a qual possa se apoiar, em oposição ao cidadão-consumidor satisfeito, materialista, desideologizado e despolitizado, o usuário-participativo, o usuário-parceiro e o usuário-cliente, do que resulta a relevância dada à participação, à transparência e à qualidade dos serviços³²⁰.

Sustenta essa autora do ponto de vista etimológico que o vocábulo que melhor define o beneficiário de um serviço público é “usuário”, da seguinte forma:

³¹⁹ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 338.

³²⁰ *Ibidem*, p. 349.

Tendo em conta que em todos os casos trata-se de quem, de um lado goza de uma atividade que, por uma parte lhe é devida, como integrante do corpo social que o Estado constitui como instrumento de proteção e fortalecimento dos valores fundamentais da pessoa humana e, por outro lado, goza do serviço pelo título legítimo de ser parte do corpo social a partir da titularidade pública³²¹.

Cesar Augusto Guimarães Pereira aponta *para a existência de um núcleo essencial da posição do usuário na relação jurídica, caracterizando-se pela atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a outra de um dever jurídico ou de uma sujeição*. E conceitua o usuário como:

Aquele que detém direito subjetivo a uma determinada prestação de serviço de titularidade estatal, que deve ser realizada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes. Haverá serviço público na medida em que seja identificável um vínculo jurídico entre o prestador do serviço e o seu destinatário³²².

Pode-se então concluir que não há uma definição legal acerca da natureza do vínculo entre o usuário e o serviço público, mas revela a tendência ao reconhecimento de um vínculo de direito público, estabelecido e disciplinado pela lei³²³.

3.4.1 *Direito subjetivo do usuário ao recebimento do medicamento*

Na doutrina existem dois grandes defensores do direito subjetivo, Savigny e Jhering. Para Savigny esse direito que pode se exigir de alguém determinado comportamento fundado na vontade deve ser entendido como reconhecimento ao sujeito titular do direito de um âmbito de liberdade independente de qualquer vontade alheia. Isso porque esse autor baseou todo o seu sistema de direito civil na vontade humana. Jhering, por sua vez, faz objeção a essa teoria porque não haveria como atribuir direito subjetivo às pessoas privadas de vontade. Assim, formula sua

³²¹ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 352.

³²² *Usuários de serviços públicos*, p. 41.

³²³ *Ibidem*, p. 86.

concepção como interesse juridicamente relevante protegido, que revela utilização mais freqüente da concepção de direito subjetivo³²⁴.

Os direitos fundamentais sociais têm sido reconhecidos como direitos subjetivos, pois são interesses juridicamente relevantes protegidos.

A Administração Pública tem o dever de agir no exercício da função administrativa de acordo com a lei, assegurando ao administrado o direito subjetivo. Luciano Ferreira Leite preceitua também que:

A conseqüência, portanto, da emanção de um ato administrativo padecente de eiva de invalidade e atingindo a esfera jurídica do administrado é sua desconstituição. Estão, portanto, os atos desconformes à regra de direito, sujeitos à anulação pelo órgão aplicador do direito e, conseqüentemente, a serem retirados do mundo jurídico. Assim, tanto a violação do dever negativo de abstenção como a violação do dever positivo, por parte do Estado, fazem surgir direito subjetivo em favor do administrado, para o restabelecimento do direito violado³²⁵.

Neste sentido, Canotilho defende que os “direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exeqüibilidade imediata”³²⁶, tais como o direito à segurança social, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à educação e à cultura, o direito ao ensino, entre outros.

Destaca ainda o caráter indiscutivelmente subjetivo dos direitos fundamentais sociais, constituindo direitos originários a prestações sempre que a partir da garantia constitucional for reconhecido o dever de o Estado criar os pressupostos materiais necessários ao exercício do direito e a possibilidade de o cidadão exigir

³²⁴ Esta temática de direito subjetivo foi discutida em três grandes concepções, a saber: as negativistas, concepção que procura dispensar ou eliminar o conceito de direito subjetivo, adotada por Duguit – esse autor, tal qual Kelsen que dispensa o conceito de direito subjetivo, pois este é reflexo da norma jurídica; as protecionistas, que defendem os interesses tutelados pela norma, foram preconizadas por Thon; o direito subjetivo seria, para ele, uma fonte de pretensões eventuais, expressas, em termos práticos, na tutela acordada pelas normas aos interesses de um particular contra particulares; e as neo-empíricas, que partem do pressuposto que é difícil conceituar direito subjetivo – algo que pelo direito compete ou é devido a alguém (ou seja, indefinido). António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português*. I. Parte geral. Coimbra: Almedina, 1998. t. I.

³²⁵ Luciano Ferreira Leite. *Discrecionariade administrativa e controle judicial*. São Paulo: RT, 1981. p. 35.

³²⁶ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 434.

judicialmente estas prestações diretamente do Estado. Note-se que, ainda que o autor os submeta à reserva do possível, reconhece a existência de uma “imposição constitucional a eles vinculada, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”³²⁷.

O direito prestacional tem um núcleo mínimo existencial criado pela doutrina, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana atribuindo ao indivíduo o direito subjetivo de exigir do Estado esta prestação mínima.

O Poder Público tem o poder de discricionariedade na forma de concretização destes direitos, seja estabelecendo políticas públicas, seja atuando diante do caso concreto, de modo que o fato de a Constituição reconhecer determinados direitos a prestações não significa, de plano, que seu titular possa impor ao Estado o dever de agir desta ou daquela forma a fim de concretizar a prestação normativamente prevista.

Nesse contexto, para Canotilho

o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio³²⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet defende a existência de direitos sociais prestacionais subjetivos, ainda que esta conclusão não possa assumir uma dimensão radical de tudo ou nada. Na visão desse autor, os direitos sociais, por estarem intimamente vinculados ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, têm, em seu favor, uma presunção de efetividade, ou de subjetividade, de modo que a realização da dignidade da pessoa humana serviria assim como um limite, uma demarcação da subjetividade dos direitos fundamentais sociais.

³²⁷ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 434.

³²⁸ *Ibidem*, mesma página.

Ressalta, outrossim, que não somente quando a vida humana estiver em risco que se torna possível reconhecer direitos fundamentais subjetivos a prestações por parte do Estado. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, procura identificar um parâmetro de reconhecimento do padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais). Neste sentido, fornece como exemplo o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, § 1.º, CF) que, se negado, importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível se se mantiver a pessoa sob o véu da ignorância³²⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet chega a reconhecer que muitas normas de direitos fundamentais sociais poderiam ser equiparadas a normas de “cunho programático”, em virtude de sua formulação excessivamente abstrata e definidora de fins a serem cumpridos pelo Estado. Cita como exemplos as normas dos arts. 6.º, 7.º, II, III, IV, XI, XII e XVI, bem como os arts. 194, 196, 205 e 215 e ressalta que:

ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão “direito” [...], está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular³³⁰.

Merece especial atenção o trabalho elaborado por Ana Paula de Barcellos³³¹, para quem a saúde, ao lado da educação fundamental, da assistência aos desamparados e do acesso à Justiça, compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana, seu “mínimo existencial”, a que se reconhecem eficácia jurídica positiva e, conseqüentemente, *status* de direito subjetivo, exigível diante do Poder Judiciário.

³²⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 352.

³³⁰ *Ibidem*, p. 302.

³³¹ Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 258.

Ao conferir a eficácia jurídica positiva àquilo que designa de *conteúdo mínimo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana*, admite que as normas que disciplinam tal núcleo criam um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, podendo dessa maneira exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam³³².

Para Robert Alexy “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em conjunto. Este é o caso dos direitos mínimos”³³³.

³³² Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 62.

³³³ *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia: Universidad Externato da Colombia, 2003, p. 482.

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Vários são os meios que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos administrados com vistas a exigir e assegurar a responsabilização estatal, destacando-se que a sociedade, o Ministério Público e o Poder Judiciário muito têm contribuído para conferir efetividade aos direitos sociais, como o direito à saúde, que inclui a assistência farmacêutica e o fornecimento do seu principal insumo, o medicamento.

4.1 O papel da sociedade

A Constituição de 1988 prestigiou o princípio da participação popular em inúmeras oportunidades no texto constitucional: o acesso de todos à informação administrativa (art. 5.º, XIV e XXXIII); o direito de petição para defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5.º, XXXIV, a); o direito a certidões (art. 5.º, XXXIV, b); o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II, III); a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII); o exame e a apreciação das contas dos Municípios por qualquer contribuinte (art. 31, § 3.º); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação (art. 10); a denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas, por cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2.º); a ampliação da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade para sindicato ou entidade de classe (art. 103, IX), entre outros. Em especial no que se refere à saúde, a participação popular figura entre as diretrizes do sistema de saúde (art. 198, III).

Como se vê, no ordenamento jurídico há diversos mecanismos de controle que podem ser acionados para defender e proteger o direito à saúde, tais como o direito de petição, as denúncias ao Ministério Público, as ações judiciais, as associações ou grupos comunitários, os meios de comunicação, a participação da sociedade no SUS, entre outros.

O princípio da participação da sociedade consagra os fundamentos do Estado Democrático de Direito e o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. Equivale à intervenção direta da comunidade no direcionamento das ações e das políticas públicas de saúde, associando os usuários à definição das regras de organização e de funcionamento dos serviços públicos.

Paulo Bonavides defende a Democracia Participativa e a Democracia Direta:

Não haverá a revolução ética que tanto se preconiza se não vier ela acompanhada de uma revolução constitucional: a da legitimidade, que só a democracia direta confere ao exercício de poderes carecentes de regeneração.

Uma organização institucional que não coloque os Poderes políticos – Legislativo e Executivo – da União, dos Estados e dos Municípios debaixo do controle direto, imediato e diuturno da vontade popular, jamais há de levar a cabo, bem-sucedida, a cruzada de anticorrupção administrativa de que tanto precisa o País. Unicamente a democracia direta tem forças para operar tal milagre³³⁴.

A conscientização da participação da sociedade parece ganhar consistência e Dinorá Adelaide Musetti Grotti retrata esse movimento, salientando que o estabelecimento dos interesses público e privado deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade, ocorrendo uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa, passando a Administração a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disso decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos³³⁵.

Na concepção de Juarez Freitas o controle social pode ser juridicamente descrito como exercício do direito de fiscalização da atividade pública quanto à eficiência e à observância dos limites constitucionais, mediante a participação

³³⁴ *A Constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 32.

³³⁵ A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 39, p. 132-144, abr.-jun. 2002.

popular, para impedir abusos e controlar a aplicação do direito pelo administrador. Afirma que o maior engajamento popular não substitui as mediações tradicionais, pois, a seu ver, o melhor controle é o capaz de incluir os demais. Assevera que tal mecanismo de participação popular contribui para alastrar a noção de que vícios de improbidade e de escolha equivocada das metas são erros que se cometem contra a vontade pública exercitada no jogo nem sempre cooperativo da democracia vigente. Não podendo ser simples ornamentação de estruturas avessas à cidadania protagonista, sendo incompatível com meras discussões ou audiências públicas planejadas, de antemão, para a esterilidade³³⁶.

A participação da sociedade nos moldes preconizados pelo art. 198, III, da Constituição Federal é uma das imposições das diretrizes a serem adotadas pelo SUS. Revela-se um importante mecanismo de controle institucionalizado, exercido pelas conferências e conselhos de saúde no âmbito das três esferas de governo, tendo sido criadas pelas Leis 8.080/1990 e 8.142/1990.

Os *conselhos de saúde* são instâncias colegiadas de caráter permanente e deliberativo, constituídas em cada esfera de governo, nos moldes do art. 1.º, § 2.º, da Lei 8.142/1990. Têm por funções principais a formulação de estratégias para a operacionalização das políticas setoriais e o controle da execução das políticas e ações de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Em sua composição há paridade entre o número de representantes dos usuários e os representantes dos segmentos do setor: governo, prestadores de serviços e profissionais de saúde, nos moldes do que prevê o § 4.º do referido diploma legal. O Conselho Nacional de Saúde foi criado pelo Decreto 99.438/1990, atendendo as disposições da Lei 8.142/1990, e desde então tem funcionado regular e sistematicamente. Os conselhos de saúde também estão em atividade nos 26 Estados, no Distrito Federal e em cerca de três mil municípios.³³⁷

³³⁶ Juarez Freitas. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 11, p. 13-26, jul.-set. 2001.

³³⁷ *Relatório anual Saúde no Brasil*, p. 32. Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em: 18 set. 2006.

A *conferência de saúde* compreende instâncias colegiadas que permitem a participação social no desenvolvimento do sistema de saúde. É convocada a cada quatro anos com o objetivo de avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação da política correspondente, pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde, nos termos do art. 1.º, § 1.º, da Lei 8.142/1990³³⁸.

Importantes questões devem ser esclarecidas acerca da atuação dos Conselhos de Saúde. Uma delas refere-se à possibilidade de veto das deliberações do Conselho de Saúde pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo, em correspondência ao disposto no § 2.º do art. 1.º da Lei Federal 8.142, de 28.12.1990, cuja última parte ressalva o mecanismo de homologação, pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo, das respectivas deliberações. Somente as deliberações normativas, que aprovam um plano de saúde, consentem uma prestação de contas ou elaboram critérios e diretrizes de saúde, exigem para sua eficácia a homologação da autoridade competente, seja o Ministro da Saúde ou o Secretário Estadual ou Municipal de Saúde, nos termos do art. 9.º da Lei Orgânica Nacional de Saúde. Essa não-homologação deve ser motivada e pode ser controlada por outros instrumentos. As demais deliberações, que podem ser as recomendativas, que indicam um estudo, encaminham uma proposta, sugerem uma providência, ou as diligenciais, que investigam a execução da política de saúde, a execução dos serviços e o cumprimento de normas do SUS num determinado estabelecimento, etc., não necessitam propriamente de homologação.

Outra questão trazida por Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia é se, apesar das características de que se revestem os conselhos, estarão garantidas a efetiva participação no processo decisório acerca da formulação e a implementação das políticas públicas nas áreas afins. Alerta para o fato de que “nem tudo são flores na questão dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas”, e lista os seguintes pontos que dificultam a sua atuação:

³³⁸ *Relatório anual Saúde no Brasil*, p. 32. Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em: 18 set. 2006.

a) A maioria dos Conselhos Estaduais e Municipais foi criada única e exclusivamente para atender à determinação da legislação federal, em ordem a evitar a suspensão de verbas advindas dos cofres da União³³⁹.

b) Os Conselhos não possuem autonomia, sobretudo financeira, e dependem das benesses do poder público (de tradição autoritária) para que possam minimamente exercer suas funções.

c) Os Conselheiros representantes da sociedade civil, na maioria das vezes, não possuem conhecimentos básicos sobre administração pública e orçamento, tendendo a seguir as orientações dos representantes governamentais.

d) Enfim, o caráter deliberativo dos Conselhos é simplesmente um adorno no processo decisório das políticas públicas, sem caráter vinculativo, para a implantação e a execução de tais políticas a cargo das mais altas instâncias governamentais³⁴⁰.

A ausência de vinculação das deliberações dos Conselhos é analisada por Luciano Ferraz que adverte residir um aspecto jurídico relevante, pois não lhe parece possível que *decisões de instâncias interlocutoras da sociedade possam simplesmente ser ignoradas no processo decisório*. Assim, as decisões tomadas pelos Conselhos devem vincular, de alguma forma, a Administração Pública, concluindo que, se a decisão da autoridade alinha-se ao que deliberou o Conselho, a decisão já nasce automaticamente motivada. Entretanto, se a autoridade se afasta do que foi deliberado naquele Colegiado, deverá demonstrar as razões de ordem técnica, operacional e política que subsidiaram sua decisão, sob pena de nulidade do ato³⁴¹.

Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia, analisando a solução proposta por Luciano Ferraz, conclui que “não subtrai a substância da política pública do Poder Executivo, mas, por outro lado, reconhece a eficácia das deliberações providas dos Conselhos Gestores”³⁴².

³³⁹ O art. 4.º, II, da Lei 8.142/1990 dispõe que, para receberem os recursos de que trata o art. 3.º dessa lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto 99.438, de 07.08.1990.

³⁴⁰ Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia. *O direito à saúde e a responsabilidade do Estado*, p. 168.

³⁴¹ Novas formas de participação social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 7, p. 65.

³⁴² Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia. *O direito à saúde e a responsabilidade do Estado*, p. 168.

O papel da sociedade no controle das políticas públicas de saúde tem especial relevância na conscientização da sociedade da sua importância e efetiva participação.

4.2 O papel do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 estabelece no seu art. 127 que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” e, nos termos do art. 129, II, confere ao Ministério Público a função institucional de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública assim constitucionalmente assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Considerando que a saúde é um dos direitos sociais assegurados na Constituição e que o Ministério Público tem por dever protegê-los, pode-se afirmar a sua legítima atuação na defesa desses direitos.

A legislação infraconstitucional estabelece as funções e as formas de atuação dos membros dos diversos ramos do Ministério Público, nos termos da Lei Complementar 75/93, denominada Lei Orgânica do Ministério Público da União, e da Lei 8.625/1993, chamada de Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados. Dentre as funções abrangidas pelo Ministério Público estão a defesa do cidadão e a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos para a afirmação dos direitos coletivos assegurados na Constituição Federal e, em especial, no capítulo da ordem social.

Assim, ao Ministério Público incumbe a função de zelar pelo respeito ao direito a saúde, seja em face da Administração Pública direta ou indireta, podendo tomar as medidas que se fizerem necessárias na defesa da sociedade, tanto em razão de ação como de omissão do responsável pela lesão. O papel do Ministério Público aqui estudado restringe-se à atuação direta da Administração Pública.

A instrumentalização dessa função ocorre com a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais para que os entes federativos cumpram os dispositivos

constitucionais atinentes à saúde, sejam decorrentes de atos comissivos ou omissivos.

Assim, afigura-se legítima a atuação do Ministério Público para a defesa de direitos e interesses indisponíveis, entre os quais se insere o direito fundamental à saúde, pressuposto do direito à vida, exteriorizado, *in casu*, na busca da garantia à *universalidade de acesso* ao serviço público, à *integralidade* e à *igualdade* da assistência, a um número significativo e indeterminável de beneficiários.

Adota-se a análise das atribuições do Ministério Público efetuada por Fábio Konder Comparato, de que são elas: *impediente*, ou seja, *impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático*, e a *promocional*, ou seja, de *promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3.º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos*. Essas duas atribuições fazem do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos³⁴³.

Ao discorrer sobre o Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, Fábio Konder Comparato salienta sua importância no controle da execução orçamentária, acentuando que, no exercício de seu dever de fiscalização da ação governamental, ele deveria pedir, com frequência, auditorias dos Tribunais de Contas, para a verificação do cumprimento das diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos plurianuais, bem como para verificar se as diferentes unidades da Federação cumprem as determinações constitucionais de vinculação de receitas às áreas de saúde e educação. Tal função é relevante, à medida que para alguns direitos sociais, como a educação e saúde, áreas consideradas prioritárias pela Lei Maior, foram assegurados recursos por meio de vinculação de receitas (CF, art. 198, §§ 2.º e 3.º, e art. 212). Acrescenta que as unidades da Federação deveriam se

³⁴³ O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254.

preocupar em discriminar adequadamente tais verbas em suas peças orçamentárias, possibilitando o controle do cumprimento das metas e objetivos fixados nos planos plurianuais, mencionando que a via adequada para restabelecer a violação das normas constitucionais orçamentárias em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais também é a ação civil pública, quer se trate da não-inclusão ou da inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesa ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro³⁴⁴.

Nessa linha, pode-se constatar que as diretrizes constitucionais orçamentárias não estão sendo cumpridas, não se podendo flexibilizar direitos dos cidadãos. O Ministério Público não admite qualquer postura dos gestores no sentido de flexibilizar direitos na Constituição Federal, referindo-se à integralidade e à universalidade antes de assegurados os recursos orçamentários mínimos, previstos na EC 29 /2000³⁴⁵.

O que já está previsto nos protocolos clínicos³⁴⁶, nas relações de medicamentos, sejam elas essenciais ou excepcionais, deve ser fornecido regularmente, mas também exige-se o fornecimento de medicamentos não incluídos nas relações do SUS, por denominação comum brasileira, ou por denominação internacional.

Embora a princípio não possa o SUS ser obrigado a adquirir medicamento não registrado na Anvisa, tal atribuição da agência não pode segregar arbitrariamente a garantia do princípio da integralidade, ficando a excessiva demora da apreciação dos pedidos e a justificativa da negativa sujeitas a controle judicial.

³⁴⁴ O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, p. 257-258.

³⁴⁵ Alexandre Gavronski. *O dever estatal de assistência farmacêutica na visão do Ministério Público*. Palestra no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 05 e 06.12.2005.

³⁴⁶ Roteiros de indicação e prescrição, graduados de acordo com as variações e a gravidade de cada afecção. Terminologia. 7. Protocolos de intervenção terapêutica. 48. Portaria 3.916, de 30.10.1998.

O Grupo de Saúde do Ministério Público Federal também já reconheceu que é cabível a sua atuação para incluir determinado medicamento nas relações do SUS, devendo, sempre que possível, pleiteá-la pela denominação comum brasileira, ou, na falta desta, pela denominação internacional (genérico), evitando-se a demanda por determinada marca.

Neste estudo não se nega a prerrogativa da Anvisa do registro, nem se discute a legalidade da instituição da agência e a legitimidade de suas ações, mas se esclarece que não pode ser negado o direito ao recebimento do medicamento pelo administrado, perante os direitos assegurados na Constituição Federal.

Quanto à alegação de ausência de recursos orçamentários, foi apresentado no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS, realizado em 05 e 06.12.2005, um estudo de Armando Raggio, que integra o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), pela conclusão da viabilidade econômica de assistência farmacêutica integral, desde que a regulamentação da EC 29 seja aprovada.

O importante é assistir à pessoa para a cura, atenuar e controlar a dor para que no mínimo a morte seja digna, se não puder sobreviver, que seja dada a oportunidade ao cidadão da sobrevida.

Não se desprezam aqui as teorias da reserva do possível ou até mesmo da utopia no atendimento pelo Estado da providência imediata para todos aqueles que demandam um posto de trabalho, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade³⁴⁷. Não se pretendeu aqui divorciar das conseqüências financeiras, contudo não se pode negar que há plena eficácia aos preceitos que asseguram a saúde, a obtenção dos medicamentos, atribuindo titularidade aos cidadãos para demandarem individualmente a fim de restabelecer seus direitos.

³⁴⁷ Fábio Konder Comparato. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, p. 249.

Na esfera judicial constata-se que o Ministério Público tem promovido ações civis públicas para conferir a efetividade dos direitos constitucionais atinentes às questões de saúde e medicamentos³⁴⁸. No desempenho desse controle pode-se ressaltar a ação civil pública desempenhada pelo Ministério Público Federal do Município de Marília visando compelir a União Federal a adotar providências para repassar ao gestor municipal da saúde as verbas do SUS relativas aos procedimentos médicos realizados pelos prestadores de serviços conveniados atuantes na Subseção Judiciária Federal de Marília, em função da demanda existente, vedando a imposição de qualquer limite ou teto físico orçamentário³⁴⁹.

O Ministério Público Federal, em manual da saúde, já sedimentou o entendimento de que é possível o controle dos atos que determinam ou não o fornecimento de medicamento³⁵⁰.

No âmbito estadual verifica-se que o Ministério Público no Estado de São Paulo moveu uma ação civil pública contra a instituição, do que se denomina hoje “dupla porta”, Hospital das Clínicas, autarquia estadual, que estabeleceu, o que tem sido comum nos hospitais, a desigualdade de tratamento entre o paciente advindo do sistema único e aquele ligados aos seguros ou planos de saúde, ou seja, para cada paciente um tipo de acesso aos serviços.

A referida ação civil pública foi julgada improcedente em primeiro e segundo grau, reconhecendo legal a discriminação desse sistema, pois não se verifica a

³⁴⁸ No âmbito federal ADIN 1.646-6/PE requerida pela Confederação Nacional do Comércio contra Lei 11.446/1997 do Estado de Pernambuco; – ADIN 2.999-1/600 ajuizada pela Governadora do Rio de Janeiro, em face da Resolução 322/2003, do CNS; – Representação Gavronski oferecida pelo Procurador da República, PRDC, em Mato Grosso do Sul, Alexandre Gavronski, contra Lei Estadual 2.261/2001 (“Lei do Rateio”); – ADIN 3.320 contra a Lei 2.261, de 16.07.2001, do Estado do Mato Grosso do Sul, por ofensa aos arts. 167, VI, 198, II e § 3.º, I, II e III, da Constituição da República; art. 77, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; – Recomendação 002/03/2003 dos Procuradores ao PGR, solicitando encaminhamento da Recomendação do Presidente da República; – Ofício/PGR/GAB/N.1.386: o PGR encaminha a Recomendação ao Presidente da República. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/folder.2006-01-30.7566473930>>. Acesso em 28 ago. 2006.

³⁴⁹ Processo 2005.61.11.001047-3. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/marilia/acp/acp.htm>>. Acesso em: 1.º maio 2006.

³⁵⁰ Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/folder.2006-01-30.7566473930>>. Acesso em: 10 jan. 2006

violação à Constituição paulista, bem como a garantia de gratuidade prevista no art. 46 da Lei 8.080/1990³⁵¹.

Pode-se destacar também a ação civil pública proposta com base no Estatuto da Criança e do Adolescente que objetivou obter medicamentos junto à rede pública de saúde para tratamento de um menor portador da doença Distrofia Muscular tipo Duchunne (distrofia muscular progressiva)³⁵², doença genética letal que degenera o tecido muscular esquelético e a musculatura respiratória até a paralisação total da musculatura do corpo³⁵³ e a ação civil pública promovida para a distribuição do medicamento Interferon Peguilado para os portadores de hepatite C³⁵⁴.

O Ministério Público também atua na esfera extrajudicial, hipótese em que, nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, conduz inquéritos civis públicos (instrumento de procedimento investigatório), apurando a responsabilidade da Administração Pública nos serviços de saúde, podendo, outrossim, utilizar-se de

³⁵¹ Ação Civil Pública 2.066/99-3, 13.^a Vara da Fazenda Pública da Capital (SP). Autor: MP – Réu: HCFMUSP.

³⁵² Ação Civil Pública 002.04.902.333-2 ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

³⁵³ Foram também propostas as Ações Civis Públicas 008.04.900.545-3 e 002.03.902.561-8, para fornecimento de medicamento a menor, portadora de problemas cardíacos, cujo tratamento exige drogas de custo elevado, não fornecidas pelo SUS. Em outra ação, de igual fundamento, o Ministério Público intentou ação civil pública com vistas a obter o fornecimento de remédios e vagas em creches a menores portadores de epilepsia sintomática dominante com crises febril plus.

³⁵⁴ Na referida ação civil pública o Ministério Público de São Paulo conseguiu liminar que obriga o Governo do Estado a fornecer o remédio Peg Interferon aos pacientes do SUS portadores de hepatite C. A Justiça deu prazo de 15 dias para a compra do medicamento, injetável, que custa R\$ 800. A medida vale para todo o Estado. A decisão foi tomada [...] pelo juiz Marco Aurélio Paoletti Costa, da 1.^a Vara da Fazenda Pública. Ele acatou o pedido de antecipação de tutela da ação civil pública proposta pelo Grupo de Atuação Especial da Saúde Pública e da Saúde do Consumidor (Gaesp). O promotor João Luiz Marcondes Júnior explica que pacientes, médicos e associações de portadores de hepatite C procuraram o Ministério Público em maio de 2006. Eles denunciaram que médicos do SUS prescreviam o medicamento porque é mais eficaz no tratamento, mas os pacientes não encontravam o produto nas farmácias da rede, que tem apenas o remédio padrão. Antonio Chastinet. Data de publicação: 06.08.2002. Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CLIPPING/PUBLICACAO_CLIPPING/2002/AGOSTO/LIMINAR_GARANTE_REM%C3%89DIO_GR%C3%81TIS_P.HTM>. Acesso em: 25 set. 2006.

A questão da hepatite C também é polêmica e tem gerado muitas discussões, especialmente quanto à distribuição do medicamento Interferon Peguilado, eis que estabelecida política pública para a distribuição estava restrito para os pacientes que necessitavam de retratamento. Nesse ponto, tal violação de direito já foi corrigida pela possibilidade de sua utilização nas hipóteses de retratamento em abril de 2006. São Paulo amplia tratamento a doentes de hepatite. O Governo de São Paulo acaba de baixar duas normas que aumentam o acesso dos doentes de hepatite aos remédios. Os portadores de hepatite C que não se curaram com o tratamento convencional poderão tentar o “retratamento” com o Interferon Peguilado. No caso da hepatite B, a novidade é o Adefovir. Os dois tratamentos adotados pela Secretaria de Estado da Saúde não fazem parte do Programa de Hepatite do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CLIPPING/PUBLICACAO_CLIPPING/2006/ABRIL/NOVA_PAGINA_11_6.HTM>. Acesso em: 25 set. 2006.

outros procedimentos administrativos, como o compromisso de ajustamento de conduta (se houver acerto entre as partes) e as recomendações, atuando obrigatoriamente no processo, quando não for parte, como fiscal da lei. Pode, ainda, utilizando-se da estrutura da Promotoria, auxiliar, indiretamente, aqueles órgãos que também exercem a função de formuladores de política pública, por meio de fornecimento de informações ou dados relativos à questão tratada. Verificam-se situações em que a vida das pessoas vitimadas se encontra em risco e investigam-se, ainda, por intermédio de inquéritos civis, hospitais em que o índice de mortalidade infantil ou o índice de alguma doença específica é elevado.

Assim, é forçoso concluir o relevante papel que tem sido desempenhado pelo Ministério Público para a efetivação dos direitos assegurados na Constituição, cumprindo com os preceitos do ordenamento jurídico, como fiscal da lei e defensor dos interesses sociais, zelando judicial ou extrajudicialmente, em especial diante das omissões ilícitas dos Poderes Públicos na condução da saúde dos cidadãos.

4.3 O papel do Poder Judiciário

O direito brasileiro prevê a inafastabilidade do controle judicial da atividade administrativa, nos termos do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça do direito”. Esse controle confere ao ordenamento a segurança jurídica necessária para afastar a sociedade de qualquer tipo de arbitrariedade e preservação dos direitos dos administrados. É alçado à categoria de verdadeiro princípio.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando do princípio do controle jurisdicional dos atos administrativo, ensina:

é bem de ver, de exigência impostergável à idéia de Estado de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis.

Os sistemas pelos quais tais contrastes se fazem e a amplitude com que são admitidos comportam variações em função dos regimes jurídico-positivos, mas, evidentemente, não poderiam deixar de existir.

Nos países do continente europeu, em sua grande maioria, o controle jurisdicional da Administração, em relação à quase-totalidade dos atos administrativos, não é feito pelo Poder Judiciário, mas por órgãos independentes e autônomos que, todavia, são integrantes da própria Administração³⁵⁵. Dito modelo resulta de peculiaridades históricas próprias da vida daqueles países e da formação dos respectivos Direitos Administrativos.

Entre nós, que adotamos, neste particular – e felizmente –, o sistema anglo-americano, há unidade de jurisdição, isto é, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional. Ato algum escapa ao controle do Judiciário, pois nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída à sua apreciação (art. 5.º, XXXV, da Constituição). Assim, todo e qualquer comportamento da Administração Pública que se faça gravoso a direito pode ser fulminado pelo Poder Judiciário, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis³⁵⁶.

Celso Fernandes Campilongo ressalta o importante papel que é exercido pelo Poder Judiciário para o fortalecimento da democracia:

Num contexto de crise do Estado social, o Judiciário ganha uma função especial de guardião da legalidade e da moralidade das eleições e do controle das políticas públicas. Seu papel para o aprofundamento da democracia tem essas duas dimensões básicas: de um lado, garantir a plena eficácia das regras do processo eleitoral, notadamente no que respeita ao uso dos meios de comunicação em massa; de outro, garantir a plena eficácia dos programas de ação social do Estado. O desrespeito de um ou outro conjunto de regras implica violação de direitos subjetivos de natureza pública. Sua tutela judicial não é simples nem rotinizada. Entretanto, sem essa atuação do Judiciário a democracia corre sérios riscos. Essa é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da Constituição³⁵⁷.

³⁵⁵ “Na maior parte dos países europeus, seguindo a tradição francesa, há, então, uma dualidade de jurisdições: a judicial e a administrativa. O órgão administrativo principal desta última denomina-se Conselho de Estado. É ao Conselho de Estado da França que se atribui o papel de criador do direito administrativo naquele país, valendo frisar que o direito administrativo francês influenciou acentuadamente o direito administrativo dos países do continente europeu. Decantado em prosa e verso pelo alargamento das garantias que foi, ao longo do tempo, forjando em prol dos administrados, cumpre, todavia, não esquecer, como anotaram Erik Arnoul e François Monnier (o segundo um historiador das instituições administrativas francesas e o primeiro, ele próprio, membro do Conselho de Estado), que nem por isto se deve ‘ocultar a timidez ou as fraquezas de seu controle jurisdicional, assim como sua propensão para não se indispor com a Administração ativa, muito freqüentada por seus membros – nem a fazer esquecer sua dependência em face do Poder ou sua condescendência à vista dos governantes pouco respeitosos das liberdades individuais’ (*Le Conseil d’État, juger, conseiller, servir*, Gallimard, 1999, p. 37). Aliás, estas situações lamentáveis dessarte descritas não poderiam chocar os administrativistas brasileiros, como se os estivessem colocando perante fatos surpreendentes em uma esfera jurisdicional de cúpula; antes, e pelo contrário, suscitariam uma sensação de *dejà vu*, de familiaridade, maiormente em face dos últimos oito anos.” *Curso de direito administrativo*, p. 82.

³⁵⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 82-83.

³⁵⁷ *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 108.

Há doutrinadores que apontam o controle judicial dos atos administrativos como uma intromissão do Poder Judiciário nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública, o que é chamado por José Afonso da Silva de judicialismo, que compreende:

o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade. Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividade da Administração Pública. No âmbito municipal isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juizes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que se há de ater a jurisdição, terá forte conteúdo político a entravar a atuação do governante³⁵⁸.

Nessa mesma linha, Adilson Abreu Dallari denuncia os excessos ou desdobramentos do controle da legalidade, que invade o mérito da atuação administrativa, pois

não há como aceitar a competência do Judiciário para decidir sobre as prioridades da Administração, pois isso viola o princípio da separação dos poderes (ou, mais exatamente, de funções governamentais), agride o princípio representativo, não se coaduna com o planejamento democrático e desmantela todo o sistema de elaboração e execução orçamentária³⁵⁹.

Há doutrinadores que, apesar de reconhecerem caráter programático às normas relativas à ordem social, demonstram preocupação com a concretude da Constituição Federal, como se vê das lições de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, quando sustenta que o Judiciário deve “garantir a aplicação dos direitos sociais, ao julgar ações civis públicas que visem impor obrigações de fazer aos administradores,

³⁵⁸ Perspectivas das formas políticas. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). *Perspectivas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 147 e 149.

³⁵⁹ Privatização, eficiência e responsabilidade. In: Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

omissos na implantação das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição Federal³⁶⁰.

Para Cíntia Lucena,

mesmo quando algumas ações não estão previstas em lei como prestações devidas pelo Estado para a garantia do direito à saúde, pode-se aplicá-lo diretamente quando estiver em risco a continuidade da vida humana, que só passa a ser garantida com a intervenção estatal. Nesses casos, o fundamento reside na obrigação de o Estado garantir um nível de vida para seus cidadãos que seja compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Judiciário determinar o cumprimento dessa obrigação³⁶¹.

Essas discussões doutrinárias repercutiram no Judiciário. Num primeiro momento, ações propostas por pacientes portadores de Aids para a obtenção de medicamentos foram negadas com base no caráter programático da norma insculpida no art. 196 da Constituição Federal. Ante a gravidade que as situações representaram e o empenho dos pacientes aliado às associações de soropositivos em todo o Brasil para a tutela dos seus direitos, obtiveram a aprovação da Lei 9.313/1996, que, sob o pretexto de regulamentar o art. 196, determinou o fornecimento de medicamentos aos portadores do HIV e vítimas da Aids. Apesar da aprovação da aludida lei, o Estado continuou a negar o referido fornecimento, no entanto sob outro argumento: a inexecutabilidade da norma. A questão do fornecimento de medicamento para Aids já se encontra pacificada, devendo a ela ser atribuída, especialmente, o início de uma conscientização social acerca dos direitos fundamentais. Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece o direito público subjetivo à saúde, ressalva que:

[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-

³⁶⁰ *Políticas públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público, p. 105.

³⁶¹ Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo, p. 266-267.

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 inconstitucional* – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, 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. 5.º, *caput*, e 196) e representa, na concreção de 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. Precedentes do STF (AGRRE- 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello).

Américo Bedê Freire Junior analisando essa decisão conclui:

Verifica-se nesse importante precedente, uma mudança da concepção das normas constitucionais, passando o intérprete a ter o dever, e não meramente o poder, de implementar a Constituição.

Frise-se que em nenhum momento pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico. [...] Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida³⁶².

No mesmo sentido são os seguintes julgados: STF – 2.ª T. – AgRg no REExt 271.286, rel. Min. Celso de Melo; cfr., em acréscimo, STF – 1.ª T. – REExt 264.269 – rel. Min. Moreira Alves; STF – REExt 247.900 – decisão do Min. Marco Aurélio; REExt

³⁶² *O controle judicial de políticas públicas*, p. 70-71.

267.612 – decisão do Min. Celso de Mello; STJ – 2.^a T. – REsp 212.346 – rel. Min. Franciulli Netto; STF – 2.^a T. – RMS 11.129 – rel. Min. Luiz Fuz; Agravo 398.135-5-3 – rel. Des. Ricardo Dip.

O fornecimento de medicamento pelo Estado é uma polêmica que tem sido diuturnamente levada ao Judiciário, sendo abarcada por este a favor da plena justiciabilidade dos direitos fundamentais prestacionais dos serviços de saúde.

Neste aspecto verifica-se que o Poder Judiciário evoluiu no sentido de conferir a revisão do ato administrativo que não fornece medicamentos, tanto que as decisões têm convergido para o fornecimento.

Hoje a situação no Brasil merece especial atenção para o controle jurisdicional das negativas/omissões do Estado na área da saúde, pois, tendo sido instituído o sistema de universalidade com a Constituição Federal e com o advento da EC 29/2000, que traçou importante diretriz para a alocação de recursos a serem destinados à saúde, a questão da saúde, da assistência farmacêutica e de medicamentos não pode mais ser negada sob o fundamento na falta de recursos, pelo menos enquanto o Estado não comprove que efetuou tudo o que é possível para atender o direito reclamado pelo administrado.

Esse entendimento da comprovação do impossível deve-se ao estudo que foi desenvolvido dos casos oriundos da decisão proferida pela Corte Fundamental alemã que originou a expressão reserva do possível.

Assim, enquanto não forem implementadas as diretrizes orçamentárias dispostas na ordem constitucional, não há como o Estado comprovar a impossibilidade de atendimento do administrado.

O Judiciário, nessas questões, estará enfrentando a inconstitucionalidade finalística e por esta razão não há que falar em infringência do princípio da tripartição.

Elegeu-se a análise de decisões judiciais proferidas em processos relativos a tumores malignos³⁶³ de câncer de pulmão em razão de constar como a espécie de tumor que assume o primeiro lugar em incidência, pela gravidade e em face da necessidade e urgência no fornecimento de medicamento.

No decorrer da etapa final do desenvolvimento deste trabalho foi possível acompanhar 41 processos³⁶⁴ ajuizados contra o Estado de São Paulo por administrados para a obtenção de medicamento para a cura de mal que lhes aflige.

Os referidos pacientes requerem o medicamento denominado *Erlotinib* que, a princípio, se encontrava aprovado nos Estados Unidos³⁶⁵ e na Comunidade

³⁶³ *Tumores malignos*. Com a desaceleração das taxas de natalidade e de mortalidade infantil, e com o aumento da expectativa de vida, as *neoplasias malignas* assumem papel de destaque no perfil da morbimortalidade no Brasil. Segundo estimativas de morbidade para o ano de 1997, as seis principais localizações primárias de câncer, em ordem decrescente de magnitude, são: *mama* (28.310 casos novos), *colo uterino* (22.500), *estômago* (19.820), *pulmão* (19.015), *cólon e reto* (17.630) e *próstata* (14.020). A população feminina sofre pesada contribuição às doenças malignas, sobretudo em idades jovens, por serem exclusivamente femininas as duas formas mais freqüentes de neoplasia. A incidência global de câncer de qualquer localização é de 176 casos por 100 mil habitantes em mulheres e de 162 em homens. Nestes, o câncer do pulmão assume o primeiro lugar, com uma incidência (20,1 por 100 mil) que excede em muito a estimada em mulheres (5,9 por 100 mil), nas quais constitui o sexto tipo mais freqüente de câncer. Os seguintes tipos mais freqüentes no sexo masculino são as neoplasias da próstata e do estômago. O câncer gástrico é muito mais comum em homens (18,6 casos por 100 mil) que em mulheres (8,5 por 100 mil), nas quais é o quarto tipo mais freqüente. O câncer de cólon e reto representa a quarta localização mais freqüente em homens e a terceira em mulheres, com incidências similares em ambos os sexos (12,4 e 11,6 por 100 mil). Estima-se que em 1997 ocorreram no País 97.705 óbitos por neoplasias malignas de todas as localizações, com predominância dos tumores do pulmão (11.950 óbitos) e do estômago (11.150), seguindo-se os da mama (6.780), colo uterino (5.760), cólon e reto (5.440) e próstata (4.690). Diferentemente da morbidade, a mortalidade penaliza mais o sexo masculino (72,5 óbitos por 100 mil habitantes, diante de 60,7 no sexo feminino). Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em 10 set. 2006.

³⁶⁴ Todos os processos tramitam na Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo e datam suas iniciais de outubro de 2005 até agosto de 2006, com os seguintes números de processos: 1- 115827/06; 2- 113393/06; 3- 022960/05; 4- 123481/06; 5- 123312/06; 6- 119103/06; 7- 114077/06; 8- 114079/06; 9- 113391/06; 10- 1570/05; 11- 106495/06; 12- 114076/06; 13- 119915/06; 14- 106494/06; 15- 112905/06; 16- 106208/06; 17- 114631/06; 18- 104028/06; 19- 120274/06; 20- 120275/06; 21- 121491/06; 22- 114632; 23- 123482/06; 24- 106496/06; 25- 115108/06; 26- 123479/06; 27- 120625/06; 28- 123311/06; 29- 106207/06; 30- 123483/06; 31- 123310/06; 32- 112904/06; 33- 120626/06; 34- 114078/06; 35- 113392/06; 36- 119102/06; 37- 121492/06; 38- 104030/06; 39- 104027/06; 40- 104029/06; 41- 026247/05.

³⁶⁵ FDA aprova remédio a pacientes com câncer pulmonar. Sexta feira, 19 de novembro de 2004. A Administração de Alimentos e Remédios dos EUA (FDA) aprovou hoje o uso do remédio Tarceva (erlotinib) para tratamento de pacientes com uma forma avançada de câncer pulmonar. Um comunicado do órgão regulador de remédios informou que o Tarceva deverá ser usado por pacientes cujo câncer continuou avançando apesar de outros tratamentos, incluindo a quimioterapia. O Tarceva é um remédio que inibe uma enzima, a tirosina quinase, e os testes realizados demonstraram que o medicamento aumenta as chances de sobrevivência dos pacientes, disse a FDA. Lester Crawford, comissário adjunto da FDA, indicou que o organismo acha que com a aprovação “milhares de pacientes com câncer pulmonar não só terão acesso a outro tratamento, mas também terão a vida estendida”. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,0I425543-EI298,00.html>>. Acesso em: 10 out. 2005.

Européia, e não ainda no Brasil. Mesmo com o ajuizamento de algumas das ações – desses 41 processos –, com a aprovação pela Anvisa do medicamento³⁶⁶, o acesso a ele ainda se encontra restrito, em razão de não ter sido disponibilizado na lista do SUS, não obstante comprovada sua eficácia.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisões proferidas nos referidos processos, reconhece o direito à obtenção do medicamento e a obrigação do Estado em fornecê-lo³⁶⁷. Reconhece também que o princípio da igualdade deve

Novas armas na luta contra os cânceres que mais matam no Brasil e no mundo receberam aprovação pelo FDA (Food and Drug Administration) nos últimos meses, trazendo bastante esperança aos pacientes acometidos por esses tipos de tumores câncer de pulmão [...]. Geralmente o câncer de pulmão é diagnosticado em um estágio em que as células tumorais já foram espalhadas para os linfonodos e outros órgãos, tornando difícil o seu controle através da cirurgia, quimio ou radioterapia. Tarceva (erlotinib) foi aprovada em novembro de 2004 pelo FDA para o tratamento de câncer de pulmão do tipo “não pequenas células” (que é o tipo mais comum) em pacientes que não responderam a outros tratamentos. [...] O Tarceva superou em resultados até uma medicação bastante promissora chamada Iressa (gefitinib), que atua de modo semelhante contra o câncer avançado de pulmão. Disponível em: <<http://www.iov.com.br/palav00.htm>>. Acesso em: 10 out. 2005.

Artigo referente ao uso de Erlotinib em pacientes com câncer de pulmão de células não pequenas é destaque no *The New England Journal of Medicine*. Tarceva recebe opinião positiva na União Européia para o tratamento de pacientes com câncer pulmonar. Disponível em: <<http://www.icavc.com.br/noticia.php?opcao=exibir&codigo=483>>. Acesso em: 10 out. 2005.

³⁶⁶ Quinta-feira, 20 de abril de 2006 – 13h20. Anvisa aprova o Tarceva, novo medicamento contra câncer de pulmão. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) aprovou o uso no Brasil do medicamento cloridrato de erlotinibe (Tarceva) para o tratamento de câncer de pulmão avançado. A aprovação é baseada nos resultados dos estudos que mostraram que os pacientes que receberam Tarceva (cloridrato de erlotinibe) tiveram um aumento na sobrevida mediana de 42% quando comparado àqueles que receberam placebo. O Tarceva não é considerado um quimioterápico e tem poucos efeitos colaterais, mas pode provocar diarreia e acnes em alguns casos. Sua dosagem é oral e na forma de comprimidos. O câncer de pulmão apresenta um aumento de 2% na incidência mundial a cada ano. Em 90% dos casos a doença está associada ao consumo de derivados de tabaco, principalmente o cigarro. Os principais sintomas deste tipo de câncer são tosse, dor no tórax, escarros com sangue, falta de ar e pneumonite (brônquio). Disponível em: <www.news.med.br/index.pl>. Acesso em: 25 jun. 2006.

³⁶⁷ Agravo de instrumento – Tutela antecipada – Fornecimento de medicação – Cabimento. Em atendimento a preceito constitucional (arts. 5.º e 196 CF), é direito do paciente com doença crônica obter o fornecimento de medicamento prescrito pelo médico, mesmo que não esteja registrado pela Anvisa. Obrigatoriedade do Estado na entrega da medicação que não pode ser afastada pela mera indicação de possibilidade de inscrição no programa de acesso expandido. Gravidade da doença (câncer de pulmão) que justifica o atendimento imediato do pedido da autora. Decisão mantida. Recurso negado (TJSP – 1.ª Câmara de Direito Público – processo 464.231.5/7 – rel. Danilo Panizza – j. 13.12.2005 – DJ 09.02.2006). Trecho do voto: O fato do medicamento solicitado não possuir registro junto ao Ministério da Saúde não elide o direito da autora em obtê-lo, posto que a legislação infraconstitucional citada pela agravante (Lei n. 6370/76, art. 12) não pode se sobrepor à Lei Maior, ainda mais para restringir direito que vise assegurar melhores condições de saúde ou ao menos atenuar o sofrimento da agravada.

Ademais, a própria agravante as fls. 07 menciona que o aludido remédio possui registro nos Estados Unidos da América, através de seu órgão responsável FDA – Food and Drug Administration, o que demonstra a existência de certificação da referida medicação, ainda mais em se considerando o país de origem do medicamento, cujos padrões de qualidade e rigor estão entre os mais altos do mercado internacional.

Igualmente não prospera a alegação de que o medicamento prescrito pelo médico, fls. 42, é contra-indicado à paciente, além de apresentar efeitos colaterais, posto que a agravante utiliza-se de tal subterfúgio como forma de não atender o pleito da agravada, caso contrário, o médico responsável, Dr. Otávio Gampel, encarregado do Setor de Oncologia do Hospital do Servidor Público Estadual, não o teria prescrito à agravada.

sempre ser examinado à luz de critérios de isonomia, ou seja, se há situação diferenciada, assim esta deve ser tratada, bem como que a determinação de fornecimento de medicamento não implica violação ao princípio da separação dos poderes³⁶⁸.

Constata-se que, em todas as ações acompanhadas, houve obtenção da tutela jurisdicional em sede de tutela antecipatória³⁶⁹, seja em primeiro grau, ou em grau de recurso. Dos 41 pacientes, 9 faleceram, dentre eles 6 morreram antes mesmo de obter a medicação. Verificou-se também que a demora no fornecimento dos medicamentos pelo Estado, depois de instado a cumprir a decisão judicial, apresentou uma tendência a diminuir. Nas primeiras ações o Estado cumpriu a decisão ultrapassados 90 dias e, nestes últimos meses, passou a fazê-lo em 60 dias, mas ainda não atende a efetividade do comando constitucional, pois revela-se excessivamente extenso para aqueles que aguardam a busca de sobrevivência. Nesse ponto, o Judiciário também tem sido atento e sempre que se configura abusiva a demora tem determinado o restabelecimento da ordem e do direito³⁷⁰.

³⁶⁸ Serviço público de saúde – Acesso igualitário e universal de todos os cidadãos – Princípio da igualdade, que deverá sempre ser examinado à luz de critérios de isonomia – Autor que corre risco de vida, se não lhe for fornecido medicamento pelo Estado – Concessão da antecipação dos efeitos da tutela – Decisão confirmada, com atenção aos arts. 196 e 227, da Constituição Federal, e 219, da Constituição Paulista – Medicamento que, ao ser prescrito, não possuía registro na Anvisa – Irrelevância – Obrigatoriedade de fornecimento que não pode ser afastada pela mera indicação de possibilidade de inscrição no programa de acesso expandido – Gravidade da doença autorizadora do atendimento imediato – Inaplicabilidade da Lei n. 6.360/76, a qual não pode se sobrepor à Lei Maior para restringir direitos – Superveniência da aprovação do medicamento que corrobora sua eficácia – Recurso improvido (TJSP – 3.ª Câmara de Direito Público – Processo 546.519.5/9 – rel. Antonio C. Malheiros – j. 11.07.2006). Trechos do voto: Tratamento diferenciado para caso diferenciado. [...]

Na verdade, apenas e tão-somente, tal Poder deve se fazer presente diante de irregularidades praticadas por outro, de inobservância a princípios constitucionais, como aqui ocorre. Nada a ferir a independência entre Poderes. O pedido foi acompanhado de relatório médico minucioso, idôneo e categórico, nada havendo que impeça sua prescrição, aprovada, inclusive nos Estados Unidos e União Européia, com eficácia comprovada pela conclusão de protocolos científicos internacionais. O Estado de São Paulo não compreendeu bem, o que é profundamente lamentável, que o que está em causa é o direito à vida, bem supremo, que é tutelado constitucionalmente. Não é suficiente, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento de um direito constitucional, para solapá-lo, em seguida, por meio de gestões de duvidosa eficiência e moralidade. É extremamente necessário que esses direitos venham a ser respeitados e implementados pelo Estado, destinatário do comando constitucional.

³⁶⁹ “Art. 273, CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e I – haja fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação [...].”

³⁷⁰ Vistos. Não foi fixado prazo para o cumprimento da ordem judicial, uma vez que a hipótese recomenda que o fornecimento deste medicamento seja o mais breve possível. Dentro dessa quadra, verifica-se que o prazo de 60 dias solicitado pela Administração Pública é incompatível com a urgência que o caso reclama. Assim sendo, em razão do ofício ter sido recebido em 26 de maio de 2006, determino que a aludida convocação do

A fundamentação das decisões proferidas³⁷¹ pelo Judiciário contribui sobremaneira para a consolidação e efetivação do direito assegurado constitucionalmente.

autor seja efetivada no prazo improrrogável de 72 horas da ciência desta decisão, sob pena de cominação de multa diária que, desde já, fixo em 300,00 reais, tendo por base o valor do tratamento apontado na inicial 8.000,00 mês (5.^a Vara da Fazenda Pública – Processo 583.53.2006.113392-8. Procedimento ordinário).

Vistos. 1. Com efeito, o prazo solicitado à fls. 93/94 é demasiado e a ré já tivera prazo mais que suficiente para dar cumprimento efetivo à medida concedida por este Juízo, não sendo dado ainda na hipótese olvidar que o bem a ser tutelado (vida) não pode estar sujeito a providências ou entraves burocráticos, sob pena de a demora implicar em total perecimento. Patente assim a possibilidade de lesão de difícil reparação e na verdade diante do quadro existente de lesão irreparável, já decorridos quase sessenta dias da determinação judicial, considerando o que foi informado na petição de fls. 125/126 e máxime diante do teor da declaração de fls. 127 deverá sua Excelência o Secretário de Saúde prestar celeridade e urgente prestação nos moldes a que já foi deliberado, fixado o prazo de cinco dias para esse fim, sob as penas da lei. É importante assinalar que a decisão monocrática não foi sobrestada pela Instância Superior, ao menos nenhuma notícia se tem nesse passo, de tal sorte que se afigura injustificável a demora no seu cumprimento. 2. Anoto ainda que, a partir do sexto dia e sem prejuízo do que foi consignado anteriormente, a ré estará sujeita ao pagamento de multa diária na forma do artigo 461, parágrafos 4.^o e 5.^o, do CPC, no equivalente a 10% do valor de mercado do medicamento em questão. 3. Expeça-se mandado para intimação pessoal da autoridade em referência com urgência, o mesmo ocorrendo após no tocante ao cumprimento do mandado pelo oficial de justiça do Juízo. O mandado deverá ser instruído com cópia do presente despacho, da petição de fls. 125/126 e documento de fls. 127. 4. Indiquem as partes, em cinco dias, as provas que pretendem produzir, justificando-as. 5. Cumpridos os itens acima, tornem à conclusão (6.^a Vara da Fazenda Pública – Processo 583.53.2006.114632-5. Procedimento ordinário).

³⁷¹ O direito à vida, constitucionalmente assegurado, pressuposto que é de todos os demais direitos e garantias individuais, vem expresso no art. 5.^o, *caput*, da Constituição Federal, não se autorizando seja tomado como mero princípio destituído de eficácia. Destaque-se que a Carta Magna insiste na garantia do direito à vida ao estatuir, no art. 196, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção. A Constituição Estadual repetiu a regra nos arts. 219 e ss. A lei que instituiu o Sistema Único de Saúde, finalmente, inseriu em seu campo assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica. Pertinente a transcrição, pela ordem, de trecho e ementa de v. acórdãos proferidos pela C. 8.^a Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento n. 154.102.5/3 e 165.232-5/1, em que funcionaram como relatores os ilustres Desembargadores Antonio Villen e Tereza Ramos Marques: “A matéria em discussão já foi apreciada por esta Câmara, no Agravo de Instrumento n. 149.767.5/5, Relator Des. Torres de Carvalho. Naquela oportunidade, ficou bem demonstrada a improcedência das alegações da Fazenda do Estado, reiteradas no presente recurso. Ao contrário do que ela afirma, a decisão agravada não é incompatível com a legislação que disciplina a antecipação da tutela. A Lei n. 8.952/94, que, alterando o art. 273 do Código de Processo Civil, introduziu o instituto no nosso ordenamento, não faz nenhuma ressalva no tocante à Fazenda Pública. Por outro lado, o caso concreto não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas na Lei n. 9.494/97, que estabeleceu restrições à concessão da medida antecipatória contra a Fazenda Pública. Não houve, portanto, infração aos referidos diplomas legais. O mesmo deve ser dito da norma contida no art. 475, II, do Código de Processo Civil, aplicável a sentenças, não a decisões interlocutórias. O argumento consistente na possibilidade de lesão aos cofres públicos, decorrente da irreversibilidade da medida, não pode ter o condão de afastar a proteção do bem maior, que é a vida humana. Considerando a delicadeza e a urgência que caracterizam as providências médicas adequadas ao tratamento da Aids, é de concluir que agiu corretamente o magistrado ao antecipar a tutela. Conforme esclarecido na petição inicial e não impugnado pela agravante, a realização do exame foi recomendada por médico do próprio Estado. Nada, portanto, justifica a protelação pretendida pela agravante, pois isso colocaria em risco a sobrevivência do agravado. Não se trata de ignorar o princípio de separação dos Poderes (art. 2.^o da CF), ou as normas e princípios que informam a Administração. Trata-se apenas de evitar o risco de dano irreparável – repita-se, consistente na possibilidade de perda de uma vida humana – mediante a concessão de medida que tem previsão no referido art. 273 do Código de Processo Civil. A decisão agravada nada fez senão assegurar a efetividade da obrigação do Estado de proporcionar o tratamento necessitado pelo agravado. Não procede, pois, a alegação de que a medida implica em usurpação

de atribuição do Executivo. Ela não significa preterição das prioridades estabelecidas pela Administração, nem desrespeito às normas da lei orçamentária. Conforme assentado no acórdão que decidiu o recurso anteriormente mencionado, “[...] Não cuida o orçamento de tais minúcias nem descreve, na alocação das verbas destinadas à saúde, quais e quantos exames de cada tipo podem ser feitos pelo administrador. O exame foi requisitado por médico do próprio Estado, que já vem cuidando do agravado; trata-se apenas de implementar o que o corpo técnico entendeu necessário e o corpo administrativo despreza”. De resto, a própria urgência da providência leva que se rejeite o alegado obstáculo representado pelas normas que disciplinam as licitações dos contratos de obras e serviços públicos. Por fim, as seguintes considerações, também extraídas daquele julgado, corroboram a improcedência do inconformismo manifestado pela Fazenda do Estado. “Não é o caso de definir neste momento, até pela sua impossibilidade, se tais exames salvarão a vida do agravado. Isso é tarefa para os médicos e para um Poder Maior que o nosso. Define-se, tão-somente e dentro da fragilidade humana, que o Estado não pode sonegar a quem o procura os meios usuais de tratamento.” “*Processo*. Tutela antecipada – Fazenda Pública – Medicamentos para tratamento de portador de HIV. O reexame necessário da sentença que condena a Fazenda Pública não impede sua sujeição a antecipação de tutela, decisão interlocutória de caráter provisório. A proteção da vida humana prevalece sobre a necessidade de se evitar a irreversibilidade do provimento. O Judiciário não invade a esfera de outro poder, quando apenas determina que o Executivo cumpra sua obrigação legal e constitucional. Negado provimento ao recurso.” O autor demonstrou carência de recursos e apresentou relatório médico pormenorizado, indicando a necessidade e urgência no recebimento da medicação prescrita, já aprovada pela Anvisa. Isto posto, defiro o pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar seja disponibilizado ao autor, no prazo de quinze dias, o que lhe foi prescrito pelo médico que o assiste, cumprindo comparecer mensalmente perante os pólos de alta complexidade em oncologia para recebimento da medicação prescrita e controle da adequada destinação. Cite-se. 1.^a Vara da Fazenda Pública – Int. 583.53.2006.123483-8.

Vistos. 1 – Josefa Maria de Souza promoveu ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela em face do Estado de São Paulo, a noticiar padecer de câncer do pulmão, cujo tratamento exige o uso do medicamento Tarceva 150 mg, todavia aponta não possuir recursos financeiros para adquirir tais bens. 2 – O relatório médico de fls. 32/34 demonstra a doença alegada, com suporte nos exames periciais realizados na autora juntados a fls. 27/31, enquanto a prescrição de fls. 35 assinala a necessidade dos bens, sem os quais será colocada em risco a saúde dela. 3 – Os artigos 196 e 198, inciso II, da Constituição da República assinalam que a assistência à saúde é dever do Estado, em todas as esferas de Governo, os quais deve assegurar o acesso universal às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação dos cidadãos, com seu atendimento integral. 4 – A dignidade da pessoa humana, conjunto de direitos fundamentais que inclui uma vida sem sofrimentos evitáveis, está tipificada dentre os fundamentos e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não podendo as referidas normas ser tratadas como programáticas, das quais não se extraem qualquer eficácia imediata. 5 – A autora aparenta não ter condições de custear o tratamento, não só pela declaração subscrita, como ainda pela condição de aposentada, mas, ainda que assim não fosse, o preço elevado do tratamento é eloqüente quanto ao fato de que poucos poderiam custear a compra dos bens, sem prejuízo do necessário para as demais despesas próprias de uma entidade familiar. 6 – Ante o exposto, considerando a relevância do fundamento e o risco de eficácia do provimento final, concedo a antecipação de tutela a fim de que seja fornecido à requerente o medicamento referido, nas quantidades expostas pelo médico assistente da autora (fls. 35). 7 – O medicamento deverá ser fornecido por prazo indeterminado, em quantidade e qualidade que poderá ser modificada a critério do médico que assistir a autora, a levar em conta a evolução da enfermidade e da ciência farmacêutica. 8 – O medicamento deverá ser disponibilizado junto à farmácia distribuidora de remédios localizada na sede da Secretaria Estadual da Saúde, caso não possa ser fornecido em local mais próximo da residência da autora, no prazo de dez dias, sob pena de incorrer em multa diária correspondente a R\$ 500,00 (quinhentos reais). 9 – Concedo o benefício da assistência jurídica ao requerente, por conta dos elementos já referidos nos autos. Anote-se. Cite-se, com intimação dos termos desta decisão pelo mesmo mandado. 1.^a Vara da Fazenda Pública – Int. 583.53.2006.123310-0.

Trata-se de ação em que se pleiteia fornecimento de medicamento, com pedido de antecipação de tutela, a qual é ora deferida, posto que presentes os requisitos legais. De fato, o *fumus boni juris* reside no direito do cidadão ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, a teor dos arts. 5.^o e 6.^o e 196 da Constituição Federal, além da Lei Federal 8.080/90. O *periculum in mora* está configurado pela urgente necessidade do fornecimento do citado medicamento, que, de acordo com os autos, é necessário e recomendado para o combate ao mal. Assim, fica deferida a medida para que o medicamento elencado na inicial seja fornecido no prazo de 10 (dez) dias, segundo prescrição médica, ficando a ré autorizada a efetuar exames na autora para melhor análise, constatação e acompanhamento do caso [...]. 7.^a Vara da Fazenda Pública – 583.53.2006.121491-5.

As decisões judiciais proferidas nas referidas ações reconhecem especialmente que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, bem como que ao Estado não é dado o direito de escusar-se ao cumprimento da norma constitucional e legal mediante a singela alegação de ausência de previsão em orçamento ou necessidade de providência burocrática para a disponibilização do medicamento. Do mesmo modo que assegurar o direito à vida a uma pessoa, proporcionando-lhe medicação específica que lhe alivia até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, não é antecipar a tutela jurisdicional por meio de medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência³⁷².

Vistos. Cuida-se de ação ordinária pelo qual busca o autor, portador da doença crônica que refere, ver fornecido o medicamento e insumos necessários ao seu tratamento. Decido. Sendo comum a competência dos entes públicos (União, Estados e Municípios) no dever de cuidar da saúde, prestar assistência pública, dar proteção e garantia às pessoas portadoras de deficiências, invocando-se, para tanto, dispositivos da Constituição Federal (arts. 5.º; 23, II; 196); da Constituição Estadual (arts. 289, III; 292; 293, XVIII, e 299); da Lei n. 8.080/96, que implantou o SUS – Sistema Único de Saúde (art. 2.º) e da Lei n. 9.313/96 (vide: José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária), viola os direitos constitucionais à vida e à saúde a limitação de fornecimento de medicamentos. E isso até porque, como anota a jurisprudência, “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa 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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (*RTJ 171/326-327*, rel. Min. Ilmar Galvão; 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, v.g.). Não se pode pois obstar o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação da própria vida, cabendo ao Estado cumprir seu dever político-constitucional, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde (CF, art. 5.º, *caput*, e art. 196). Pelo exposto, *defiro* a medida reclamada e *determino* a dispensação do medicamento e insumos referidos, segundo a prescrição apresentada, enquanto perdurar a necessidade para o tratamento, facultada a dispensação de medicamento genérico, desde que confirmada a identidade de propósitos terapêuticos. Defiro os benefícios da Lei 10.173/01. Anote-se. Sem prejuízo, recolha o autor a diligência de Oficial de Justiça. Processe-se, após *cite-se* a ré para, querendo, responder aos termos da ação. 10.ª Vara da Fazenda Pública – Int. e Prov. 583.53.2006.119915-7.

Vistos. Concedo ao autor os benefícios da gratuidade. Anote-se. Presentes os requisitos legais, à vista do relatório e receituário médicos anexados aos autos (fls. 26/27 e 32), concedo a tutela antecipada para que a ré, por sua Secretaria de Saúde, forneça ao autor medicamento mencionado na inicial, na quantidade e enquanto dele necessitar, sempre sob prescrição médica. Assinalo o prazo de trinta dias para a entrega. Oficie-se ao Secretário de Saúde para cumprimento da tutela, no referido prazo, sob as penas da lei. Cite-se e intime-se a ré da concessão da tutela. 6.ª Vara da Fazenda Pública – Int. 583.53.2006.120626-7. Antonio José Sanches.

³⁷² TJSP – 8.ª Câmara de Direito Público – AI 280.991.5/3 – Rel. Des. José Santana – j. 14.08.2002. Agravante: Fesp. Agravada: AMK (menor). Tutela antecipada. Fornecimento de medicamentos de alto custo a

O que se apura do controle jurisdicional no levantamento efetuado é que em 100% dos casos o Poder Judiciário cumpriu o seu papel em busca da Justiça. Ainda que esta não tenha sido efetivada logo em primeiro grau, foi restabelecida em grau recursal. Assim, pode-se afirmar que o controle é eficaz e atende aos reclamos sociais e restabelece a dignidade da pessoa humana, como nos ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Cumpra afirmar que a Justiça somente é passível de concretizar-se, tornar-se o dia-a-dia de cada pessoa, se a dignidade for atendida em sua plenitude em relação à humanidade. Afinal, toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

A justiça, como o seu inverso ou a sua ausência, que é a injustiça, toca um sentimento do homem. A dignidade e o seu contrário, que é a indignidade também.

O tratamento justo e digno conforma; a injustiça, como a indignidade, transtornam o ser humano e o atingem em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou outra é sempre de revolta, desespero ou amargura; é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento do que se deflagra.

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade humana. Esta não se funda naquela, antes, é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal³⁷³.

A consagração do direito à saúde para todos decorre de um processo evolutivo de compreensão e deve conferir o importante papel que tem sido exercido pelo Judiciário, para restabelecer a ordem jurídica nas demandas acerca dos pedidos que exigem, especialmente, o fornecimento do insumo essencial desta assistência farmacêutica, ou seja, o medicamento.

hipossuficiente, não disponível na rede pública de saúde. Necessidade e urgência da provisão jurisdicional. Requisitos presentes, na hipótese, art. 273, CPC. Recurso improvido.

³⁷³ Vida digna: direito, ética e ciência, p. 30.

O dever do Estado na assistência farmacêutica à saúde é cumprir a Constituição Federal e a legislação atinente à questão, garantindo a integralidade do atendimento.

Ao Judiciário comporta sopesar os bens jurídicos postos em discussão e nesta análise proteger o bem violado de maior importância, qual seja a saúde do jurisdicionado, que por uma omissão estatal terá um desfecho fatal.

Se o Estado não efetua a devida valoração dos bens jurídicos, cabe ao Judiciário fazê-lo, como se verifica da decisão proferida no Estado de Santa Catarina³⁷⁴, que obrigou este a fornecer gratuitamente medicação e o tratamento aos portadores de neuropatia lombossacral, residentes na região de Joinville, mesmo que para isso tivesse que utilizar 1% da verba estadual destinada à publicidade.

³⁷⁴ *Governo catarinense é obrigado a utilizar verbas publicitárias para custear tratamento de saúde* Segunda, 1.º.03.2004. O Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4.ª Região, negou, na última sexta-feira (27.02), recurso (agravo de instrumento) ajuizado pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão da Justiça Federal de Florianópolis que obriga o governo a fornecer gratuitamente a medicação e o tratamento a portadores de Neuropatia Lombossacral residentes na região de Joinville, mesmo que para isso seja preciso utilizar 1% da verba estadual destinada à publicidade. No início de dezembro, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma ação civil pública, com pedido de liminar, para obrigar a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Joinville a disponibilizar, imediatamente, a medicação necessária aos pacientes. Um dos remédios usados contra a doença, o Gabapentina 300 mg (Neurotim 300 mg) não é fornecido pelos órgãos de saúde. O valor médio das despesas com o tratamento, por pessoa, é de R\$ 296,00 mensais. Segundo o MPF, “a doença é extremamente incapacitante, o que tornaria os portadores incapazes para o trabalho, fazendo-os ingressar prematuramente como beneficiários da Previdência Social, o que acarretaria custo ainda maior para o Estado”. O Estado de Santa Catarina foi citado e se manifestou contrário à participação do MPF no processo. Argumentou que cabe à União o fornecimento do medicamento através do SUS, e que uma decisão judicial concedendo a liminar poderia “gerar resultados catastróficos à população carente que enfrenta outras enfermidades”. Para os procuradores estaduais, a administração já tem as verbas da saúde comprometidas no orçamento. Também alegam que uma liminar obrigando o governo a fornecer tratamento gratuito a tais pacientes configuraria “uma intervenção do Judiciário”. O juiz federal substituto Eduardo Didonet Teixeira, de Florianópolis, concedeu a liminar em regime de plantão no dia 31 de dezembro. Segundo o magistrado, a falta do medicamento pode trazer seqüelas irremediáveis aos doentes. Na decisão, Teixeira estipulou um prazo de cinco dias para a o início das providências, com multa diária de R\$ 10 mil por paciente desatendido. Ele requereu ainda um relatório a ser enviado para a Justiça Federal, a cada 60 dias, informando sobre as medidas efetivadas. Quanto à argumentação de ausência de previsão orçamentária, utilizada pela advocacia do Estado, Teixeira determinou que 1% da verba orçamentária destinada à publicidade seja realocada para custear a medicação e o tratamento dos portadores de Neuropatia Lombossacral. O Estado de Santa Catarina recorreu ao TRF, mas Lippmann manteve a vigência da liminar. “A decisão não merece qualquer reparo e hoje em dia concebe-se ao Poder Judiciário adentrar no exame inclusive das políticas públicas, como decorrência dos princípios constitucionais”, concluiu o desembargador. AI 2004.04.01.009428-8/SC.

CONCLUSÃO

Diante da complexidade do tema pertinente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, pode-se considerar pretensiosa a intenção de, em trabalho desta envergadura, apresentar conclusões. O que se tem como tal são, contudo, considerações finais, que são alinhavadas a seguir:

1. A preocupação com a saúde remonta à Antigüidade, tratando-se de um conceito que foi sendo construído, prevalecendo a acepção adotada pela Organização Mundial da Saúde, que a concebe como o “completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou outros agravos”.

2. O texto constitucional pátrio encampou o conceito de saúde, proclamando em seu art. 196 ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

3. Para tanto, criou o art. 198 da Constituição Federal o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual participam de maneira conjunta todas as unidades da federação, sendo financiado por toda a sociedade, de forma direta ou indireta. O referido sistema único tem por princípios informadores a universalidade, a integralidade e o princípio da igualdade nas ações e serviços de saúde, além de outros princípios específicos do SUS que foram elencados em outras disposições constitucionais e na própria Lei Orgânica do SUS, tais como o princípio que faculta o administrado a eleger opções diagnósticas e terapêuticas; o princípio da unicidade; da participação popular; princípio da solidariedade no financiamento, ou da diversidade da base de financiamento; princípio da vinculação dos recursos orçamentários; princípio da ressarcibilidade ao SUS; princípio da prevenção e precaução; princípios gerais; princípio do não-retrocesso; da beneficência e da justiça.

4. Da análise do direito estrangeiro trazida a lume, ficou claro que são muitos os países que têm o reconhecimento ilimitado do direito à saúde, restando evidenciado que atribuir ao Estado o dever integral de assegurar o direito à saúde, como se fez no Brasil, não é inédito nem desarrazoado.

5. A legislação infraconstitucional, especialmente as Leis 8.080/90 e 8.142/90, determina as condições para a atuação do Estado na promoção, proteção e recuperação da saúde, cabendo-lhe oferecer assistência universal, plena e integral. O direito à saúde caracteriza-se como uma prestação positiva do Estado e, nesse contexto, o que se verifica quanto a sua eficácia é que deve ser tida como norma de eficácia plena.

6. A prestação positiva do Estado também importa no direito de o seu titular exigir do Poder Público alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, exame laboratorial, internação hospitalar, fornecimento de medicamento gratuito, enfim, qualquer benefício ligado à saúde.

7. Na esfera de prestação de serviços de saúde fornecidos pelo Estado, a assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão e a recuperação do paciente muitas vezes depende da utilização de algum tipo de medicamento. Esse medicamento é o insumo essencial para a efetivação da atenção à saúde e, nessa circunstância, o direito consagrado constitucionalmente só será efetivamente implementado se o paciente obtiver o acesso ao medicamento.

8. As políticas públicas entendidas como as ações estatais exercidas diretamente pela Administração, visando concretizar os direitos sociais, podem estabelecer diretrizes para o fornecimento de medicamentos gratuitos, desde que não violem os direitos subjetivos do administrado e que a eleição de prioridades, encontre respaldo na devida valoração dos bens protegidos.

9. A denominada *reserva do possível* constitui um obstáculo levantado pelo Estado para restringir a plena eficácia do direito à saúde; no entanto, a interpretação da referida denominação não deve se dar nos moldes invocados no Brasil de que

não há recursos públicos para atender a demanda de fornecimento de medicamentos. Por seu turno, nos termos das decisões da Corte Constitucional alemã, origem da designação, tal denominação exige a comprovação da impossibilidade prestacional do Estado para o atendimento de demanda.

10. Não se olvida aqui que a impossibilidade muitas vezes pode existir, mas não pode esta servir de argumento para a não-efetivação de direitos consagrados constitucionalmente quando o Estado não a comprova.

11. Tal discussão ganha ainda maior relevo quando se analisa essa questão aliada à falta de iniciativa de implementação dos ditames constitucionais de destinação de recursos. A Constituição Federal vincula as receitas públicas ao atendimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, razão pela qual o orçamento deve discriminar tais verbas, a fim de viabilizar e facilitar o controle no cumprimento das metas e objetivos fixados nos planos plurianuais. E o que se constata é o descumprimento do mínimo exigido de destinação de receitas, especialmente por não implementar o previsto na EC 29. Assim, não pode a Administração Pública furtar-se de atender às demandas sob a alegação de falta de recursos orçamentários.

12. No direito à saúde é possível falar em exercício de competência discricionária, especialmente quando do estabelecimento de políticas públicas para o fornecimento de medicamentos. Contudo, não se admite a restrição de direitos consagrados constitucionalmente.

13. Embora o Estado possa implementar políticas públicas de saúde e estar permeado por ampla discricionariedade, no caso concreto não há margem de liberdade ao agente público, eis que este se encontra vinculado à finalidade imposta pela Constituição Federal, dentre elas o direito à vida, à integridade física e mental, à dignidade humana.

14. O usuário de serviço público tem direito subjetivo de exigir, contra a atuação administrativa como garantia fundamental do direito do Estado, a proteção judicial para afastar qualquer ação administrativa que viole os princípios e regras

balizadoras da ação, independentemente de previsão orçamentária ou presença do medicamento em lista divulgada pelo Ministério da Saúde. O não-recebimento de medicamento viola o direito do usuário do serviço público e por essa razão está sujeito ao controle.

15. O controle das políticas públicas de saúde é possível, visto que, não obstante se tratar de uma questão aberta, verifica-se que a discricionariedade, porventura existente, apresenta limites, restringindo-se a um campo delimitado pelos princípios constitucionais, que fixam os contornos da atuação do agente público. Nesse contexto, apresenta-se de suma importância o papel exercido pela sociedade, Poder Judiciário e Ministério Público.

16. Na hipótese de omissão ou abstenção do Poder Público no cumprimento de seu encargo assistencial, ou mesmo na ocorrência de política pública que se revele insuficiente ou defeituosa, a pessoa prejudicada tem acesso ao Poder Judiciário, utilizando-se dos meios jurídicos adequados, para compelir o Estado a fornecer a prestação de medicamentos, sem que tal signifique a indevida intromissão entre as funções estatais. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, tem o dever de implementar os comandos constitucionais, garantindo o direito à saúde e restabelecendo a ordem jurídica, ainda mais porque há viabilidade econômica das demandas da saúde, especialmente se os ditames constitucionais quanto ao custeio forem respeitados.

17. Os precedentes jurisprudenciais demonstram, à sociedade, a proteção aos direitos à saúde e consolidam a sua eficácia. Tais decisões revelam a conscientização da sociedade no importante papel que o Estado exerce na proteção dos direitos postos em conflito. Assim, mostrou-se a importância do Estado em sopesar os bens jurídicos em conflito, com todos os pormenores da realidade, atentando-se, especialmente, para o fato de que a saúde e o fornecimento de medicamento como insumo essencial é um dever do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1.^a edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AGUILLAR, Fernando Herrer. *Direito econômico*. Do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- ALESSI, RENATO. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. t. I.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1988.
- . ———. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros. 1996.
- . *República e Constituição*. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. Malheiros: São Paulo, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.
- . Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 27-38, jan.-mar. 1983.

———. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

———. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 233-256, jan.-jun. 1983.

———. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 3, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 83-103, abr.-jun. 2005.

———. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, jul.-set. 2000.

———. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*, Rio Grande do Sul, n. 19, p. 51-80, maio/jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: ———. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 369.

———. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23.

BIASOTO JUNIOR, Geraldo. A universalização e a construção do SUS. In: GIAMBIAGI, Fabio; URANI, José Guilherme Reis de André (Org.). *Reformas no Brasil. Balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 457-479.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

———. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: ——; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 126.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, v. 16, p. 173-177, jul.-set. 1996.

BUSS, Paulo Marchiori. Medicamentos na reforma do setor saúde: em busca da equidade na América Latina. In: BERMUDEZ, José Antonio Zepeta; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *Medicamentos e a reforma do setor de saúde*. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 15-28.

CAMBIER, Cyr. *Droit Administratif*. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1968.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].
- CARVALHO; Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *SUS – Sistema Único de Saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde. Leis n. 8.080/90 e 8.142/90. 4. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2006.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 2, p. 15-31, jul. 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Dicionário de direitos humanos*. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Dignidade>>. Acesso em: 8 ago. 2006.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O medicamento em direito público. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 167-171, mar. 2002.
- . Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do Município no desenvolvimento de políticas de saúde. *Revista da Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, n. 5, p. 401-405, out. 1991. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013>. Acesso em: 15 jun. 2006.

———. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DICIONÁRIO LATINO-PORTUGUÊS. 10. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

———. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DOMINGUES, Guilherme Moro. Os serviços públicos em face da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais. In: COSTADELLO, Ângela Cássia (Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 81-96.

DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. p. 86-96. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul: Notadez, ano 3, n. 9, p. 86-96, jan.-mar. 2001.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. v. 2.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 47-70, abr.-jun. 1954.

FAVERET, Ana Cecília de Sá Campello. A vinculação constitucional de recursos para a saúde: avanços, entraves e perspectivas. *Ciênc. Saúde Coletiva*, v. 8, n. 2, p. 371-378, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200004&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1413-8123. doi: 10.1590/S1413-81232003000200004>.

- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 181.
- FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 7, p. 65.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.
- . *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- . Princípio da legalidade. *Revista Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 10, p. 9-20, jun. 1977.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A saúde na Constituição e as operadoras de planos de saúde. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 171.
- . *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.
- FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 11, p. 13-26, jul.-set. 2001.
- FRINCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1 e 2.
- GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 64-67, abr.-jun. 1996.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *A participação da comunidade como diretriz do SUS: democracia participativa e controle social. A inconstitucionalidade das leis que estabelecem os gestores de saúde como presidentes natos dos conselhos*. Monografia final de curso. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Orientadores Msc. Márcio Lório Aranha e Especialista Lenir Santos. Disponível em: <http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_atividades/saude/monografia_gavronski.PDF>. Acesso em: 18 fev. 2006.

———. *O dever estatal de assistência farmacêutica na visão do Ministério Público*. Palestra no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 05 e 06.12.2005.

GELIS FILHO, Antonio. *Sistemas de saúde e Constituição*. Disponível em: <[ww.opas.org.br/servico/arquivos/Sala5549.pdf](http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Sala5549.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2006.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 107-207.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 39, p. 132-144, abr.-jun. 2002.

———. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista do Instituto Toledo de Ensino*, Bauru, v. 24, p. 61-115, dez.-mar.1998.

- . Devido processo legal e o procedimento administrativo. *BDA*, n. 1, p. 25-36.
- . *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 13-14.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26/99, p. 115-136.
- . *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. São Paulo: RT, 1981.
- LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 245.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MENDES, Áquilas. *Financiamento da saúde: quando as tensões permanecem...* Disponível em: <www.abrasco.org.br/Inicial/Movimento>. Acesso em: 3 jan. 2006.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. I. Parte geral. Coimbra: Almedina, 1998. t. I.
- MOCCIA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva. *O direito a saúde e a responsabilidade do Estado*. 2005. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 127.
- MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de

“Serviço Público”, “Serviço de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 433-486.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 231.

OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, n. 13, abr.-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 jan. 2006.

OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática do direito administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal 15 anos*. São Paulo: Método, 2004. p. 153-154.

PACHECO JÚNIOR, Nelson Ivan Pientzenauer. Direito e políticas públicas de saúde. Heloísa Helena Barboza (Coord.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 193-223.

PEDROT, Philippe. *Ethique, Droit et dignité de la personne*. Paris: Econômica, 1999.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva. 2006.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004,

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o direito à vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade. In:

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 280.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio do poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out.-dez. 1946.

———. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 41, p. 89-96, 1965.

RECH, Noberto. *A assistência farmacêutica hoje*. O que o SUS oferece. Público atingido e custos. Palestra proferida no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 05 e 06.12. 2005.

RELATÓRIO ANUAL SAÚDE NO BRASIL. p. 32. Disponível em: <www.opas.org.br/sistema/arquivos/SAUDEBR.PDF>. Acesso em: 18 set. 2006.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ——— (Coord.). *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde*. Direito sanitário na perspectivas dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Agências reguladoras*. Trabalho não publicado.

———. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSENBERG, Felix J.. Mecanismos legais de controle da segurança do medicamento. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 1, p. 102-113, mar. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- . Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, n. 12, p. 101.
- . *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 1, p. 27-p. 38, mar. 2001,
- . *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athenes: LGDJ, 1954.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ; CÂMARA, Jacintho Arruda. Indústria farmacêutica e regulação. O caso dos medicamentos similares. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 5, p. 29-42, jan.-mar. 2004.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária. Interesse público. *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 25, p. 27-75, maio-jun. 2004.

TRUCHET, D. *Les fonctions de la notion d'intérêt general dans la jurisprudence da Conseil d'État*. Paris, LGDJ, 1977.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)