

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Liliane Kiomi Ito Ishikawa

A assistência farmacêutica na prestação de serviço público  
de saúde e a legislação consumerista

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2008

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Liliane Kiomi Ito Ishikawa

A assistência farmacêutica na prestação de serviço público  
de saúde e a legislação consumerista

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, como exigência parcial para obtenção de título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, área de concentração em Direitos Difusos e Coletivos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

São Paulo

2008

Banca Examinadora

---

---

---

Ao Marcelo, pelo seu amor e apoio,  
Ao Lucas, Alexandre e Maurício, pela compreensão.

## AGRADECIMENTOS

São várias as pessoas que contribuíram de forma direta ou indireta na realização deste trabalho. A todas elas registro meu agradecimento e dentre elas, em especial:

À Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, que admiro por sua inteligência, sapiência e sagacidade. Sem os seus ensinamentos, a sua amizade, confiança e orientação esta trilha não teria sido sequer iniciada, já que foi por seu incentivo que retornei ao meio acadêmico.

À querida Martha Cecília Lovízio, grande amiga de longa data, por seu apoio constante e incondicional, auxiliando-me em todos os momentos, na vida profissional, pessoal e até mesmo acadêmica, ajudando a revisar os textos. Sua amizade é essencial e foi fundamental para a realização do curso de mestrado.

À notável amiga Maria Clara Falavigna, que tive oportunidade de conhecer há pouco tempo, mas desde então me incentivou e apoiou, indicando bibliografias e sempre se mostrando disponível e pronta para discutir as idéias de maneira exigente, criativa e crítica. Essas conversas, com certeza, deram o norte a este trabalho e foram primordiais para a sua realização.

Às estimadas amigas Célia Maria Cassola e Maria Beatriz Lazarini, pelo permanente apoio e incentivo, que foram essenciais para a superação das dificuldades surgidas na realização desta dissertação.

À querida Patrícia Ulson Pizarro Werner, pelo auxílio através de livros, discussões, sugestões e troca de idéias sobre a questão dos direitos sociais e os caminhos possíveis a serem trilhados para a realização dos deveres prestacionais do Estado.

À Procuradoria Geral do Estado, cujo auxílio no custeio do mestrado e a realização de cursos através do Centro de Estudos, foram relevantes para a retomada à vida acadêmica.

À minha dedicada irmã Suely e meu cunhado Alexandre que apesar da distância, apoiaram-me na concretização deste trabalho e auxiliaram na tradução do resumo e na revisão dos textos.

Às queridas irmãs Érica, Lumi e Naomy, que sempre apóiam e incentivam as minhas empreitadas.

Aos meus filhos Lucas, Alexandre e Maurício que souberam compreender as minhas ausências e as suportaram sem reclamar muito. Saibam que foram significativas as tentativas de me auxiliar, discutindo algumas das idéias aqui desenvolvidas, que com freqüência saíam da tela do computador e tornavam assunto das animadas conversas na hora das refeições.

Ao Marcelo, meu alicerce, pelo incondicional e firme apoio demonstrado através de suporte emocional e material, com assunção dos deveres domésticos, que foram fundamentais para a realização do trabalho. Seu companheirismo, carinho e amizade são essenciais para a concretização dos meus desafios, dentre os quais, este foi certamente o mais árduo.

Aos meus pais, que sempre me incentivaram, acreditaram e me ensinaram a ser perseverante na luta pelos meus objetivos.

## RESUMO

O novo papel do Estado trazido pela atual Constituição Federal (CF), compelindo-o a não só garantir, como também efetivar os direitos sociais, leva a uma nova problemática até então inexistente, qual seja, a de como ele deve cumprir a tarefa de provedor desses direitos de natureza distributiva, a que todos fazem jus. Apesar de não ser uma atribuição tão nova, existem incertezas e interpretações díspares quanto à sua abrangência e especialmente à forma de se exigir o seu cumprimento.

O enfoque do trabalho é o papel do Estado no tocante ao dever de saúde constante na CF, indagando se nesse dever está incluída a prestação de assistência farmacêutica e se é possível exigir medicamentos do Poder Público, utilizando-se das garantias e vantagens estipuladas na legislação consumerista.

Para estudo dessa atribuição e aferição de sua abrangência, procura-se fazer um exame sobre o que seria o direito à saúde e conjecturar quanto à forma de sua efetivação, realizando uma análise crítica da interpretação desse direito pelo Poder Judiciário, que em geral analisa as lides sob a ótica individualista, aplicando-se a justiça comutativa, sem considerar que se trata de um direito social, destinado a toda a sociedade, em que a regra a ser aplicada deveria ser a da justiça distributiva.

Ao final, faz-se uma análise entre a conclusão do trabalho e as demandas por medicamentos formuladas pela população, levando-se em consideração tratar-se de um direito de toda a sociedade e que o homem e a sua dignidade é o paradigma estabelecido como central na CF.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Assistência farmacêutica. Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana.



## ABSTRACT

The new role of the State which was brought forth by the current Federal Constitution (CF) compels that it not only guarantee, but also put the social rights into effect. This lead to a new set of problems that had not existed before, such as how to provide the rights of distributive nature that everyone is entitled. Although this is not a new responsibility, it still presents uncertainties and distinct interpretations concerning its scope, especially regarding the way to require the accomplishment of this new responsibility.

This work discusses the role of the State concerning the “duty of health”, included in the CF. Primarily questioning if pharmaceutical assistance services, and the right of medicines to be provided by the State, are included in “duty of health” based on the warranty and advantages guaranteed by the Consumer Legislation.

To study this State responsibility and its scope, this work discusses what would be the right of health and conjecture as to the form of its effectiveness, by performing a critical analysis of the interpretation of that right by the Judiciary power. This generally considers the conflicts under the individual perspective, according to Commutative Justice, without taking into the consideration that it is Social Law, applied to the whole society, where the rule to be applied should be Distributive Justice.

Finally, this work analyzes the conclusion reached and the demand for drugs presented by the people, in an attempt to formulate a practical applicability, while considering that it is a right f the whole society, and that man and their dignity is the paradigm established as the central by the CF.

Key words: Health Rigths. Consumer Law. Pharmaceutical Assistance Services. Dignity of the Human Person.

## SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO .....	13
II. DEFINIÇÃO DE SAÚDE E SUA ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL.....	20
1. Evolução da definição de saúde .....	20
2. Conceito constitucional de saúde no Brasil.....	25
3. Saúde como decorrência do direito à vida. ....	28
4. A dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição .....	29
5. Objetivos da República Federativa do Brasil .....	35
6. Dos direitos fundamentais .....	37
6.1. Histórico dos direitos fundamentais: .....	37
6.2. Classificação dos direitos fundamentais. ....	40
6.3. Finalidade e abrangência. ....	45
7. Direito à saúde – um direito social. ....	47
7.1. Direitos Sociais .....	47
7.2. Direito à Saúde.....	51
III - POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE .....	57
1. Breve análise da evolução do Estado .....	57
2. O modelo de Estado brasileiro .....	59
3. Dever do Estado na prestação dos serviços de saúde.....	61
4. Breve análise do direito comparado .....	64
5. Políticas públicas.....	77
6. Políticas públicas de saúde .....	82
7. Reserva do possível.....	87

IV - EVOLUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL, SURGIMENTO DO SUS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA .....	97
1. Da seguridade social.....	97
2. Histórico da seguridade social.....	98
2.1. Evolução da Seguridade Social.....	98
2.2. Evolução da seguridade social no Brasil. ....	100
3. A Saúde, na seguridade social – retrospecto histórico .....	103
3.1. Breve histórico da prestação do serviço de saúde.....	103
3.2. Evolução nacional da prestação dos serviços de saúde .....	104
4. Sistema único de saúde .....	108
4.1. O surgimento do SUS .....	108
4.2. O modelo do SUS. ....	109
4.3. Princípios norteadores do SUS. ....	111
4.4. A Lei Orgânica Saúde - LOS .....	115
4.4.1. Disposições gerais .....	115
4.4.2. O sistema único de saúde .....	116
4.4.3. Dos serviços privados de assistência à saúde.....	117
4.4.4. Dos recursos humanos .....	117
4.4.5. Do financiamento .....	118
4.5. Participação da comunidade na gestão do SUS e transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde – Lei n. 8.142.....	121
5. Assistência farmacêutica. ....	123
5.1. Início da assistência farmacêutica.....	123
5.2. Programa de assistência farmacêutica. ....	125
5.2.1. Seleção de medicamentos para dispensação.....	128
5.2.2. O sistema de saúde, após a implantação do SUS. ....	133
V – O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEDICAMENTOS .....	137
1. Função do Poder Judiciário .....	137
2. O Poder Judiciário e o direito à saúde fundamentando o pleito fornecimento de medicamentos.....	138
3. Ações propostas no Judiciário calcadas no direito à saúde manejando pleito de medicamentos.....	150
4. Decisões do Poder Judiciário e as políticas públicas de saúde .....	152

5. Os serviços de saúde antes e depois da Constituição Federal de 1988 e as decisões do Poder Judiciário.....	163
6. Influência do Poder Judiciário no incremento e na efetivação das políticas públicas de saúde.....	166
<b>VI – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A POLÍTICA NACIONAL DE CONSUMO EM MATÉRIA DE SAÚDE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....</b>	<b>170</b>
1. O Código de Defesa do Consumidor.....	170
2. Política nacional de relações de consumo do código de defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor .....	175
3. Atuação Estatal na Política Nacional de Relações de Consumo.....	184
4. Agências Reguladoras.....	187
4.1. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.....	190
4.2. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.....	191
<b>VII - ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO .....</b>	<b>194</b>
1. Prestação de serviço público .....	194
2. Prestação de serviço público e relação de consumo.....	197
3. Serviço público de saúde e relação de consumo.....	204
4. Assistência farmacêutica e legislação consumerista .....	209
5. O consumidor e o direito à assistência farmacêutica.....	213
<b>VIII – CONCLUSÃO.....</b>	<b>221</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>228</b>

## ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AIS – Ações Integradas de Saúde

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Apud – citado por

Art. – artigo

CF – Constituição Federal

CAPS – Caixas de Aposentadorias e Pensão

CCAA – Serviços de Saúde das Comunidades Autônomas

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEME – Central de Medicamentos

Cf. – confira-se, confronte

CLPS – Consolidação das leis da previdência social

Cmed – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

CNS – Conferência Nacional de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar

CPMF – Contribuição provisória sobre movimentação financeira

DCB – Denominação Comum Brasileira

DCI – Denominação Comum Internacional

DJ – Diário da Justiça

DOE – Diário Oficial do Estado

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente  
EUA – Estados Unidos da América  
FDA – Food and Drug Administration  
FUNRURAL – Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural  
IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social  
IAPS – Institutos de Aposentadorias e Pensões  
Ibidem ou ibid – na mesma obra  
Id.ou idem – mesmo autor  
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano  
INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social  
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social  
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social  
ISO – International for Standardisation Organization  
LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social,  
LOS – Lei Orgânica da Saúde  
MONGERAL – Montepio Geral dos Servidores do Estado  
MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social  
NBRs – Normas Técnicas Brasileiras  
NOB – Normas Operacionais Básicas  
OMS – Organização Mundial da Saúde  
ONU – Organização das Nações Unidas  
Op. Cit. – obra citada  
Org. – organizador (a)  
PCDT – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas  
PIASS – Programa de Interiorização das Ações de Saúde  
PIB – Produto Interno Bruto  
PNS – Plano Nacional de Saúde  
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos  
SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social  
SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde  
SUS – Sistema Único de Saúde  
Trad - Tradução

## I. INTRODUÇÃO

Gozar de boa saúde é um estado essencial e desejado por todos para que se possa bem fruir os bons momentos que a vida nos oferece.

O assunto saúde, por se tratar de um estado personalíssimo e pertencente a todos, da qual igualmente estão sujeitos a vê-la abalada ou maculada por fatores diversos como acidentes, doenças físicas ou psicológicas, atingem o maior medo, dos seres humanos, que é o medo da morte. Ela é um acontecimento certo, inafastável e temido, e justamente esse temor dificulta fazer-se um estudo racional e técnico sobre qualquer matéria que possa levar, ainda que de forma indireta, a esse evento. A morte é algo que as pessoas procuram a todo custo afastar, ignorar e evitar; de modo que qualquer ato que possa levar a sentirem-se responsáveis pelo seu advento, ainda que de alguém desconhecido, causa dor, embaraço, temor e remorso.<sup>1</sup>

Podem-se discutir vários direitos sociais, como a educação, a assistência social, o trabalho, o lazer, que assim como a saúde, são deveres prestacionais do Estado. Por exemplo, o sistema educacional público convive com o privado, mas o acesso às universidades públicas, muito embora permita-se a tentativa de acesso a todos, são poucos os que conseguem nelas ingressar em razão de necessidade de passarem por filtros seletivos, decorrente do número limitado de vagas, que permite o acesso a poucos. Não se questiona,

---

<sup>1</sup> Consoante Carlos R. Del Nero, a economia tem um convívio muito difícil com as profissões do campo da saúde, muitas vezes em razão das formas diversas com que consideram a assistência à saúde. Tradicionalmente, as profissões de saúde concentram-se na ética individualista, segundo a qual a saúde não tem preço e uma vida salva justifica qualquer esforço, enquanto que a economia fixa-se na ética do bem comum ou ética do social. Disso decorre o conflito entre economistas e profissionais de saúde no que concerne à gestão eficiente dos serviços de saúde. O que é Economia da Saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco e VIANNA, Solon Magalhães (Orgs.). *Economia da Saúde: Conceito e Contribuição para a Gestão da Saúde*. Brasília: IPEA, 1995, p. 5.

pelo menos da mesma forma que na saúde, quando não se consegue ser selecionado para frequentar essas universidades, pois são regras gerais aplicadas em condições de igualdade.<sup>2</sup>

No entanto, com relação à saúde, justamente por se tratar de estado de um ser humano que se encontra intrinsecamente ligado ao direito à vida, de manter-se vivo, é muito difícil a análise e o julgamento imparcial, pois tem-se como consenso que todos os esforços devem ser envidados para a manutenção desse direito, que inclusive é garantido na seara constitucional.

Em razão disso, quando se fala em acesso a medicamentos, que em geral possibilitam uma vida melhor ou que dão a esperança, ainda que ínfima, de cura de uma doença, ou ao menos uma prolongamento da vida, existe a dificuldade de verificar-se a questão de forma objetiva ou coletiva, que é a forma adequada de análise dos direitos sociais.

Interpreta-se a questão de forma individualizada, descontextualizada do âmbito coletivo em que se insere esse direito, e em regra, decide-se pela necessidade de fornecimento de medicamentos, seja o que for que tenha sido receitado, que dê ou possibilite dar ao menos a esperança de manter-se alguém vivo, prorrogue ainda que por dias ou garanta uma melhor qualidade de vida.

Acredita-se que a dificuldade de separação, ou isenção na avaliação do que seja o direito à saúde, decorre desse sentimento humano de preservação da vida que é inerente a todos; afinal, qual o valor maior que a vida? Como pretender-se colocar qualquer valor ou bem acima do direito à vida?

Assim, verifica-se que a tarefa aqui a ser desempenhada é árdua, na medida em que haverá necessidade de se fazer uma análise científica e técnica do direito à saúde e da sua abrangência, analisando-se inclusive a questão da assistência farmacêutica.

Antes de adentrar e explicar o que será objeto desta dissertação, cumpre situar melhor a matéria que se pretende abordar nesse trabalho.

Inicia-se apontando que direito à saúde tem como sinônimo o termo direito sanitário, para designar o estudo da disciplina jurídica relacionada à saúde.<sup>3</sup> No mesmo sentido, o

---

<sup>2</sup> Essas condições eventualmente são questionadas, quando existe seleção diferenciada para preenchimento de cotas para pessoas socialmente desfavorecidas, ou de determinada etnia; que são regras desiguais de seleção, inseridas para superação de desigualdades sociais. No entanto, ainda assim, são regras gerais que têm aceitação na sociedade, tanto é que foram inseridas pelo poder público atendendo-se a um clamor de parte da sociedade.

<sup>3</sup> Conforme Plácido e Silva, sanitário advém do latim *sanitas*, *sanitatis*, de *sanus* (são, saúde), sendo uma expressão utilizada para designar tudo que se refere à saúde. In: *Vocabulário Jurídico*. 9<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 172.



dicionário Houaiss<sup>4</sup> indica à palavra sanitário o sentido de “relativo à saúde pública ou individual, à higiene”. O direito sanitário, portanto, tem o mesmo significado que direito à saúde e doravante serão tidas como expressões sinônimas, podendo ser entendidos como “o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinado a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito”.<sup>5</sup>

A palavra saúde é uma palavra polissêmica, tendo vários significados, existindo várias teorias acerca de sua abrangência; mas nesse trabalho, ela será utilizada no sentido organizacional da estrutura estatal, enquanto um direito previsto constitucionalmente, o qual cumpre ao Estado garantir de forma organizada e descentralizada, para atendimento de todos de forma igualitária e universal. Não haverá o enfoque na identificação e aferição do que seja saúde no sentido clínico, nem na especificação das características que façam distinguir uma pessoa com saúde ou não, por ser matéria de relevância para a seara da medicina.

A saúde foi assumida, a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, como sendo direito de todos e dever do Estado, a ser efetivado através de medidas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, sendo universal e igualitário o acesso às ações para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Não obstante a tutela normativa do direito sanitário esteja concentrada na CF e na Lei Orgânica da Saúde (LOS) que a regulamenta, diversas legislações tratam sobre a matéria, citando como exemplos:

a) O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado pela Lei n. 8.069, de 1990, dispõe que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas (art. 7º.); que o Sistema Único de Saúde (SUS) promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, bem como campanhas de educação sanitária para os pais, educadores e alunos. Além disso, prevê a obrigatoriedade da vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias (art. 14 e seu parágrafo único);

---

<sup>4</sup> *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, por HOUAISS Antonio, VILLAR, Mauro Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>5</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 48.

b) O Código de Defesa do Consumidor (CDC), criado pela Lei n. 8.078, de 1990, estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida (art. 4º, *caput*). Consigna serem direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6º, inc. I); assinala ainda que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores (art. 8º, *caput*); bem como proíbe a colocação no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber que apresenta alto grau de nocividade ou perigo à saúde ou segurança (art. 10, *caput*);

c) A Lei de Patentes (Lei n. 9.279/1996) dispõe que não é patenteável o que for contrário à saúde pública (art. 18, inc. I);

d) O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) assenta ser obrigação de todos assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde etc., compreendendo nesta prioridade, a garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social local (art. 3º, *caput* e seu parágrafo único, inciso VIII); estabelece ser obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (art. 9º).

Conforme se verifica, além da previsão constitucional geral do art. 196, sendo a boa saúde necessidade prioritária para o bem-estar das pessoas, as legislações protetivas específicas trataram de incluir e também regular este direito, nas suas esferas de competência, na expectativa de garantir aos seus tutelados o cumprimento desse dever legal do poder público de forma eficaz e segura.

Essa diversidade de normas para garantir o direito à saúde demonstra que ela possui tutela plúrima, que bem reflete a preocupação da sociedade em garanti-la e assegurá-la pelo Estado, que por muito tempo se mostrou omissa nessa atribuição.<sup>6</sup>

Muitas vezes essa diversidade normativa causa dúvidas quanto à legislação aplicável para se atingir o dever constitucional da garantia da saúde. Por exemplo, ao mesmo tempo em que o Estatuto do Idoso estabelece que deve ser assegurado ao idoso, com “absoluta prioridade” a efetivação do direito à vida e à saúde; também o ECA prescreve que deve ser

assegurado à criança e ao adolescente, com “absoluta prioridade” a efetivação dos mesmos direitos. Aparentemente se teria uma situação conflituosa, se em uma emergência médica comparecessem um idoso e uma criança com iguais necessidades de atendimento de urgência, qual deveria ter o atendimento prioritário?

Na realidade, tal situação ocorre em vários momentos quando se faz a interpretação das normas de direito e não só quando tratamos do direito da saúde, mas nem sempre as contradições merecem um estudo ou uma abordagem mais aprofundada, por serem tão-somente aparentes e facilmente solucionáveis com a aplicação das regras de interpretação das normas jurídicas.

Em outros casos, a interpretação se mostra um pouco mais complexa, demandando análise mais aprofundada das variantes, para chegarmos à conclusão do melhor entendimento a ser adotado.

Essa a hipótese que se vislumbra na demanda de medicamentos em face do Estado em razão do direito de saúde garantido na CF. O pleito pode ser formulado com fundamento nas regras da legislação consumerista? Afinal, o direito à saúde é de todos e, já que os medicamentos são itens “consumidos” pelos pacientes, não seria possível a utilização dos dispositivos desta lei protetora para se exigir o cumprimento do dever de assistência farmacêutica?

Acredita-se que a resposta à indagação não pode ser feita de maneira simplista, argumentando-se que todos os serviços existentes no mercado se submetem às regras da legislação do consumidor, sem levar em consideração as outras normas que regulam a relação entre o necessitado e o serviço público de saúde, como os princípios da Administração Pública.

Entendendo-se ser um questionamento relevante, reputa-se que o assunto é merecedor de um estudo mais aprofundado, o que motiva a delimitar-se como tema dessa dissertação a assistência farmacêutica e a averiguação quanto à possibilidade de pleito de medicamentos utilizando-se das vantagens e garantias existentes no CDC.

Para o estudo do tema, pretende-se iniciar descobrindo o que deve ser entendido por saúde, a abrangência do seu conceito, passando pelo estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, que foi elevado ao ponto máximo em todo o sistema constitucional, impondo-

---

<sup>6</sup> Este ponto será abordado no curso do trabalho, quando tratar da evolução da seguridade social até o surgimento do SUS – vide Capítulo IV.

se que a interpretação do mesmo deve ter como linha mestra a observância desse princípio, passando-se pela análise dos objetivos preconizados pela CF, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e de promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou discriminação.

Inserindo-se o direito à saúde como um direito social, nos termos do artigo 6º da CF, acredita-se que haverá necessidade de adentrar-se no estudo dos direitos fundamentais, para tentar aferir como o ordenamento jurídico reconhece esse direito e tentar extrair o modo como este direito pode ser exigido pela população e deve ser cumprido pelo Poder Público. Acredita que será interessante verificar como a saúde vem sendo tratada nos outros países e tentar desta forma encontrar parâmetros de comparação para estabelecer eventuais similitudes e desigualdades com o modelo adotado no Brasil.

Será importante para o conhecimento do que é o direito à saúde na contemporaneidade, a realização de um retrospecto histórico da origem desses direito até o advento da CF de 1988, que introduziu o Sistema Único de Saúde (SUS). A partir daí, não menos importante será conhecer os princípios e finalidades para aferir se a assistência farmacêutica integra as atribuições do SUS. A resposta é de suma importância, já que se não for dever deste o fornecimento de medicamentos, dificuldades poderão surgir para a justificação do pleito de medicamentos perante o Estado.

Entendendo-se que não basta que a Constituição e as leis decorrentes digam o que é o direito à saúde, considera-se importante trazer o entendimento da jurisprudência sobre a matéria, especialmente no que concerne à assistência farmacêutica, já que é ao Poder Judiciário que compete interpretar as normas, quando instado para dirimir conflitos.

Como se pretende nesse trabalho averiguar a possibilidade de busca de medicamentos perante o Poder Público utilizando-se do microssistema do consumidor, acredita-se que é útil fazer uma abordagem, ainda que sucinta, do que seria o direito do consumidor explicando as características dos principais agentes da relação de consumo; para então estabelecer se o fornecimento de medicamentos pelo Estado à população caracteriza-se como relação de consumo.

A partir desses estudos, pretende-se chegar a uma resposta à problematização trazida, sendo possível que no curso do trabalho, para se chegar a alguma conclusão, faça-se

necessário a abordagem de outros elementos ou outras situações diversas das apontadas acima.

Ao final, a partir ou dependendo do resultado do estudo e das pesquisas que se pretende realizar, entende que será interessante fazer uma análise entre a conclusão do trabalho e as demandas por medicamentos formulados pelos que deles necessitam, pois em um estudo científico é sempre importante extrair-se as conseqüências práticas da conclusão de um trabalho.

## I. DEFINIÇÃO DE SAÚDE E SUA ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL

### 1. Evolução da definição de saúde

O termo saúde tem sido definido de diversos modos no decorrer da história.

Os antigos médicos gregos acreditavam que era uma condição de equilíbrio do corpo, sendo traduzido pelo brocardo *Mens Sana In Corpore Sano*. Para os índios do Novo Mundo, estar saudável era estar em harmonia com a natureza ao passo que a medicina ocidental aborda saúde analisando seus componentes, ao invés da análise da interconexão entre eles. Vem de Hipócrates a descoberta que a doença não é um castigo divino, mas uma causalidade terrena, de origem natural, mas durante certo tempo, notadamente na Idade Média, a igreja retorna a idéia da doença, vendo-a como pagamento de algum pecado cometido.<sup>7</sup>

As primeiras tentativas sistemáticas de construir teoricamente o que seria saúde partiram da noção de ausência de doença; conceito este originado pela idéia de Descartes<sup>8</sup> (1596-1650), que identificava o corpo humano à máquina. A doença seria o defeito de funcionamento desta máquina.

---

<sup>7</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 46-47.

<sup>8</sup> Descartes lançou os fundamentos da racionalidade, defendendo que a realidade exterior pode ser conhecida através da razão. Sua concepção de mundo e de homem se baseia na divisão da natureza em dois domínios opostos: o da mente (*res cogitans*) e o da matéria (*res extensa*), ambas criações de Deus. Para Descartes o corpo humano é uma máquina diferenciada por se habitada por uma alma inteligente; e, esta visão mecanicista da vida exerceu grande motivação do desenvolvimento da psicologia nos seus primórdios, ao mesmo tempo em que, na medicina, a adesão rígida a este modelo impede os médicos de compreender como muitas das enfermidades da atualidade possuem um forte vínculo psicossomático e sócio-ambiental. (Noções extraídas da *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 1837-1838).

Esse “conceito negativo de saúde”, como ausência de doenças, perdurou por longo tempo<sup>9</sup> e até os dias atuais estudam-se muito as doenças, mas pouco a saúde propriamente dita. Esse entendimento pode ser traduzido na conceituação encontrada no Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva<sup>10</sup>:

[...] originando-se do latim *salus* (conservação da vida, salvação) e designa o vocábulo estado de saúde, ou o estado de sanidade dos seres viventes. Estar com saúde, ou ter saúde, pois, é exercer normalmente todas as funções dos órgãos.

Igualmente nesse sentido é o conceito de Orlando Soares<sup>11</sup>, para quem “saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano”; que não difere do significado trazido pelo Dicionário Caldas Aulete: “s.f. estado de uma pessoa cujas funções estão no seu estado normal ou se não acham perturbadas por doença alguma; vigor, qualidade do que é sadio ou são”<sup>12</sup>; ou pela Enciclopédia Saraiva de Direito, onde consta como sendo “vocábulo que expressa o estado do ser humano ou animal que tem suas funções orgânicas realizadas normalmente. No ser humano, a saúde significa também o exercício normal das funções psíquicas”.<sup>13</sup>

A partir dessa compreensão, o portador de deficiência física, como o cego, o surdo, o paraplégico etc., por não ter o normal e correto funcionamento de seus órgãos e membros, pode ser considerado como não possuidor de saúde. Por outro lado, o indivíduo que tem os órgãos trabalhando corretamente, mas é portador de um distúrbio emocional como a depressão, seria saudável. Tal interpretação é inadmissível, eis que hodiernamente o portador de limitações físicas não é considerado doente pela sociedade, ao passo que distúrbios emocionais ou psicológicos são classificados como doença.

Como se vê, a ausência de doenças e regular atividade do corpo humano são insuficientes para traduzir de forma satisfatória o que seria saúde.

<sup>9</sup> Germano Schwartz afirma que a tese da saúde como ausência de doenças ou enfermidades perdurou até o advento do *Welfare State* (estado de bem-estar social), quando o Estado começou a avocar para si o papel que antes era do indivíduo: tratar da saúde. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>10</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 174.

<sup>11</sup> SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

<sup>12</sup> GARCIA, Hamilcar de. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete*, 3ª. Ed.. Rio de Janeiro: Delta. Direitos autorais adquiridos de E. Pinto Basto Cia. Ltda. Lisboa-Portugal, 1980, p. 3303.

<sup>13</sup> *Enciclopédia Saraiva de Direito*. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 67, p. 108.

A partir do século XX, o conceito de saúde sofreu uma ampliação conceitual, deixando de se limitar ao correto funcionamento dos órgãos do corpo humano. Neste tópico, cabe destacar a compreensão firmada internacionalmente, pelos Estados-membros da ONU (Organização das Nações Unidas), quando da criação da OMS (Organização Mundial de Saúde), em 1946, em Nova York, onde se deu uma “concepção positiva” e progressiva do tema: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”.<sup>14</sup>

De se ressaltar, porém, que essa noção mais ampla do termo já havia sido utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXV<sup>15</sup>, aonde a expressão bem-estar foi associada à idéia de saúde. Em todo caso, é inegável que foi a partir do entendimento firmado pela OMS que houve a ampliação do conceito de saúde e passou a ser o ponto de partida para a moderna compreensão da saúde e sua proteção jurídica, passando a entender-se que a saúde deve ser calcada também no bem-estar geral e não somente a ausência de doenças.

Conforme atentado por Sebastião Geraldo de Oliveira, por esse conceito, “a saúde não é um ponto fixo que se atinge, mas a direção que se empreende a caminhada, uma constante melhoria que deve ser perseguida sempre”, sendo a mesma passível de sofrer interferências do ambiente social.<sup>16</sup>

Consoante Giovanni Berlinguer, ela não é distribuída de maneira igual entre as pessoas, dependendo de fatores genéticos, de condições sociais que refletem na habitação, no trabalho, na nutrição, no acesso aos tratamentos e na prevenção de doenças;<sup>17</sup> e, tais desigualdades aumentam em períodos de crise, persistindo até em países com melhores níveis sanitários, pois:

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4.ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 117.

<sup>15</sup> Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996, p. 53.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 118-119.

<sup>17</sup> BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida* (ética ciência e saúde). Trad. ORRICO, Maria Patrícia de Saboia, PORRU, Mauro e GONÇALVES, Shirley Moraes. Salvador; São Paulo; Londrina (PR): APCE – HUCITEC – CEBES, 1993, p. 155.



- a) a perda da saúde não depende só de fatores biológicos, físicos e químicos; as causas sociais são sempre condicionantes, às vezes determinantes
- b) as condições do doente variam de acordo com a sua posição social, não só pela frequência, mas também pelo decurso e resultado da doença.<sup>18</sup>

Nessa nova concepção de saúde, sua abrangência é bastante ampla, como se confere do entendimento extraído por Luiz Alberto David de Araújo:

[...] o direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito ao tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo entender-se a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.<sup>19</sup>

Wagner Balera vai mais além, entendendo que o bem-estar consagrado na nossa Constituição Federal:

[...] quer significar o bem de todos (art. 3º, IV). Em suma, o bem-estar, dimensionando a vera proteção social, na voz do art. 3º da Carta Magna, se materializa como política social que é implementada para a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução de desigualdade sociais e regionais, somente poderá ser atingido com o esforço e a cooperação de todos e de cada um. Assim foi no passado, assim é no presente e assim será no futuro.<sup>20</sup>

No entanto, esse novo conceito trazido pela OMS não é imune a críticas, por estar em termos genéricos e abstratos, não conseguindo servir de base para determinar a existência ou não de saúde nas pessoas de certo país.<sup>21</sup> Observa Rosely Zajac que “o significado da frase ‘completo bem-estar social’ pode variar de acordo com o indivíduo, o tempo e o espaço”, pois o que é bom para um não o é necessariamente para o outro.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BERLINGUER, Giovanni. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>19</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2ª ed. Brasília: Corde, 1997, p. 53-54.

<sup>20</sup> BALERA, Wagner. O reajustamento dos benefícios em manutenção, In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (Coord.), *Temas Atuais de Previdência Social*, homenagem a Celso Barroso Leite, São Paulo: LTr, 1998, p. 285.

<sup>21</sup> Cf. MARTINEZ, Adilsen Claudia: “Diante da abrangência e do subjetivismo do conceito de saúde, surgem inúmeras indagações na área jurídica, valendo apontar algumas. O que se deve entender por direito à saúde? Qual a sua natureza? Como o Estado pode garantir o direito à saúde? É direito subjetivo público do cidadão? Se a saúde é direito de todos e dever do Estado, a doença seria uma violação do direito à saúde? A saúde é um bem ambiental? A saúde é também um direito difuso? Ela é assegurada de que forma para crianças e adolescentes? A garantia da saúde é um dever exclusivamente do Estado?” *A infância e o direito difuso à saúde*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002, p. 6.

<sup>22</sup> ZAJAC, Rosely. *Direito à Saúde: distinção entre prevenção e tratamento, ações e serviços*. Dissertação de Mestrado em Direito Previdenciário. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004, p. 64.

Contudo, ressalta Paul Singer, pelo menos o conceito adotado pela OMS tem o mérito de reconhecer o paradoxo existente no fato de alguém ser considerado portador de boa saúde quando é afetado pela pobreza, discriminação ou repressão:

O conceito neste sentido, não é *funcional*, implicando na definição da saúde do indivíduo em função das necessidades e possibilidades do sistema econômico, mas antes *sócio-político*, implicando uma avaliação do sistema (inclusive dos Serviços de Saúde) em função das necessidades e possibilidades do indivíduo.<sup>23</sup>

Mais adiante, o autor aponta que:

[...] a doença resulta não apenas de uma contradição entre o homem e o meio natural mas também necessariamente de uma contradição entre o indivíduo e o meio social. Alguém pode ser vítima de uma agressão do meio natural, ao se tornar, p. ex. hospedeiro de um agente infeccioso, mas só se torna doente quando, em consequência desta agressão, o seu comportamento se transforma e ele é reconhecido como enfermo pelo meio social. A abordagem por meio do conceito ideal de saúde supõe uma correspondência perfeita da contradição entre o homem e o meio (natural e social), que produz no indivíduo transtornos orgânicos ou funcionais, com a identificação dos mesmos pelo indivíduo afetado e os que o circundam [...]

[...] a mudança de comportamento suscita uma contradição entre o indivíduo e seu meio social na medida em que o comportamento anterior, sadio constituía uma resposta adequada às solicitações e expectativas deste meio.<sup>24</sup>

Inegavelmente a saúde é um dos pilares sobre os quais se ergue o bem-estar e a segurança de vida de uma população e o seu conceito pode tomar uma abrangência que extrapola o conceito inicial de ausência de doenças, entendendo-a como um completo sentimento de bem-estar físico, mental e social.

Germano Schwartz<sup>25</sup> refere-se à existência de hipercomplexidade sanitária em razão dos avanços que a medicina implantou no tratamento, prevenção e promoção de doenças, que teria sido decorrente da:

a) revolução tecnológica que modificou a atitude do homem perante a morte, que deixa de ser fatalidade ou castigo divino, passando a ter origem biológica e ser tratado como objeto da ciência médica;

<sup>23</sup> SINGER, Paul, CAMPOS, Oswaldo e OLIVEIRA, Elizabeth Machado de. In: ALMEIDA, Fernando Lopes de; FERNANDES, Francisco Rego Chaves (Seleção e Coord.) *Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988, p. 68.

<sup>24</sup> SINGER, Paul, CAMPOS, Oswaldo e OLIVEIRA, Elizabeth Machado de. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>25</sup> Essas causas teriam sido elencadas por MOREAU, Jacques; TRUCHET, Didier. *Droit de la Santé Publique*. Paris: Dalloz, 2000, p. 11-19, *apud* SCHWARTZ, Germano, *O tratamento jurídico do risco...*, p. 50-52.

b) revolução científica que transformou a mentalidade e o comportamento do corpo médico, que se tornaram especialistas, adquirindo a preocupação com a precaução;

c) nos países desenvolvidos, a revolução médica criou uma melhoria sensível de saúde, que precisa ser mantida;

d) aumento no consumo de remédios;

e) aumento dos gastos com a saúde pública, ocasionando uma discussão acirrada sobre políticas públicas sanitárias, bem como a forma de organização da prestação de saúde pelo Estado.<sup>26</sup>

Outro fator de complexidade sanitária seria o fenômeno da “globalização”, com a queda das barreiras nacionais, que permite o livre acesso aos mercados adicionais e o alastramento de epidemias. Ao mesmo tempo em que se possibilita maior acesso à saúde e aos novos recursos médicos e tecnológicos, destes avanços ficam excluídas as classes menos favorecidas.<sup>27</sup>

Uma conceituação tão ampla do que seja saúde, considerando até mesmo as condições sociais dos indivíduos e os objetivos estabelecidos na CF, em algumas situações pode ensejar em uma dificuldade de estabelecer os deveres de determinados órgãos incumbidos do seu zelo; afinal, não raras vezes, o que é dever de todos acaba não sendo especificamente de ninguém. Em razão disso, nesse trabalho o enfoque é a saúde enquanto sistema organizacional do Estado, a partir do que é entendido como dever atribuído ao Ministério da Saúde no âmbito Federal e às Secretarias dos Estados e Municípios, que são os entes incumbidos diretamente dessa questão.

## 2. Conceito constitucional de saúde no Brasil

Antes do advento da atual Constituição, entre 1946 e 1988, transcorreram inúmeras posturas legislativas e executivas relativas à organização da saúde, destacando-se o

---

<sup>26</sup> Consta que a Alemanha, em 1980, destinava 8,4% de seu Produto Interno Bruto (PIB) em saúde pública e em 1992 esse percentual já era de 7,5%. No mesmo período, a Espanha aumentou de 5,6% para 7,5% seus gastos nessa área, o mesmo ocorrendo com a Itália que passou de 6,9%, em 1980, para 8,5% do PIB, em 1992. (Cf. SCHWARTZ, Germano, *O tratamento jurídico...*, p. 52). Estes índices demonstram que este fenômeno é contemporâneo e ocorre em vários países, inclusive no Brasil, onde o Ministério da Saúde tem apontado seguidamente a necessidade de mais verbas para o setor da saúde.

<sup>27</sup> SCHWARTZ, Germano, *ibidem.*, p. 54-55.

movimento que antecedeu a nova concepção trazida ao texto constitucional, numa tentativa de transportar o conceito da OMS para o interior do ordenamento jurídico vigente no país. Esse movimento se expressava principalmente através das Conferências Nacionais de Saúde (CNS), sendo a realizada em 1986<sup>28</sup> exemplo marcante desse movimento, conforme se confere do seu relatório final:

1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4- Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde conseqüente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isto será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população.<sup>29</sup>

A 8ª CNS foi um marco na construção do projeto de mudança político-institucional chamado “reforma sanitária”, que tornou vitoriosas, em 1988, as propostas da saúde, como direito de todos e dever do Estado, considerada uma das mais avançadas do mundo. Com as idéias aprovadas nesta conferência, a CF, promulgada em 05 de outubro de 1988, pela primeira vez deixou expressamente estabelecido que a saúde é direito de todos e dever do

<sup>28</sup> As Conferências Nacionais de Saúde (CNS) foram instituídas em 1937, numa reorganização do Ministério da Educação e Saúde Pública pela lei n.º 378, com a finalidade de facilitar o conhecimento das atividades relativas à saúde no país pelo Governo Federal e orientar a execução dos serviços locais. A 1ª CNS foi realizada em 1941, a 2ª em 1950. Na 3ª CNS, realizada em 1963, teve início a discussão de um modelo descentralizado de organização dos serviços e saúde e do processo de municipalização. A 4ª CNS foi realizada em 1967; e a 5ª CNS ocorreu em 1975, com a presença dos secretários de saúde de todas as unidades federadas, quando foi criado o Conselho de Desenvolvimento Social. A 6ª CNS realizou-se em 1977 e a 7ª em 1980, cujo tema foi a implementação e o desenvolvimento do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde – PREV-SAÚDE, ligados aos Ministérios da Saúde e da Previdência e Assistência Social e logo após a Conferência foi implantado o Plano de Ações Integradas de Saúde (AIS). A 9ª CNS realizou-se em 1992 com o tema: *saúde: municipalização é o caminho* e a 10ª CNS ocorreu em 1996, com o tema: *SUS – Construindo um modelo de atenção à saúde para a qualidade de vida*. A 11ª CNS, realizada em 2000 discutiu o tema: *Efetivando o SUS: Acesso, Qualidade e Humanização na Atenção à saúde, com Controle Social*. A 13ª CNS aconteceu em 2003, tendo como tema o controle social do SUS. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br>>, acesso em: 8 mar. 2007.

<sup>29</sup> Anais, 8ª Conferência Nacional de Saúde, Brasília, 1986. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 382.

Estado, que deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas, sendo o seu acesso universal e igualitário.

Antes da criação do SUS havia desigualdade de acesso à assistência pública de saúde pela população brasileira, que privilegiava apenas os que tinham vínculo formal de emprego e contribuía para o sistema previdenciário, através de serviços próprios ou por uma rede de serviços ambulatoriais e hospitalares contratados. Às Santas Casas competiam a missão de atender os que não tinham recursos financeiros para arcar com os custos de atendimento pela rede privada.

As Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde se limitavam a desenvolver ações de promoção de saúde e prevenção de doenças, principalmente por meio de campanhas de vacinação e controle de endemias, havendo, pois, uma divisão de papéis e competências entre os diversos órgãos públicos envolvidos com a atenção à saúde.

Tal situação trazia prejuízos à população, especialmente àquela excluída do acesso ao atendimento, gerando manifestação de grupos e segmentos organizados da sociedade, de profissionais e intelectuais da área, no sentido de que fosse criado um sistema de saúde que assegurasse a cobertura universal da população. Esse grupo formulou os fundamentos da “reforma sanitária” na perspectiva de romper com o modelo corporativista tradicional, reverter a linha privatizante da política setorial e integrar instâncias correlacionadas de política social, histórica e estruturalmente tratadas em separado.

O acolhimento dessas idéias, conforme destacado por Luiz Alberto David Araújo, trouxe como consequência do direito à saúde (de estar são), o direito à prevenção de doenças (de permanecer são), ao tratamento para manter-se bem, o que abrange a habilitação e reabilitação, ou seja, deve-se entendê-la como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal e socialmente integrada.<sup>30</sup>

Ainda dentro dessa nova visão, cuja base se encontra na CF, foi editada a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), onde foram acolhidas as idéias defendidas na 8ª. CNS, reconhecendo-se que a saúde é determinada e condicionada pelas condições sociais e de desenvolvimento da população.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 53-54.

<sup>31</sup> “Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.”.

### 3. Saúde como decorrência do direito à vida

A vida é assim definida por Plácido e Silva<sup>32</sup>:

VIDA. Do latim *vita*, de *vivere* (viver, existir), designa propriamente a força interna substancial, que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, revelando o estado de atividade dos mesmos seres.

No sentido vulgar, vida exprime o *modo de viver*, a *subsistência*, a *ocupação* e o espaço, ou tempo que corre do nascimento à morte. Sintetiza-se, pois, em relação ao homem, no *conjunto de atividades*, de *costumes*, ou de *ocupações*, a que se possa dedicar.

VIDA CIVIL. No sentido jurídico, a vida, denominada especialmente de civil, entende-se a soma de atividades que possa ser exercida pela pessoa, consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. E nesta vida civil tem a pessoa a faculdade de fruir todas as vantagens e prerrogativas, que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano.

A vida civil, no homem, inicia-se com o nascimento, extinguindo-se com a morte, sendo assim correlata com a própria personalidade, que se adquire com o nascimento com vida.

Ocorre que, consoante anota José Lopes Zarzuela, não é simples definir vida ou a morte, pois são concepções antagônicas:

Se considerarmos a morte real como a cessação definitiva, irreversível e concomitante das atividades cerebral, cardíaca e respiratória, pode-se dizer que vida é a manutenção continuada e simultânea dessas mesmas atividades. Pode-se também conceituar vida, de forma mais simplista, como uma manifestação das propriedades físicas e químicas das moléculas que organizam os seres vivos. Todavia, essa idéia não distingue, inequivocamente, seres vivos de seres não-vivos, como são exemplos os vírus; são eles macrocélulas dotadas de propriedades vitais, porém insuficientes para enquadrá-los como seres vivos. Há ainda indivíduos que se situam em uma fronteira indefinida entre seres organizados e não-organizados, o que permite inferir que não há uma característica tipicamente distintiva que permita comprovar a manifestação de vida de sua ausência.<sup>33</sup>

Já a vida civil, seria “o complexo de atividades de uma pessoa, enquanto a faculdade de fruir todas as vantagens e prerrogativas que lhe são atribuídas como cidadão e ser humano, consoante princípios instituídos pelo ordenamento jurídico”.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> SILVA, Plácido e. *Op. cit.*, p. 490-491.

<sup>33</sup> ZARZUELA, José Lopes. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 77, p. 236.

<sup>34</sup> *Enciclopédia Saraiva de Direito*. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 77, p. 237.

Esses conceitos entendem a vida civil como sendo a soma de atividades que podem ser exercidas pela pessoa, o que engloba a faculdade de fruir as vantagens e prerrogativas atribuídas a um ser humano.

Pode-se dizer que houve ampliação dessa visão de vida civil, que na atualidade é entendida como estreitamente vinculada com a questão do bem-estar, dignidade, sadia qualidade de vida, equilíbrio físico, mental e social. Nesse sentido, aliás, o posicionamento de Celso Fiorillo, para quem:

[...] o direito à vida constata-se dentro de uma visão global, não estando circunscrita tão-somente à vida humana, enquanto bem objeto de ‘cláusula pétrea’, mas ao bem essencial à sadia qualidade de vida em todas as suas formas.<sup>35</sup>

Partindo-se do texto da nossa Carta Magna, já no artigo 1º, inciso III, estabelece-se como um dos fundamentos da nossa República a dignidade da pessoa humana, e o artigo 5º, *caput*, assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida. Assim, encontra-se positivado o direito à vida, que deve ser entendido como sendo o direito de viver com dignidade, respeito e liberdade, com preservação de seu bem-estar físico, mental e social, que são aspectos de uma vida saudável.

Ou, nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr., “o direito à saúde constitui um desdobramento do próprio direito à vida: Logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo”.<sup>36</sup>

O direito à saúde, portanto, é decorrência do direito a uma vida digna, ao mesmo tempo em que também uma vida saudável é uma das condições para uma existência com dignidade, garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

#### **4. A dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição**

Um dos fundamentos da nossa CF é a dignidade da pessoa humana<sup>37</sup>, expressamente positivado em seu artigo 1º, deixando de ser mera concepção abstrata, como ocorria nas cartas anteriores.

---

<sup>35</sup> FIORILLO, Celso. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 148.

<sup>36</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 398.

A atual CF colocou o homem como sendo o seu foco principal e reconheceu a necessidade de resguardar a sua dignidade e garantir o bem-estar da sociedade, reconhecidamente desigual nos aspectos social e regional, conforme o prefácio elaborado por Ulysses Guimarães, na edição lançada oficialmente pelo Senado Federal, mas que depois, ao argumento de impropriedade, foi retirado de circulação:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País.

Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem.

Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, mora, sabe, pode se curar.

A Constituição nasce de parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo.

É a Constituição coragem.

Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destroçou tabus, tomou o partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.<sup>38</sup>

Na mesma linha, mas de forma mais direta, o preâmbulo da atual Constituição nos indica os valores consagrados no seu texto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>37</sup> Tal fato decorre do fato do país ter acabado de sair de uma longa ditadura (1961-1985), que comandou o país com forte violação das liberdades individuais através da repressão policial, censura, torturas, assassinatos de líderes opositores; existindo na sociedade civil o anseio por mudanças, que valorizassem a pessoa humana, os direitos individuais e sociais. Conforme Dalmo de Abreu Dallari, na nova Constituição “Houve clara atualização quanto ao papel atribuído ao Estado e à Constituição, iniciando-se um novo processo constitucional, comprometido com a prática dos direitos e a realização da justiça social.” (*Constituição para a Justiça social*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/damoldallari/dallari\\_justsoc.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/damoldallari/dallari_justsoc.html)>, acesso em 22 mar. 2007.

<sup>38</sup> Discurso extraído do prefácio à edição da CF de 1988, lançada oficialmente pelo Senado Federal.



Como dito, está consagrado que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Desses fundamentos, nos interessa de forma mais especial neste trabalho, o da dignidade da pessoa humana. Dignidade, conforme a Enciclopédia Larousse Cultural<sup>39</sup> é:

**1.** Qualidade de quem é digno; nobreza; respeitabilidade. – **2.** Cargo ou título de alta graduação. – **3.** Respeito que merece alguém ou alguma coisa: *a dignidade da pessoa humana*. – **4.** Honra, decência, brio [...]

A origem do conceito de dignidade da pessoa humana vem de Kant<sup>40</sup>, que afirmou, de forma inovadora<sup>41</sup>, que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para ação de outrem, pois, por ser o homem dotado de consciência moral, possui um valor que o torna “sem preço”, pondo-o acima de qualquer condição de coisa. Somente coisa pode ser avaliada como tendo determinado valor, ou valor de troca, ou de venda, ou como meio ou instrumento útil para determinado fim ou para a ação de alguém. A dignidade é o valor intrínseco que faz do homem um ser superior à “coisa”, que faz dele uma pessoa, entendido como sendo um ser dotado de consciência racional e moral e, por isso mesmo, capaz de responsabilidade e liberdade.<sup>42</sup>

A dignidade está intimamente ligada à respeitabilidade, que é inerente à condição humana, sendo que todo o sistema jurídico brasileiro deve estar voltado à observância deste fundamento constitucional.

Apesar de algumas considerações doutrinárias de que não é possível definir a dignidade humana, por se tratar de um valor já preenchido *a priori*, na medida em que todos já têm dignidade pelo fato de serem pessoas e se tratar de qualidade que lhes é inerente, não é de se ignorar que ela é passível de ser violada.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 1907.

<sup>40</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

<sup>41</sup> Kant é considerado inovador porque até então o homem não era considerado o fim, mas o meio de ação de outrem. Ele defendia a existência do valor em todo ser humano, que foi a base para o desenvolvimento da idéia de dignidade inerente à condição humana.

<sup>42</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 175-206.

<sup>43</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

E, por ser passível de ser violada, muito bem fez a Constituição em colocá-la como garantia e finalidade primeira, tendo-a como “último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”.<sup>44</sup>

A esse respeito, assim discorre Alexandre de Moraes:

[...] *a dignidade da pessoa humana*: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*;<sup>45</sup> [itálicos no original]

Conforme se vê, o autor tem a dignidade como um valor espiritual e moral inerente à pessoa (não pode ser concebida a idéia de alguém que não a tenha), decorrente de sua capacidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida (ela não lhe é concedida, por ser o homem, por essência digno, ou seja, livre), não podendo, por este motivo, ter sua vida desrespeitada pelo Estado, que também não pode ignorar a sua dignidade.<sup>46</sup>

Interessante a concepção defendida por Bernard Edelman<sup>47</sup>, que sustenta: “Se a liberdade é a essência dos direitos do homem, a dignidade é a essência da Humanidade”, ou seja, ela seria uma reunião simbólica de todas as pessoas naquilo que eles têm de comum, que é a qualidade de ser humano.

Essa foi a concepção da dignidade mencionada no parecer consultivo da Procuradoria-Geral da República de Portugal, feito a pedido do Subsecretário de Estado da Cultura, sobre a legalidade de espetáculos de sexo ao vivo. Concluiu-se, por maioria de votos, que esses espetáculos não são ilegais, desde que essa sua natureza se encontre claramente anunciada nas respectivas afixações obrigatórias. Todavia, na declaração de voto, Antonio Silva Henriques

<sup>44</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Ibidem*, p. 15-16.

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

<sup>46</sup> Esta a interpretação de Giselda Hironaka a respeito da definição de dignidade da pessoa humana formulada por Alexandre de Moraes. In: *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 164-169.

<sup>47</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 216, *apud* EDELMAN, Bernard, *La dignité de la personne humaine*, Paris: Économica, 1999, *passim*.

Gaspar, manifestou que seria possível conclusão diversa, se o caso fosse analisado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, dizendo que:

A dignidade da pessoa humana, enquanto centrada no paradigma da Humanidade (do género humano) e não já no plano da liberdade de cada um (do indivíduo), introduz uma matriz radicalmente diferente, não se referindo já ao indivíduo enquanto ser livre, mas ao indivíduo enquanto pertencente ao género humano. Esta perspectiva, saindo do plano individual e atomístico da liberdade, para atender à consideração do homem e da mulher enquanto pertencentes ao género humano, coloca a dignidade como um valor fundador e federador de todos os valores, fora do comércio e insusceptível de renúncias individuais (cfr., v.g., a decisão de referência do Conselho de Estado francês, de 27 de Outubro de 1995, que considerou o respeito da dignidade humana como uma componente essencial da ordem pública, entendendo legítima, com este fundamento, a proibição de um divertimento público que consistia no lançamento, como projectil, de um anão, a curta distância sobre um colchão pneumático). Beátrice MAURER (‘Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme’, ed. La documentation française, 1999, pág. 464 e segs.) aponta, por exemplo, um critério, físico e de autohumilhação perversa quando alguém se reifica no sentido de fazer de si mesmo uma coisa, um objecto. ‘Le droit de disposer de soi-même n’ existe donc pas quand il s’agit de disposer de la dignité fondamentale. La dignité marque à la fois la singularité de chaque être et son appartenance à la communauté humaine’.<sup>48</sup>

No caso mencionado no parecer supra colacionado, conhecido como *lancer de nains* (lançamento de anões) ou *Commune de Morsang-sur-Orge* (nome da cidade em que ocorreu o caso), o governo francês proibiu o espetáculo que consistia numa competição de lançamento de anões por entender que o papel que os mesmos desempenhavam atentava a dignidade da humanidade.<sup>49</sup> Giselda Hironaka também menciona o caso e esclarece que:

[...] a fundamentação baseada no respeito à dignidade da pessoa humana conflitou com a liberdade do anão que se declarava satisfeito por trabalhar e que a interdição promovida atentava contra a sua dignidade, tornando-o um excluído.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> O questionamento feito pelo Subsecretário foi decorrente de pedido de encerramento do Cinema Odeon requerido pela Parisiana, Lda., sociedade por quotas proprietária do imóvel à Direção-Geral dos Espetáculos ao argumento de que as exhibições lá promovidas pela Exifilmes, Lda., “ofendem profundamente a moral de todos os sócios da Requerente, uma vez que o Cinema Odeon sempre se caracterizou ao longo de várias décadas por ser um cinema de cariz familiar, estando a sua reputação a ser destruída pela sociedade Exifilmes”. A questão foi decidida através de decisão colegiada proferida no parecer tem o nº PGRP 00000785, Relator Luis da Silveira, votação dia 31/05/2001. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/cef5659fd428518b8025661700420807?OpenDocument>>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>49</sup> Vide análise da decisão intitulada “27 octobre 1995 – Commune de Morsang-sur-Orge – Rec. Lebon p. 372”. Disponível em: < [http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_la47.shtml#>](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la47.shtml#>), acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>50</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 164-169, apud EDELMAN, Bernard. *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, passim*.

O comissário do governo entendeu que o consentimento do anão ao tratamento degradante ao qual se submetia era juridicamente irrelevante, pois não se pode renunciar à dignidade; porque uma pessoa não pode excluir, de si mesma, a Humanidade, esta entendida com a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, qual seja a qualidade de seres humanos.<sup>51</sup>

Entende louvável tal decisão, não obstante ao que tudo indica o anão que se declarou satisfeito com a atividade tenha perdido o seu meio de subsistência; contudo, consoante Edelman, a dignidade da pessoa humana enquanto “essência da humanidade” restou garantida. Acredita que aqui cabe o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet de que, mesmo o princípio da dignidade prevalecendo sobre os demais princípios, o mesmo é relativizado em homenagem à dignidade de todos os seres humanos.<sup>52</sup>

Apesar de paradigmática, entende que foi um tanto exagerada a interpretação dada ao caso, na medida em que se tratava de uma diversão que parecia arraigada no meio cultural em que vivia o anão, pois do contrário sequer existiria público para o espetáculo. O lançamento em canhão não difere muito das acrobacias, malabarismos e atrações circenses, como o de palhaços, em grande número estrelado por anões; situações que se analisadas de forma mais detida, podem ser tidas como igualmente atentatórias à dignidade da humanidade, mas nem por isso são proibidas.

Transportando o conceito da dignidade da pessoa humana para a realidade brasileira, indaga-se quanto à violação a esse princípio o fato de centenas de homens, mulheres e crianças viverem de cata de sucatas nos grandes centros urbanos e nos lixões do país. Caso o entendimento seja positivo, de que forma ela estaria sendo mais violada, pela sobrevivência com produtos retirados dos lixões ou passando fome e vivendo de mendicância nas cidades? A situação demonstra que não é fácil falar em dignidade da pessoa humana em países subdesenvolvidos como o Brasil, em que se convive com tantas e tão profundas desigualdades sociais e econômicas.

O desenvolvimento da natureza humana, porém, é uma conquista paulatina, a ser construído constante e diuturnamente, como uma atribuição não só governamental, como também de cada pessoa, pois é a humanidade na qual se integra cada um que deve ser

---

<sup>51</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Ibid.*, p. 164-169..

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77.

protegida e resguardada. As violações não raras vezes são encontradas em pequenos detalhes, como na discriminação disfarçada, na miséria, na fome, no desemprego, na falta de perspectivas etc., e o permanente aperfeiçoamento da sociedade é inegavelmente um dos caminhos a serem trilhados para que a dignidade se torne cada vez mais cristalina e garantida.

Salienta Bergel que, o “respeito à dignidade humana foi sempre considerado como uma condição essencial para a elaboração e construção de todos os direitos fundamentais”<sup>53</sup>; e com razão, pois, como falar-se nestes direitos sem considerar o bem maior do homem, que é o seu valor, a sua dignidade enquanto pertencente à humanidade?

José Cabral Pereira Fagundes Junior, sintetizando a visão antropocêntrica do homem, leciona:

A pessoa humana é hoje considerada como a mais notável, senão raiz de todos os valores, devendo por isso mesmo e dentro de uma visão antropocêntrica, ser o destinatário final da norma, base mesma do direito, revelando, assim critério essencial para conferir legitimidade a toda ordem jurídica.<sup>54</sup>

Sendo o homem a razão e o centro de todas as atividades, ao intérprete e ao aplicador da lei não basta a mera interpretação fria de textos legais, devendo ele se empenhar em uma tarefa criativa, buscando, na aplicação do direito ao caso concreto, fazer com que a dignidade não seja de qualquer forma lesada.

Assim sendo, inegável e indubitável que a dignidade da pessoa humana foi elevada ao ponto máximo pela nossa Carta Magna<sup>55</sup>, devendo todo o sistema constitucional ser interpretado e toda ação tendendo ao cumprimento de seus ditames e obrigações ser realizada, tendo-se como linha mestra, a observância desse princípio.

## 5. Objetivos da República Federativa do Brasil

<sup>53</sup> BERGEL, Salvador Dario. Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 9, jul./dec. 1998, p. 40, “*El respeto a la dignidad humana fue siempre considerado como una condición esencial para la elaboración y construcción de todos los derechos fundamentales*” (tradução livre).

<sup>54</sup> FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana. In. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 271.

A Constituição Federal elenca como objetivos fundamentais: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, a Constituição deve ser interpretada não só a partir dos princípios, mas da conjugação destes com os objetivos fundamentais, pois a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantia do desenvolvimento nacional, redundam necessariamente na erradicação da pobreza, nítida na sociedade, diminuindo-se as gritantes desigualdades sociais, econômicas e regionais, para então caminhar para o sucesso na obtenção do bem de todos.

Essas metas fixadas na nossa CF devem ser atingidas através de várias ordens, seja pela intervenção governamental, seja pela iniciativa privada, passando até mesmo pelo sistema judiciário, a quem incumbe fazer a interpretação das normas legais e constitucionais.<sup>55</sup>

A Constituição de Weimar, de 1919, tida como uma das primeiras constituições sociais, trouxe novos e inovadores direitos às pessoas, impondo ao Estado o dever de uma atuação ativa na concretização desses direitos; e dentre estes, o art. 113 atribuiu a grupos sociais de expressão na Alemanha a possibilidade de conservarem o seu idioma, mesmo em processos judiciais ou em suas relações com a Administração Pública; o que deu margem à distinção entre “diferenças” e “desigualdades”. Aquelas são biológicas ou culturais e não implicam em superioridade de alguns em relação a outros e estas, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do

---

<sup>55</sup> Fabio Konder Comparato vai além, defendendo que a dignidade da pessoa humana, por ser fonte de valores, está acima da lei, ou seja, de todo o direito positivo. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

<sup>56</sup> Como exemplo de medidas adotadas com o desiderato de diminuir as desigualdades sociais pode ser citado: a) Programa Bolsa Família, destinado a unidades familiares que se encontrem sem situação de pobreza e extrema pobreza; b) a assistência judiciária gratuita para garantir o acesso da população à justiça; c) programa “ação global”, desenvolvido pela iniciativa privada (Rede Globo de Televisão em parceria com o SESI, ONGs, sindicatos, empresas e governo), que consiste em realização de mutirão de serviços essenciais, integrados e gratuitos, promovidos por voluntários que participam em várias áreas de atuação, como educação, saúde, lazer e cidadania.

princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.<sup>57</sup>

Assim, quando o Estado for atuar na concretização de quaisquer dos direitos garantidos na CF, deve manejá-los de forma a buscar a diminuição das desigualdades sociais, por serem estas situações indesejáveis e a relação de inferioridade implicar não raras vezes na sujeição às violações aos direitos fundamentais, com o da dignidade da pessoa humana, o que pode decorrer, por exemplo, na dificuldade no acesso ao trabalho, aos tratamentos de saúde, à educação e aos alimentos básicos para a subsistência.

## 6. Dos direitos fundamentais<sup>58</sup>

### 6.1. Histórico dos direitos fundamentais:

As duas correntes de pensamento que mais contribuíram para o surgimento dos direitos fundamentais foram a Declaração de Independência Americana (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Ocorre que, enquanto aquela estava vinculada ao momento histórico da independência das treze colônias em relação à Inglaterra (limitada aos interesses locais), esta desde sempre possuiu caráter universal, sendo considerada válida para toda a humanidade. Por fim, o Constitucionalismo do século XVIII contribuiu para consolidar os direitos fundamentais do homem de forma solene, além de preconizar a limitação do poder estatal.

Conforme anota José Afonso da Silva, não obstante a doutrina francesa indique o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de

<sup>57</sup> COMPARATO, Fabio. “A Constituição Alemã de 1919”, disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>58</sup> J. J. Canotilho ensina que freqüentemente as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são utilizadas como sinônimas, mas podem ser distinguidas, segundo a origem e significado em: direitos do homem, que são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); e direitos fundamentais, que são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem decorreriam da própria natureza humana, daí porque tem caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 393.

inspiração das declarações de direitos<sup>59</sup>, estas não foram decorrentes de inspirações, mas de reivindicações e lutas para a conquista dos direitos nelas consubstanciados. Prossegue, dizendo: “E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação”.<sup>60</sup>

O autor cita como condições “objetivas” ou reais ou históricas, em relação às declarações do século XVIII, a contradição entre o regime da monarquia absoluta, que era estagnadora, petrificada e degenerada, e uma nova sociedade tendente à expansão comercial e cultural. As condições “subjetivas” ou ideais ou lógicas seriam as fontes de inspiração filosófica adotadas pela doutrina francesa, quais sejam:

a) O pensamento cristão primitivo<sup>61</sup>, que continha uma mensagem de libertação do homem, na afirmação da “dignidade eminente da pessoa humana”, por ser o homem uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertencer a “todos” os homens, o que indica uma “igualdade fundamental de natureza entre eles”;

b) A “doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII”, fundada na natureza racional do homem em contraposição à “divinização” que sustentava o regime absolutista vigente; esta doutrina adquiriu força bastante para sustentar as transformações sociais, defendendo teses de direitos inatos, onde encontrou base para o reconhecimento de um conjunto de direitos entendidos com inerentes à pessoa humana;

c) O “pensamento iluminista”, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores pessoais do homem acima dos valores sociais, afirmando o “individualismo” que exala das primeiras declarações dos direitos do homem.<sup>62</sup>

Ocorre que a sociedade, a economia e as necessidades sociais não são estáticas e o que foi considerado uma conquista em uma determinada época, como essas declarações de direito, em momento posterior se verifica insuficiente, exigindo-se a garantia de outros direitos e uma diferente forma de atuação estatal. Neste sentido, a lição de José Afonso da Silva:

---

<sup>59</sup> Ensina Mariana Filchiner Figueiredo que a busca dos direitos fundamentais partia da noção de “justo” que antecederia ao que viesse a ser declarado pelo Estado, tendo existido “desde sempre” no íntimo de cada ser humano. Tanto é assim que decorre destes direitos a concepção de “direitos naturais”, ou seja, direitos inerentes ao homem, pois que decorrentes da própria condição humana, existentes antes mesmo do surgimento do Estado. E, por isso, esses direitos são declarados e não instituídos pela ordem jurídica estatal. In: *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 172-173.

<sup>61</sup> Esclarece José Afonso da Silva que não é o pensamento cristão vigorante no século XVIII, que era favorável ao *status quo* vigente, pois o clero e o alto clero não só apoiava a monarquia absoluta, como também oferecia a ideologia que a sustentava, com a tese da origem divina do poder (*op. cit.*, p. 173).



Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também sobreviriam novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos. Essas novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais são: (1) o *Manifesto Comunista* e as *doutrinas marxistas*, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem proclamados no século XVIII, postulando *liberdade e igualdade materiais* num regime socialista; (2) a *doutrina social da Igreja*, a partir do Papa Leão XIII, que teve especialmente o sentido de fundamentar uma ordem mais justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, mais recentemente, para uma Igreja dos pobres que aceita os postulados sociais marxistas; (3) o *intervencionismo estatal*, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas, o que é ainda manter-se no campo capitalista com sua inerente ideologia de desigualdades, injustiças e até crueldades.<sup>63</sup>

Assim sendo, não obstante os direitos fundamentais tenham surgido com as declarações de direitos, sofreram várias transformações para se adequarem às novas necessidades sociais, abrangendo hoje não somente os direitos individuais, mas também os sociais, culturais, econômicos e difusos, dentre outros.<sup>64</sup>

Destaca Claudia Lima Marques que não obstante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que lançou a pedra fundamental dos direitos humanos tenha ocorrido há muito tempo, hoje temos um *revival*<sup>65</sup> dos mesmos, pois “serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional”.<sup>66</sup>

Conforme já apontado, as necessidades humanas não são estanques, e na medida em que alguns direitos são garantidos, inevitavelmente outros que até mesmo lhes dão substrato

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Cit., p. 174.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 174-175.

<sup>64</sup> Várias categorias e espécies de divisões de direitos de garantias fundamentais são realizados pelos doutrinadores, merecendo citação Paulo Bonavides, para quem são direitos fundamentais o direito à democracia, à informação, ao pluralismo. In: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2005, pág. 571.

<sup>65</sup> Claudia Lima Marques explica que este *revival* decorre do fato de na pós-modernidade não acreditarmos na ciência em geral, nem na ciência do direito, nem mesmo que o direito positivado seria um sistema fechado, pois coisas que estavam fora do direito ou eram juridicamente irrelevantes passam a ser relevantes, ocasionando um vazio dogmático e científico, de incertezas e probabilidades. É como fio condutor na solução destas situações que os direitos humanos passam a reconstruir o direito. In: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2006, *Op. cit.*, p. 265.

<sup>66</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 264-265.

vão surgindo, podendo citar, como exemplo, a vida de uma pessoa adulta. A primeira necessidade é o trabalho remunerado, que depois de atendida, constata-se que é imperioso que o valor dos vencimentos sejam suficientes para a obtenção de meios mínimos para a sobrevivência. Posteriormente, passa-se a considerar essencialidade do lazer para uma vida digna, mais adiante há a consciência de que o ambiente de trabalho deve ser salubre, agradável, e assim sucessivamente.

Da mesma forma ocorreu com os direitos fundamentais, em que primeiro houve a necessidade da garantia da liberdade e, posteriormente, com a consolidação desse direito, verificou-se que não poderia ser plenamente exercido sem que houvesse outras garantias, como o acesso à saúde e educação, tidas também como condições necessárias para a fruição plena da liberdade. A situação deu ensejo ao surgimento dos direitos sociais, como garantia de isonomia entre a população; a partir disso, verificou-se que igualmente é essencial uma sadia qualidade de vida, de um meio ambiente saudável, do acesso às informações etc., igualmente importantes para uma vida digna.

## 6.2. Classificação dos direitos fundamentais.

São várias as classificações dos direitos fundamentais, sendo de destacar que a própria Constituição Federal realiza a classificação nos capítulos I a V, da seguinte forma:

- a) Direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 5º;
- b) Direitos sociais, nos artigos 6º a 11º;
- c) Direitos da nacionalidade, no artigo 12 e 13;
- d) Direitos políticos, nos artigos 14 a 16;
- e) Direitos dos partidos políticos, no artigo 17.

Esses direitos não se encontram inseridos somente no título II da CF, existindo outros que igualmente estão garantidos. Configuram-se como direitos sociais, além dos previstos no artigo 6º, os constantes no título VIII (da Ordem social), os da seguridade social (artigo 193 e seguintes).

De igual forma, os chamados direitos de solidariedade também são contemplados nos artigos 3º que cita como um dos objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e 225, que trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que deve ser assegurado pelo Poder Público e pela coletividade.

Modernamente a doutrina nos apresenta a classificação dos direitos fundamentais, dividida em gerações ou dimensões, baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. De se esclarecer que o termo ‘geração’ tem provocado críticas de grande parte da doutrina, ao argumento de que daria a idéia de que uma geração substitui a outra, quando ao contrário, com ela interage. O próprio Paulo Bonavides<sup>67</sup> tratou de esclarecer que:

[...] o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política [...] a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.<sup>68</sup>

Realmente, o sentido do termo “geração” não obstante na origem tenha o sentido de gerar, de linhagem, estirpe, descendência<sup>69</sup>, tem sido bastante utilizado para indicar algo novo, superior ao anterior, principalmente nos lançamentos tecnológicos, que quanto mais modernos, não raras vezes, acoplam a denominação de uma nova geração. Assim, em matéria de carros, hoje temos os veículos de 4ª geração, celulares de 3ª geração, equipamentos de música e 4ª geração etc., sempre agregando a idéia de que a nova é superior à anterior. E, o termo “dimensão”, entendida como extensão, tamanho<sup>70</sup>, não gera essa interpretação dúbia, motivo porque talvez, seja realmente menos suscetível de equívocos, a adoção desse termo.

Tratando-se de classificação bastante utilizada pela doutrina, que de alguma forma facilita e auxilia na compreensão da abrangência dos direitos fundamentais, passa a fazer uma rápida abordagem.

#### **a) Direitos de primeira dimensão**

São relacionados com a “liberdade”, cujo marco histórico foi a Revolução Francesa. Se antes os indivíduos estavam submetidos ao poder ilimitado do monarca, que era ao mesmo

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 571-572.

<sup>68</sup> No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 386-387.

<sup>69</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 322.

<sup>70</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio...*, p. 222.

tempo legislador, administrador e juiz, agora os indivíduos deveriam submeter-se ao império da lei.<sup>71</sup>

Também denominados de direitos civis ou individuais e políticos, protegem o indivíduo contra o arbítrio estatal e surgiram ao lado do constitucionalismo, do Estado de Direito e de outras idéias libertadoras do arbítrio do soberano. Consoante Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>72</sup>

A primeira dimensão confunde-se com as chamadas liberdades públicas negativas, que se aplicariam tanto ao Estado como aos particulares, que deveriam abster-se de qualquer conduta que pudesse interferir no exercício pleno desses novos direitos; e, sendo estes subjetivos, o Estado deveria evitar que fossem violados e se violados, deveria restaurá-los, responsabilizando o causador do dano, através de seu poder de coercibilidade.<sup>73</sup>

Esses direitos vieram como uma tentativa de proteção do indivíduo, representada pela classe burguesa, em face do poder ilimitado que era exercido pelos monarcas, colocando em risco seus bens e a sua segurança jurídica, econômica e pessoal.

Conforme se verifica, têm nítido caráter privatista e individualista, com o objetivo de concretizar política e socialmente a ascensão econômica já conquistada pela classe burguesa, garantindo-lhe uma esfera de liberdade e reconhecimento de prerrogativas frente ao Estado.<sup>74</sup>

### **b) Direitos de segunda dimensão**

São os direitos sociais, culturais e econômicos, e surgiram principalmente com o desenvolvimento industrial e econômico do século XX e estão relacionados com o princípio da isonomia.

---

<sup>71</sup> Foi nesta época que Montesquieu escreveu a sua clássica obra, *O espírito das leis*, onde foi esboçada a idéia de tripartição das funções, a serem exercidas por órgãos distintos e independentes, visando impedir a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 563-564.

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde...*, p. 20.

O intenso desenvolvimento industrial e econômico do século XX, intensificaram as desigualdades sociais, e a idéia inicial de liberdades públicas negativas, em que se pregava o Estado mínimo foi perdendo força, exigindo-se deste, postura não mais de omissão, mas positiva, no sentido de prestar determinadas prestações materiais. Confunde-se com as chamadas liberdades públicas no sentido positivo, por exigirem uma atuação ativa do Poder Público em favor do indivíduo. Nesse tópico, Araújo anota que:

A evolução histórica demonstra que o indivíduo julgou insuficiente a garantia dos direitos contra o Estado (liberdade de expressão, liberdade de domicílio, liberdade de sigilo de correspondência), necessitando de uma atuação efetiva do Estado, exigindo dele uma prestação positiva.<sup>75</sup>

O tema central é a “igualdade” e o Estado deve interferir nas relações entre particulares para conferir isonomia de forças às relações jurídicas. A concretização dos direitos sociais deve ocorrer através de políticas públicas engendradas nas diversas áreas governamentais, com o objetivo de garantir a proteção social aos fracos e pobres, que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.<sup>76</sup>

Dessa idéia não foge a definição trazida por José Afonso da Silva, para quem:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, 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 sua vez, proporciona condição mais compatível como o exercício efetivo da liberdade.<sup>77</sup>

Conforme se afere do texto constitucional, o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho e à seguridade social, em torno dos quais se inserem outros, como o direito à saúde, à previdência social, à assistência social, à educação e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **c) Direitos de terceira dimensão**

<sup>75</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Coord.), 1994, p. 63.

<sup>76</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 52.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 289.

Esses direitos, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Para Canotilho<sup>78</sup>, esse direito:

[...] nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento o direito ao património comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: **direito dos povos**.<sup>79</sup>

Nas palavras Paulo Bonavides, esses direitos:

Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.<sup>80</sup>

Estão ligados ao ideal de “fraternidade” e solidariedade, sendo exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da CF), à paz, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação etc.<sup>81</sup>

#### **d) Direitos de quarta dimensão**

A existência desta quarta dimensão não é unânime na doutrina. Paulo Bonavides a adota e pontua que é representada pela globalização política na esfera da normatividade jurídica, sendo o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Diz o autor que:

Os direitos da quarta geração não somente culminam *a objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – *a subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 386.

<sup>79</sup> Esclarece Canotilho que por vezes os “direitos dos povos” são chamados direitos de quarta geração e os direitos de terceira geração seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores. *Ibidem*, p. 386.

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 523.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 569-570.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 571-572.

De forma semelhante, Canotilho sustenta que essa nova dimensão, defendida por alguns como de terceira e por outros como de quarta, decorre da discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no patrimônio comum, da nova ordem de informação e se referem ao direito à autodeterminação, ao patrimônio comum da humanidade, a um ambiente saudável e sustentável, à comunicação, à paz e ao desenvolvimento.<sup>83</sup>

Independentemente da adoção de classificação dos direitos humanos em gerações ou dimensões, eles devem ser concretizados a cada dia e têm como fundamento o respeito à vida, assegurado no artigo 5º, caput, da CF, esta entendida como uma vida digna, nos termos do artigo 1º, desta mesma Carta.

E, certamente que para assegurar a vida digna, o Estado deve não só proteger os direitos previstos constitucionalmente, mas atuar diretamente, através de seus Poderes para garantir e efetivá-los.

### 6.3. Finalidade e abrangência.

Na visão ocidental de democracia, o governo pelo povo e a limitação de poder estatal estão indissoluvelmente combinados.<sup>84</sup> O povo escolhe seus representantes, que agindo como mandatários, decidem o destino da nação; mas, o poder delegado não é absoluto, existindo limitações, dentre elas, a previsão de garantias individuais e coletivas da população em face das demais pessoas e do próprio Estado.<sup>85</sup>

Canotilho aponta as seguintes funções dos Direitos Fundamentais:

I) Função de defesa ou de liberdade, que é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado<sup>86</sup>, prossegue o autor dizendo que:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes

<sup>83</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 386.

<sup>84</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

<sup>85</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 60.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 407.

públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>87</sup>

II) Função de prestação social. Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social), mas nada impede que o particular, havendo disponibilidade dos bens no mercado e de recursos próprios, obtenha a satisfação de suas ‘pretensões prestacionais’ através do comércio privado.<sup>88</sup>

O autor relata que esta função anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais: a) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; b) ao problema dos direitos sociais derivados, concernente à possibilidade de impor uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex. prestações médicas e hospitalares existentes); c) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigá-los a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações. Revela o autor que a resposta dos dois primeiros problemas é discutível, mas quanto à última questão, é líquido que normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição portuguesa individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas.<sup>89</sup>

III) Função de proteção perante terceiros. Vários dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, de inviolabilidade do domicílio, de proteção dos dados da informática, de associação, resultam em dever do Estado de adotar medidas positivas a proteger o exercício desses direitos perante atividades perturbadoras ou lesivas, ainda que praticadas por terceiros.<sup>90</sup>

IV) Função de não discriminação. Consiste em assegurar que o Estado trate os seus como fundamentalmente iguais e abrange todos os direitos e é com base nesta função que se

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. . *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p. 408.

<sup>88</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, cit., p. 408.

<sup>89</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *ibidem*, p. 408-409.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 409.



discute o problema das quotas e das ações afirmativas tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: cotas de deficientes).<sup>91</sup>

Nota-se que essas funções são variadas e não raras vezes impõem uma atuação ativa do Estado na concretização e resguardo dos direitos fundamentais à sua população, nos quais se incluem os direitos sociais, considerados, como vistos, direitos de segunda dimensão.

## 7. Direito à saúde – um direito social.

### 7.1. Direitos Sociais

O direito decorre da vida em sociedade. Existindo mais de uma pessoa, deve existir o direito para regular as relações entre as pessoas, daí decorre o brocardo jurídico: *ubi societas ibi jus*.

O Direito exerce na sociedade a função de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, organizando cooperação entre as pessoas e compondo conflitos entre os seus membros, orientados pelos critérios do justo e do equitativo.<sup>92</sup>

Maria Helena Diniz define “direito” com base em Miguel Reale, como sendo “uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores”.<sup>93</sup>

Plácido e Silva ao tratar do vocábulo em seu sentido objetivo, diz que deriva do *directum* latino, que etimologicamente significa o que é “reto”, conforme a razão, à justiça e a equidade (direito), a que se diz de *norma agendi*, que se apresenta como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade. Continua explicando:

[...] o direito, objetivamente considerado, em qualquer aspecto em que se apresente, em seu estado prático ou empírico, em seu estado legal, instintivo, costumeiro ou legislativo, ou ainda em seu estado científico, doutrinário, mostra-se, eminentemente, um fenômeno de *ordem social*, sendo assim, em qualquer

<sup>91</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Ibidem*, p. 409-410.

<sup>92</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

<sup>93</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 2, p. 138.

sentido, uma norma de caráter geral, imposta pela sociedade, para ordem e equilíbrio de interesses da sociedade.

E, com razão, a Filosofia o coloca entre os ramos da *Sociologia*, porque não se admite o Direito sem a existência do homem, vivendo em sociedade [...]<sup>94</sup>

Realmente, o direito pertence ao campo das ciências sociais, pois o fenômeno jurídico requer o elemento humano como condição para a ocorrência dos elementos que lhe interessam. Nesse aspecto, pode até entender-se que falar em direito social é redundância ou pleonasma, diante o feito sociológico que se reveste.

De maneira semelhante, leciona Luis Recasens Siches que a vida autêntica e plena é a que se dá nos momentos individuais de conduta, quando o sujeito toma consciência de sua própria personalidade, cumpre sua singular missão e leva ao fim seu particular programa de existência; enquanto que o social representa algo mecânico, frio, cinza. Diz que os momentos de culminante plenitude e autenticidade da vida são aqueles em se leva à prática da criação individual, ao passo que muitos dos tipos coletivos de comportamento representam marcas pré-estabelecidas, esquemas genéricos e caminhos limitados. Mas isso não indica de nenhuma maneira que o social tenha uma importância secundária, ao contrário, pois este forma a parte essencial e necessária da vida humana, como componente que não se pode iludir, até o ponto de um homem não social ser algo impossível, constituindo-se em absurdo da mesma grandeza que a enunciação de um círculo quadrado.<sup>95</sup>

Afora essas considerações, o fato é que a expressão direito social, tida como de segunda dimensão dos direitos fundamentais, vem sendo entendida como uma nova forma de apresentação do Estado, em que este deve ter uma atuação positiva para concretização de deveres de natureza prestacional, em contrapartida ao direito de toda a coletividade, como garantia da efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão.

O grande desafio da atualidade é estabelecer se existe hierarquia entre os vários direitos sociais estabelecidos na Constituição e, por serem deveres estabelecidos diretamente pelo legislador, qual a abrangência deles e de que maneira seria possível compelir o Poder Público a cumprir esses direitos sem avançar na seara da independência entre os Poderes da República nem prejudicar os reais destinatários desses direitos

<sup>94</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 77-78.

<sup>95</sup> SICHES, Luis Recasens. *Vida Humana, sociedad y derecho*. Fundamentación de la Filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 126-127.

Interessante a idéia trazida por José Reinaldo de Lima Lopes, de que os direitos sociais são direitos, mas de uma espécie um pouco diferente do direito de propriedade, pois por natureza “todos devem usufruí-los simultaneamente, porque são direitos sobre bens coletivos [...] que garantem a sobrevivência de cada um e de todos simultaneamente”. No aspecto ético, igualmente são direitos por serem “a condição de possibilidade de convivência social” e não simples privilégios para poucos selecionados.<sup>96</sup>

Sustenta o autor que, por serem bens públicos e coletivos, têm a lógica da justiça distributiva, ao contrário da lógica da justiça comutativa ou justiça de retribuição, vigente nos contratos de direito privado e na aplicação das penas, em que a idéia da justiça é a de retribuição, comutação ou troca. A justiça distributiva pressupõe o entendimento da noção do bem comum, de bem coletivo ou, na linguagem do Código Civil, bem indivisível, pois os bens indivisíveis, de que são exemplos, a massa falida, a herança e o condomínio, só podem ser apropriados por meios de regras que são as regras de justiça distributiva. Da mesma forma os direitos sociais têm a natureza de bem indivisível, que deve ser discutido através de uma idéia de justiça distributiva, na qual é necessário que haja a aplicação de uma regra de razão fria a respeito de como vários têm simultaneamente acesso a uma mesma coisa (regras de uso das coisas comuns).<sup>97</sup>

Tendo sido constituídos ao longo da história justamente como serviços, das quais educação e saúde são os mais exemplares, com acesso universal, sujeitos à regra de distribuição, as regras de igualdade a serem aplicadas são a proporcional e não aritmética. Ressalta que esses direitos enfrentam um problema da natureza do objeto, pois são bens comuns que devem ser produzidos coletivamente e distribuídos coletivamente, mas em razão do acesso universal, alguém que não ajudou a produzi-lo pode usá-lo. Disso resulta o problema do efeito carona ou oportunista, que pode eventualmente ser favorecido pelo Poder Judiciário, se este não perceber que julga um conflito plurilateral e não bilateral; e, num conflito plurilateral o juiz “não pode julgar dando a ‘A’ e tirando de ‘B’; tem que satisfazer a todos, como na falência, só que diferentemente da falência, num conflito desta natureza que são os que a gente está começando a enfrentar, as regras não estão predefinidas”.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais. *Direitos Humanos*. Visões contemporâneas. Publicação especial em comemoração aos 10 anos da Fundação da Associação Juizes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001, p. 103-104.

<sup>97</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais. *Direitos Humanos*... Cit., p. 93-96.

<sup>98</sup> Idem, p. 96-100.

É o que vem sendo observado no Brasil, destacando-se as ações civis públicas movidas principalmente pelo Ministério Público. Como exemplo dessa situação, cita-se a ação civil pública<sup>99</sup> que tramita na Comarca de Caraguatatuba, em São Paulo, em que o juiz local concedeu a liminar pleiteada na exordial e determinou a desocupação da cadeia local em razão de superlotação de presos (tinha 246% de lotação) e necessidade de reformas. Não foi possível a desocupação, pois todas as cadeias próximas estavam igualmente lotadas - a de São Sebastião estava com 328% de lotação, a de Ubatuba, com 179% de lotação e a de Ubatuba se destinava apenas ao recolhimento de mulheres. Além disso, havia também liminar prolatada em outra ação civil pública interditando parcialmente a Cadeia Pública de São Sebastião, vedando o ingresso de presos que não fossem do município ou de Ilhabela, de forma que o cumprimento de uma liminar poderia implicar em violação de outra. Diversa não era a situação dos demais estabelecimentos prisionais do Estado, de forma que, não obstante os termos da liminar e de vultosa multa fixada para cada dia de descumprimento, a mesma somente pôde ser cumprida depois de decorrido alguns meses, com a inauguração de novas unidades prisionais e finalização de reformas em outras.

A mesma situação pode ser verificada no caso de saúde, em que a liminar determinando o fornecimento imediato de medicamentos sob pena de desobediência ou multa, não raras vezes, implica na retirada daqueles adquiridos através de regular licitação que seriam destinados a determinado paciente regularmente cadastrado, para concessão ao que ingressou com a ação judicial. O servidor da administração que deve cumprir a liminar, sob pena de ter que arcar com conseqüências várias decorrentes de eventual descumprimento; contudo, se atrasar a entrega para o usuário cadastrado, não implicará em conseqüências nefastas para a Administração ou o servidor, mas o mesmo não pode ser afirmado com relação ao paciente preterido.

Da mesma forma, o juiz, ao determinar a realização de um tratamento no exterior, com as despesas arcadas pelo Estado, cujos custos são elevados, dá solução a um conflito judicial entendendo-a como bilateral, quando na realidade está sendo discutido um direito de natureza plurilateral. Em razão do desvio de recursos para custeio de despesa que não estava prevista no orçamento público, com a repetição dessas situações, pode ocorrer diminuição ou postergação de investimentos na área da saúde, em prejuízo aos demais destinatários dos serviços públicos.

---

<sup>99</sup> Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, proc. n. 830/2004 em trâmite perante a 3ª. Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba.

Esses exemplos demonstram que efetivamente são complexas as situações que envolvem a concretização das políticas públicas e as decisões judiciais tomadas em plano bilateral (autor e Estado), muitas vezes, acabam atingindo outras situações ou relações jurídicas que não integram a relação processual originária e nem teriam legitimidade para integrá-la.

É a clara demonstração de que a aplicação de um direito social sob a ótica individualista ou dualista de dever do Estado e direito do usuário ou beneficiário, invariavelmente, afeta a esfera individual de outros usuários que necessitam da prestação, o que se acredita não seria o intuito da nossa CF, quando impôs ao Estado o dever de garantir vários direitos sociais, dentre os quais, a saúde da população.

Realmente, se o Estado Social não pressupõe a igualdade entre os homens e, justamente por isso, atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade através de intervenção na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos<sup>100</sup>, realmente não é possível buscar a composição de um conflito analisando somente uma parcela dos destinatários dos direitos sociais. A efetivação dos direitos sociais deve ter em foco toda a população brasileira, sem esquecer os objetivos, metas e princípios estabelecidos na CF.

## 7.2. Direito à Saúde

Se todo direito se contrapõe a um dever, direito à saúde se contrapõe a um dever de quem? Do indivíduo, da família, do Estado ou da sociedade? A atual CF consigna que o dever de saúde é do Estado, mas tal indagação rendeu larga discussão quando da 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS).

Nessa conferência, Jairnilson Silva Paim<sup>101</sup> defendeu que nas sociedades modernas, em que predomina o modo de produção capitalista, não é mais possível confinar a responsabilidade com a saúde ao indivíduo e à família. Diz que mesmo nos EUA, onde vigora a ideologia neoliberal, combatendo a intervenção estatal também na saúde, existe significativa rede de hospitais públicos e serviços de saúde comunitários, além de programas governamentais visando assegurar o acesso aos serviços de saúde aos seus milhões de pobres.

Os países europeus, que desde a Segunda Guerra assumiram o modelo de “Estado de Bem-Estar Social”, reconhecem a saúde como assunto de responsabilidade social, tendo o

---

<sup>100</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.17.

Estado o dever de assegurar esse direito à população, facilitando os serviços necessários ao atendimento das necessidades sociais. Países como a Inglaterra, Alemanha, França, Suécia e a Itália, têm reservado parte substancial do seu Produto Interno Bruto (PIB) para essa área e vêm organizando os sistemas nacionais de saúde com forte participação estatal na produção direta desses serviços.

Quanto aos países socialistas, é conhecida a experiência de reorganização dos serviços de saúde em Cuba, que permitiu a universalização da cobertura para a população, de forma gratuita, após as reformas implementadas a partir da década de 1960, de forma que os serviços de saúde atingem mais de 99,1% da população, que está coberta com um médico e enfermeira da família; o que demonstra que é possível a efetivação dos serviços de saúde, em país economicamente pouco desenvolvido.<sup>102</sup>

Na realidade, como se trata de um país governado por um regime ditatorial típico, com censura, tortura, presos políticos e fuzilamentos, não é possível afirmar se as informações passadas pelo governo são tão confiáveis; ou se esses serviços acessíveis à maioria da população são eficientes. Existem reportagens como a de Lourival Sant'Anna que afirma que os estrangeiros, diplomatas e turistas que pagam os honorários médicos em dólares são encaminhados a hospitais especiais (inacessível à população local), cuja infra-estrutura é muito superior à existente nos hospitais públicos, que se encontram sucateados e não são capazes de atender as necessidades da população local. Afirma que a boa saúde pública não passa de um mito mantido proibindo-se os estrangeiros de entrar em hospitais destinados a cubanos.<sup>103</sup> É bem possível que essa notícia seja verdadeira, pois economicamente o país encontra-se praticamente isolado em razão dos embargos comerciais que lhe são impostos pelos países desenvolvidos e o empobrecimento do país é notório, principalmente após o fim na União Soviética, de quem recebia considerável ajuda financeira.

Não obstante a saúde esteja inserida no texto constitucional como um dos tripés da Seguridade Social, atualmente ela é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta; pois, após a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), as ações de saúde passaram a ser de responsabilidade direta do

---

<sup>101</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Direito à Saúde, Cidadania e Estado. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 55.

<sup>102</sup> Extraído do site oficial da embaixada de Cuba. Disponível em: <<http://embacu.cubaminrex.cu/Default.aspx?tabid=2214>>, acesso em: 16 jan. 2008.

<sup>103</sup> SANT'ANNA, Lourival. O mito de boa saúde pública – Imagem positiva se mantém proibindo-se estrangeiros de entrar em hospitais para cubanos. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 04 maio 2003.

Ministério da Saúde, devendo ser efetivadas por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Lei n. 8.080/90.<sup>104</sup>

A saúde tem escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que nos termos do artigo 169, da CF, não possui restrição com a sua clientela protegida, pois qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado, não havendo necessidade de comprovação de contribuição pelo beneficiário direto.

Ficou assegurada a participação das instituições privadas, de forma complementar, no sistema único de saúde, mas com vedação de destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (art. 199, CF). Foi atribuído ao Poder Público, as ações e serviços de saúde, competindo-lhe dispor sobre regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução ser feita diretamente ou através de terceiros (art. 197, CF); dispendo-se que as atribuições integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem um sistema único de saúde a ser desenvolvido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (art. 198, CF)

Sob essa nova ótica constitucional, diz Sebastião Botto de Barros Tojal, que o Estado está “juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas”.<sup>105</sup>

Para José Afonso da Silva<sup>106</sup>, as ações e serviços de saúde são de responsabilidade do Poder Público e essa responsabilidade é distinta da assistência à saúde que pode ser realizada pela iniciativa privada, em participação suplementar no SUS.

Desse modo, o dever de saúde compete ao Estado, que é obrigado a realizar as políticas públicas para a concretização das ações e serviços de saúde visando à garantia do bem-estar, que deve ser dirigida para toda a população indistinta e igualmente.

O tratamento igualitário, antes de previsto no artigo 196, consta no artigo 5º, caput, da CF, que trata do princípio da isonomia. Leciona Alexandre de Moraes que a CF de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade

---

<sup>104</sup> Conforme tratado no capítulo concernente à evolução da seguridade social até o surgimento do SUS, o custeio da saúde feito pelo INAMPS se limitava aos empregados urbanos com registro na Previdência Social, sendo os serviços pagos através de verba previdenciária; e, após a criação do SUS, o acesso ao sistema de saúde passou a ser universal e igualitário, de atribuição da pasta da Saúde.

<sup>105</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito à saúde. MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os dez anos da Constituição Federal*: temas diversos. São Paulo: Atlas, 1998, p. 41.

<sup>106</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, *cit.*, p. 832.

de possibilidades virtuais<sup>107</sup>, ou seja, todos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Se a dignidade da pessoa humana é o fundamento da nossa Constituição, ao lado dela, o principal coadjuvante para assegurar a sua prevalência é o princípio da isonomia, que deve ser interpretado na acepção mais ampla, aplicando-se na proporção ou na medida da desigualdade, justamente para buscar-se atingir a finalidade exposta no artigo 3º, da CF, qual seja: a de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tal implica em dizer que todos têm garantidos os mesmos direitos e de forma igualitária para toda a população, o que se reflete no momento de aplicação, interpretação e efetivação de todos os direitos previstos na Carta, e até mesmo no momento da elaboração das leis.

Esse dever de tratamento igualitário se apresenta em toda a Constituição, inclusive no tocante ao direito à saúde, conforme bem destacado por Jorge Miguel:

[...] a promoção da saúde, sua proteção e recuperação são deveres do Estado. O acesso às ações que garantam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, é universal e igualitário. Universal, porque obriga a todos, sem exceção; igualitário, porque as ações não se comovem com as diversidades do segurado. Para garantir a saúde ou recuperá-la, todos recebem o mesmo tratamento. Para atingir estes objetivos, o sistema será único, ainda que em convênio com entidades privadas. O Brasil, diferente de alguns países europeus, não socializou a medicina, já que no artigo 199 a assistência à saúde é livre, reservada também à iniciativa privada.<sup>108</sup>

Em razão disso, as ações e as políticas em relação a esse assunto devem ser regidas pelo princípio da equidade, consoante Miguel Horvath Júnior<sup>109</sup>:

Para a OMS, equidade em saúde implica receber atenção segundo suas necessidades. O princípio de equidade reconhece que os indivíduos são diferentes entre si e merecem tratamento diferenciado na medida de sua necessidade. Conquanto a Constituição expressamente não assegure a equidade no acesso à saúde, garante o acesso universal e igualitário. E a igualdade assegurada possibilita a chamada “discriminação positiva”, ou seja,

<sup>107</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66-68.

<sup>108</sup> MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1991, p. 299.

<sup>109</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 91.



garantir a quem tiver mais necessidades maior acesso às prestações, de tal forma a amparar e garantir as ações também a quem estiver em menor estado de necessidade.

Desse modo, não é admissível haver discriminação quanto à promoção da saúde para beneficiar pessoas específicas, garantindo a quem tiver acesso às suas prestações, por exemplo, através da via judicial, um atendimento mais elevado que o dispensado ao restante da população.

O acesso às políticas públicas deve ser promovido de forma igualitária; contudo, é possível haver discriminação positiva para garantir maior acesso às ações e serviços de saúde às pessoas que estiverem mais necessitadas, cujo acesso não lhes esteja sendo concretizado em razão das desigualdades sociais e econômicas.<sup>110</sup>

E o acesso igualitário é garantido através do princípio da legalidade, mediante um regramento específico estabelecendo precisa e objetivamente a abrangência, o conteúdo e a dimensão do direito à saúde, garantido e exigível pela população.

Defendendo a necessidade de prestígio da idéia de legalidade, José Reinaldo Lima Lopes<sup>111</sup> afirma que “a desmoralização e o desprestígio da idéia de legalidade têm por consequência uma concepção política que consiste na luta pela obtenção da vantagem e pela distribuição desigual de recursos” resultando “uma cultura de privilégios e uma confusão do público e do privado”. Sustenta que a eficácia do ordenamento é uma condição para a afirmação dos direitos universais, pois a “ineficácia leva à manutenção de privilégios, de situações mantidas apenas por motivos pessoais, que não se estendem a qualquer um”.

Já Ives Gandra Martins e Celso Bastos, vislumbrando que a ação social deve buscar a isonomia material, defendem que:

De rigor, numa verdadeira democracia liberal e justa, os que têm maior poder aquisitivo devem ser atendidos pelo Estado em segundo plano, pois possuem recursos para se auto-sustentar, devendo a ação social prioritária ser dedicada àqueles que dela mais necessitam.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Exemplo desta situação seria o fornecimento de acomodação e hospedagem a paciente que necessite se deslocar para Município distante, para aguardo de órgão para realização de transplante. Essa acomodação poderia não se mostrar necessária se residisse em local próximo ao local em que deve ser realizado o transplante.

<sup>111</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 94.

<sup>112</sup> MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 8.º vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 129.

Demonstra-se que a partir do momento que restaram consagrados os direitos sociais na CF, dentre os quais a saúde, que é objeto deste estudo, tornou-se desafio para todos (do Poder Público composto dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da própria sociedade) delimitar e entender a maneira mais igualitária, coerente, ou seja, “justa” de concretização desses direitos.

Essa meta é penosa, em especial para os países subdesenvolvidos ou de desenvolvimento econômico tardio, pois há necessidade de recursos financeiros para atendimento dos deveres prestacionais, cujo montante disponível nem sempre é suficiente para o atendimento da população na forma desejada.

O objetivo deve ser conquistado com determinação, sob pena de permanecer apenas no campo da luta política e ideológica. O próprio Plano Beveridge já afirmava que “libertar o homem da miséria é algo que não pode impor-se à democracia, nem se a ela oferecido, mas que deve ser por ela conquistado.”<sup>113</sup>

E a concretização dos direitos sociais ocorre a partir de planos de ação organizados, que são as políticas públicas, de que falaremos a seguir.

---

<sup>113</sup> PLANO BEVERIDGE. Tradução e Almir de Andrade. (Edição integral conforme o texto oficial publicado pelo Governo Britânico). Rio de Janeiro: José Olympio, 1943, p. 458.

### III - POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

#### 1. Breve análise da evolução do Estado

Antes de adentrarmos na questão da saúde, importante se faz localizar qual a forma de Estado adotado no Brasil, a partir da CF de 1988, pois não há como estabelecer a amplitude da atuação estatal na vida das pessoas, especialmente no tocante à saúde se não tivermos presente a noção de Estado.

A primeira etapa do Estado moderno vigorou na época do absolutismo, onde a vontade do rei era a lei suprema, não sujeita a controle, cabendo ao povo somente servi-lo. Dentro da concepção política do Estado absoluto não era possível invocar direitos em face do Estado absoluto, que gozava de total imunidade, pois vigorava a idéia de que *Lei roi ne peut mal faire*, como se afirmava na França, ou *The King can do no wrong*.

Em contraposição ao absolutismo, no século XVIII, no auge do desenvolvimento científico e cultural, os iluministas passaram a tecer diversas críticas ao absolutismo francês, propondo uma sociedade baseada no liberalismo econômico e político, inspirado nas idéias de que o homem dotado de razão tem direito à liberdade, direito este na qual o Estado não pode interferir. Pelos ideais do liberalismo, é a vontade do povo, refletida nas leis que deve prevalecer, e o direito deve garantir as liberdades individuais. É daí que surge a denominação de Estado de Direito.

Ocorre que o Estado omissivo foi maléfico no âmbito econômico e social, pois as grandes empresas foram se transformando em grandes monopólios, aniquilando as de pequeno porte e fazendo surgir a classe social do proletariado, que vivia em condições de miséria e doença, acentuando a desigualdade social.

Em reação ao liberalismo, alguns países, negando os direitos individuais, tentaram superar estas desigualdades sociais, através de adoção de Estados totalitários, como a Alemanha Nazista, a Itália fascista e o bloco comunista.

Outros países, buscaram soluções intermediárias, atribuindo ao Estado um papel ativo na superação das desigualdades, fazendo surgir o Estado Social, que não pressupõe a igualdade entre os homens, atribuindo ao Estado a missão de buscar essa igualdade através de intervenção na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, atuando nos mais variados setores da vida privada, preocupando-se com o bem comum (interesse público), em substituição ao individualismo reinante no Estado liberal.

Isso acarretou enorme crescimento do Estado, que passou a não só limitar o exercício de direitos, mas também a atuar diretamente no setor da atividade privada, para assegurar a justiça social, colocando em perigo a liberdade individual.

Diante dessas conseqüências negativas, procurou-se introduzir novas concepções para a produção da justiça social, acrescentando-se ao conteúdo do Estado Social de Direito a participação popular no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública<sup>114</sup>, fazendo surgir o denominado Estado Democrático de Direito.

É o caso brasileiro, cuja CF atual afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em “Estado Democrático de Direito”, formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, tendo como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Nossa Carta exige uma atuação governamental dirigente, para implementação do Estado do Bem-Estar que se obriga à satisfação de prestações sociais variadas como saúde, educação, segurança, amparo à infância e à velhice. Isso ensejou numa crise financeira decorrente do *déficit* público, da dificuldade na obtenção de recursos para custear os deveres sociais, da ineficiência na prestação dos serviços públicos e atividades assumidas pelo Estado na área econômica.<sup>115</sup>

Essa situação levou ao retorno de alguns dos princípios do liberalismo, com nova feição, motivo porque denominada “neoliberalismo”. Ao contrário do liberalismo do século

---

<sup>114</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.40.

<sup>115</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade Administrativa...*, p. 52.

XVIII que se apegava ao princípio do *laissez faire*, o neoliberalismo aceita a intervenção do Estado no domínio econômico e social, para corrigir as distorções e deficiências verificadas na iniciativa privada.

Adota-se o princípio da subsidiariedade, reconhecendo que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal, devendo o Estado se abster de exercer atividades que o particular tem condições de exercer; devendo o Estado atuar como gestor para, fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, permitindo aos particulares, na medida do possível, terem sucesso na condução de seus empreendimentos.

Há a diminuição do tamanho do Estado, concretizada através de privatizações, transferência do controle acionário das empresas estatais para o setor privado, concessão e permissão de serviços públicos, desregulamentação, terceirização e quebra de monopólios públicos.

Desenvolve-se, inspirado no modelo americano, a regulação da atividade econômica e dos serviços públicos, com a outorga de função reguladora a entidades autônomas, a maior parte delas instituídas com a denominação de agências reguladoras.

Ou seja, vivemos numa espécie de “revival” do liberalismo, mas agora com o Estado ocupando a posição de administrador e gerenciador das Políticas Públicas, cuja implementação em boa parte tem sido passada à iniciativa privada.

## **2. O modelo de Estado brasileiro**

A CF de 1988 foi escrita sob nítida influência das Constituições Sociais, especialmente a portuguesa, avocando para si uma enormidade de deveres, obrigando-se a realizar uma série de interferências especialmente na área social, sob a ideologia do “Estado máximo”, de cunho provedor e assistencialista.<sup>116</sup>

Ao mesmo tempo em que se seguia a discussão da assembleia constituinte desta carta com feição social, que exige grande participação estatal nas atividades sociais, também se

---

<sup>116</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37-38.

verificava a necessidade de diminuição da participação do Estado na sociedade estando em trâmite medidas legislativas visando à diminuição do tamanho do Estado.<sup>117</sup>

Tanto é assim que logo após a promulgação da CF de 1988, foi criado o Programa Nacional de Privatização através da Medida Provisória n. 155, de 1990, convertida na Lei 8.031, de 1990; e, depois de promulgada a CF foram promovidas reformas constitucionais através das Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995 e 19 de 1998, que possibilitaram a realização de privatizações, extinções de alguns monopólios, liberação de alguns setores da economia e reserva de determinados mercados.<sup>118</sup>

Entendeu-se que esse seria o caminho mais viável de atendimento das necessidades sociais, diante da ineficiência dos serviços públicos e do *déficit* público gerado pela burocratização típica do Estado Social.

As tarefas que eram de atribuição exclusiva do Estado foram transferidas para a iniciativa privada, pela via da concessão, permissão dos serviços ou por fórmulas associativas (parceria, colaboração e participação), ensejando em um grande crescimento do chamado terceiro setor. A atividade de cunho estatal passada para a iniciativa privada passou a ser controlada pelas agências reguladoras, que podem ter poder de polícia administrativa, de serviços públicos, de ordenar a economia ou de organizar a prestação de serviços à sociedade.<sup>119</sup>

Esta situação também se aplica no tocante ao sistema de saúde, onde também há regulação através de agências reguladoras e para atendimento da saúde são realizadas parcerias e convênios com o setor privado, especialmente organizações sociais, associações e fundações de apoio a entidades públicas.

---

<sup>117</sup> Desde 1979 havia no Governo Federal um Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740/79), que foi sendo aperfeiçoado com a criação do Conselho Interministerial de Privatização (Decreto n. 91.991/85), seguido de um Conselho Federal de Desestatização (Decreto n. 95.886/88), até a criação do Programa Nacional de Privatização, já sob a égide da nova ordem constitucional (Medida Provisória 155/90, convertida na Lei 8.031/90).

<sup>118</sup> As modificações na CF foram seguidas pela edição das Leis 9.491/97, 9.635/98 e 9.700/98 que delinearam um novo papel para a Administração Pública, conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que aponta os seguintes setores de atuação do Estado: a) núcleo estratégico; b) atividades exclusivas; c) serviços não exclusivos; d) produção de bens e serviços para o mercado.

<sup>119</sup> A regulação estatal pretende a melhoria da qualidade de vida das pessoas, com controle da atividade econômica, mediante regulação dos preços, evitando-se a formação de oligopólios, visando a expansão da quantidade e qualidade das informações, bem como a preservação da estrutura concorrencial, cf. TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC*, p. 31.

Ao lado desta tendência liberal, temos uma Constituição de caráter francamente social que garante o bem estar a todos e o dever do Estado de garantir uma série de direitos, dentre os quais o direito integral aos serviços e ações de saúde para toda a população.

Essa antinomia<sup>120</sup> influi diretamente na atuação estatal para a concretização de suas finalidades, dentre as quais se encontra a implementação de políticas públicas de saúde, onde se constata dificuldades de se gerenciar simultaneamente os dois tipos de Estado, garantidor total e mínimo.

Não obstante as dificuldades, o Estado Social Democrático de Direito, impõe aos governantes concretizar de forma mais racional, igualitária, eficiente e justa os benefícios sociais, dentre os quais incluídos o direito à saúde a toda a população.

### **3. Dever do Estado na prestação dos serviços de saúde**

Na 8ª Conferência Nacional da Saúde, Jairnilson Paim asseverou que a democratização da sociedade brasileira requer um Estado Moderno, relativamente autônomo com referência aos interesses imediatos da economia capitalista, que seja capaz de reorientar a distribuição de bens e serviços, mediante a implementação de políticas econômico-sociais consistentes e articuladas, optando-se por políticas sociais que não reproduzam as desigualdades criadas pela ordem econômica capitalista.<sup>121</sup>

Este entendimento foi adotado na CF e as políticas públicas de saúde devem almejar não só a efetivação desse direito, como também que sejam diminuídas as desigualdades sociais.

Nos termos do disposto no artigo 196, da CF, a saúde é um direito público subjetivo, dispondo seu titular da faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação desse direito, que deve ser executado por meio de medidas políticas sociais e econômicas.

---

<sup>120</sup> Esta contradição quanto ao tipo de Estado queremos é bem demonstrada na alternância de poderes verificadas no cenário político nacional, que passou de um governo que prega a minimização do Estado (PSDB), privilegiando as privatizações, para um governo com ideologia mais estatizante (PT), que vem promovendo uma atuação mais direta na implementação dos benefícios sociais, por exemplo, por meio da ampliação do programa “bolsa família”. Também é visível a utilização política desta contradição, pois nos discursos dos ocupantes dos cargos públicos, ao mesmo tempo em que defendem a diminuição dos encargos tributários e fiscais, prometem um Estado mais provedor, garantindo a toda a população boas condições de saúde, lazer e bem-estar.

<sup>121</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Direito à Saúde, Cidadania e Estado. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 45.

Esse dispositivo constitucional é classificado por parte da doutrina como norma programática, que é definida por Maria Helena Diniz como:

[...] 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 do Estado.<sup>122</sup>

Porém, não obstante seja considerada norma programática, a doutrina tem se posicionado no sentido de dotá-la de eficácia jurídica, entendendo que por serem direitos sociais previstos na Constituição, que prima pela dignidade da pessoa humana, deve ter aplicabilidade imediata. Entende-se que sendo a saúde um direito fundamental, não deve haver justificativa de natureza jurídica ou burocrática do Poder Público a inviabilizar a fruição deste direito.<sup>123</sup>

José Afonso da Silva, na sua clássica classificação das normas constitucionais, diz que a norma constitucional de eficácia limitada declaratória de princípio programático, constitui “esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários”.<sup>124</sup>

O autor, todavia, não inclui o direito à saúde, nem o direito à educação, como norma programática, por entender que em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado – o Estado. Em razão disso, este tem a obrigação de satisfazer o direito, sob pena de configurar-se o descumprimento da norma. Tal ocorre porque os direitos sociais têm a natureza de direitos fundamentais, não lhes tirando esta natureza o fato de poderem depender de providências positivas do Poder Público, pois são prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição.<sup>125</sup>

Cumprir registrar que a expressão norma programática é objeto de crítica. Canotilho sustenta que a distinção doutrinária entre norma jurídica atual e norma programática é ultrapassada, pois todas as normas constitucionais são atuais, tendo força normativa

<sup>122</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 802.

<sup>123</sup> Ives Gandra da Silva Martins assevera que: “[...] o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado para tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.” (Lei Positiva e Lei Natural. *Cadernos de Direito Natural n. 1*, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará: Pará, 1985, p. 27).

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.137.

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Cit., p. 150-151.



independente do ato de transformação legislativa. O autor chega a falar em ‘morte’ das normas constitucionais programáticas, não obstante reconheça que existem normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é de ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, e sim de obrigatoriedade perante quaisquer órgãos do Poder Público, da mesma forma que os demais preceitos da Constituição.<sup>126</sup>

Esse entendimento decorre do desenvolvimento, pelo autor, do conceito de “constituição dirigente”, a partir do qual, os ditames nele inseridos não são meros “instrumentos de governo”, por enunciarem fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, formando um “plano global normativo” destinado aos mesmos.<sup>127</sup>

E, essas também seriam as características da nossa Carta Magna, que igualmente é dirigente, por acolher uma Constituição Econômica diretiva, vocacionada para a implementação de uma “nova ordem econômica e social”.<sup>128</sup>

Vê-se que tanto José Afonso da Silva que aponta a existência de normas programáticas, mas exclui os maiores ícones das normas programáticas de natureza social, que são a educação e a saúde, como Canotilho que refuta a existência das mesmas, e mesmo Sebastião Tojal, concluem da mesma forma ao atribuírem eficácia às normas sociais, reconhecendo a obrigatoriedade de serem cumpridas pelos seus destinatários, sob pena de violação da norma constitucional.

Ocorre que não é assim tão simples garantir o cumprimento das prestações positivas, pois conforme observado por Walderês Martins Vieira:

[...] várias são as dificuldades advindas da correlação entre eficácia e aplicabilidade, que muitas vezes, acabam por inviabilizar a concretização da efetividade desse direito, sendo a implementação de políticas públicas, um dos instrumentos essenciais para esta concretização, pois visa a realização da ordem social.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003, p.1176-1177.

<sup>127</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado social: o direito sanitário. In.: *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; ARANHA, Márcio Iorio (Org.). Brasília: Ministério da Saúde, vol. 1, p. 22.

<sup>128</sup> Idem, p. 23.

<sup>129</sup> VIEIRA, Walderês Martins. *A atuação do Estado na implantação do direito à saúde*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito e do Estado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p. 80.

Desse modo, fundamental que os direitos sociais sejam implementados e que essa concretização esteja em consonância com as necessidades da população; o que exige a participação efetiva da sociedade não só na implementação das políticas públicas, mas na escolha das políticas públicas a serem priorizadas.

#### **4. Breve análise do direito comparado**

Após o período da revolução industrial e do Estado abstencionista característico do período do liberalismo, quando foram ampliadas as desigualdades sociais, verificou-se que o alargamento da miséria colocava em risco até mesmo o próprio desenvolvimento do capitalismo; constatando-se a necessidade de uma atuação mais positiva do Estado.

Essa nova conformação do Estado pode ser vislumbrada em alguns países de forma bastante nítida quando se observa as novas atribuições conferidas ao Poder Público no que se refere ao direito à saúde.

##### **a) O direito à Saúde na Espanha**

A Constituição espanhola de 1978, ao tratar dos princípios retores da política social e econômica<sup>130</sup>, dispôs que se reconhece o direito à proteção da saúde; competindo aos poderes públicos organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários, ficando a cargo da lei estabelecer os direitos e deveres de todos. Estabelece, ainda, que os poderes públicos fomentarão a educação sanitária, a educação física e o esporte, bem como facilitarão a adequada utilização do lazer.

Consigna, ainda, que os poderes públicos realizarão uma política de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos deficientes físicos, sensoriais e psíquicos, a quem

---

<sup>130</sup> Art. 43. 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. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. AGUIRRE, Juan-Luis Beltrán (Coord.). *Legislación sobre Sanidad*. 2ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 31

prestarão a atenção especializada que requerem e os ampararão especialmente para o gozo dos direitos que são outorgados a todos.<sup>131</sup>

Nota-se que o Estado espanhol reconhece o dever de proteção da saúde pública, estabelecendo a sua competência para organizar e tutelar a saúde pública, com ênfase nas medidas preventivas e efetiva prestação de serviços entendidos como necessários, nos termos do que vier a ser estabelecido na lei regulamentadora.

Narra Silvio Fernandes da Silva que o Sistema de Saúde da Espanha é constituído pelo conjunto de serviços de saúde do governo central e serviços de saúde das Comunidades Autônomas; sendo que desde o advento da nova Carta Política, ocorreu uma transferência paulatina da gestão da saúde para as Comunidades Autônomas. Essas transferências iniciaram-se em 1981, com a Cataluña, tendo finalizado com a transferência a Castilla y León, em 2001.<sup>132</sup>

A partir de então, essas Comunidades assumiram funções e serviços, incluindo transferência de pessoal e orçamentos, para realizar o planejamento de saúde, as ações de saúde pública e de assistência à saúde, ficando como o Sistema Nacional de Saúde responsável pela coordenação geral, pelas relações internacionais relativas à saúde e pela legislação sobre produtos farmacêuticos.<sup>133</sup> Consta que o processo de reforma sanitária espanhol objetivou manter a unidade e coesão do Estado nacional e ao mesmo tempo proporcionar autonomia, solidariedade e cooperação entre as CCAA, com vistas a assegurar equidade no acesso aos serviços.<sup>134</sup>

Lá também adota-se o princípio da universalidade no atendimento, pois o direito à proteção e atenção à saúde é voltado aos nacionais e estrangeiros que se encontrem no território nacional, incluídos os membros da comunidade europeia e outros Estados não

---

<sup>131</sup> Art. 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para El disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. AGUIRRE, Juan-Luis Beltrán (Coord.). *Legislación sobre Sanidad*. 2ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 31

<sup>132</sup> SILVA, Silvio Fernandes da. *A Saúde na Espanha e Comparação com o Brasil*. Consta que o texto foi preparado pelo Núcleo de Relações Internacionais do CONASEMS. Disponível em: <[http://www.conasems.org.br/files/Saude\\_Espanha\\_comparacao\\_Brasil\\_jul\\_07.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Saude_Espanha_comparacao_Brasil_jul_07.pdf)>, acesso em: 09 mar. 2008, p. 1.

<sup>133</sup> Consta que até o advento da Constituição de 1978 existia uma separação entre saúde e assistência sanitária da seguridade social, originada de razões meramente políticas, e que não tinham razão de existir. Para Juan Garcia González-Posada, essa redação pretendeu acabar com a dicotomia existente entre saúde e assistência social, da seguridade social. “La organización del sistema sanitario español”. *Lecciones de Derecho Sanitario*, vol. 47. SÁNCHEZ, Miguel Juane (Coord.). Coruna: Universidade da Coruña

<sup>134</sup> SILVA, Silvio Fernandes da. “A Saúde na Espanha e Comparação com o Brasil”. Disponível em: <[http://www.conasems.org.br/files/Saude\\_Espanha\\_comparacao\\_Brasil\\_jul\\_07.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Saude_Espanha_comparacao_Brasil_jul_07.pdf)>, acesso em 09 mar. 2008, p. 1-2.

pertencentes à comunidade, desde que apoiados por convênios ou leis específicas. E, para fazer jus ao acesso, é suficiente uma Carteira de Saúde individual, que identifica cada pessoa como usuária do Sistema Nacional de Saúde.<sup>135</sup>

A “Atenção Primária” é feita através dos Centros de Saúde, onde trabalham equipes multidisciplinares constituídas de médicos de família, pediatras, pessoal de enfermagem e de apoio administrativo, contando alguns centros também com assistentes sociais, fisioterapeutas e parteiras. Existe também a “Atenção Especializada”, que compreende atividades assistenciais, diagnósticas, terapêuticas e de reabilitação, tanto em regime ambulatorial quanto hospitalar.

A assistência farmacêutica é gratuita enquanto durar a internação ou para os atos de assistência ambulatorial, contudo, fora destas situações elas somente são gratuitas para pensionistas, dependentes protegidos pela seguridade social e aos afetados por síndrome tóxica. Nas demais hipóteses, os medicamentos devem ser parcialmente custeados pelos pacientes.<sup>136</sup>

Os dados de 2003 mostram que o gasto Nacional de saúde foi de 57,7 milhões de euros, equivalente a 7,7% do Produto Interno Bruto (PIB), sendo 5,5% para o setor público e 2,2% para o setor privado, o que representa um crescimento gradativo e significativo desde o advento da constituição, em 1978, quando os gastos representavam 3,7% do PIB.<sup>137</sup>

Constata-se que existem semelhanças com o sistema de saúde brasileiro, ambos terem desvincularam este direito da seguridade social, alçando-os como direito da população; bem como são adotados os mesmos princípios doutrinários e iguais diretrizes de reorganização, como a universalidade, a integralidade, a equidade, a gratuidade e a participação social.<sup>138</sup>

Não obstante essas similitudes, existem marcantes diferenças no tocante à efetividade da saúde, que é mais avançado na Espanha, onde a gestão se encontra melhor institucionalizada, com forte presença dos Estados e Municípios. Além disso, no caso espanhol os investimentos são bastante superiores, enquanto são destinados recursos para o setor público na ordem de 5,5% do PIB; no Brasil são de 3,5% do PIB, o que sem dúvida, influi na oferta dos serviços médicos.

---

<sup>135</sup> SILVA, Silvio Fernandes da. *Ibidem*, p. 2

<sup>136</sup> *Idem*, p. 2-3.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 5-6.

Na Espanha são realizadas em média 9 consultas por habitante/ano; no Brasil, não chegam a 4 e esse fato influi diretamente na esperança de vida dos dois países: Espanha - homem 76,2 e mulher: 83 anos; Brasil - homem 64,6 e mulher 73,3 anos; bem como na mortalidade infantil: Espanha: 4,1 e Brasil, aproximadamente 25 por 1.000 nascidos vivos.<sup>139</sup>

O caso espanhol demonstra que com bons investimentos e políticas públicas adequadas e descentralizadas é possível garantir maior acesso à saúde da população.

## b) O direito à saúde na Argentina

Na Argentina, o direito à saúde previsto na Constituição de 1994 é tratado dentro do artigo 24<sup>140</sup>, que dispõe sobre os consumidores e usuários de bens e serviços, constando que na relação de consumo têm direito à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; a uma informação adequada e verdadeira; a liberdade de escolher, e condição de tratamento equitativo e digno (tradução livre).

No entanto, nos termos do Decreto n. 1269, de julho de 1992, regulamentado pela Resolução Ministerial n. 282/94<sup>141</sup>, as políticas públicas devem ter como meta a plena vigência do direito à saúde para a população, com a meta de alcançar “saúde para todos” no menor tempo possível, mediante a implementação e desenvolvimento de um sistema baseado nos critérios da equidade, solidariedade, eficácia e qualidade. Para tal finalidade, foi instituído o Programa Nacional de Garantia da Qualidade da Atenção Médica, onde é definido um conjunto de atividades no processo global destinado a assegurar um nível de qualidade que façam a habilitação e categorização dos estabelecimentos assistenciais, o controle do exercício profissional da pessoa que integra a equipe de saúde, a fiscalização e o controle sanitário e a avaliação da qualidade da atenção médica.

<sup>139</sup> SILVA, Silvio Fernandes da. “A Saúde na Espanha e Comparação com o Brasil”. Disponível em: <[http://www.conasems.org.br/files/Saude\\_Espanha\\_comparacao\\_Brasil\\_jul\\_07.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Saude_Espanha_comparacao_Brasil_jul_07.pdf)>, acesso em: 09 mar. 2008, p. 6-7.

<sup>140</sup> Constitución de la Nación Argentina. 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.

<sup>141</sup> Íntegra da Resolução Ministerial disponível em: <[http://www.msal.gov.ar/htm/Site/pngcam/normas/94\\_282.htm](http://www.msal.gov.ar/htm/Site/pngcam/normas/94_282.htm)>, acesso em: 09 mar. 2008.

Verifica-se, não obstante a Constituição portenha não seja expressa, que a Argentina toma como dever do Estado a obrigação de garantir a saúde a todos os seus habitantes.

### c) Direito à Saúde no Chile

A Constituição do Chile, editada através do Decreto Supremo n. 1.150, de 1980, garante o direito à saúde dentro do Capítulo III, que trata dos direitos e deveres constitucionais, no artigo 19, § 9º.<sup>142</sup> Nela consta que todas as pessoas têm assegurado o direito à proteção da saúde; que o Estado protege o livre e igualitário acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo; que lhe cabe a coordenação e controle das ações relacionadas com a saúde; que é dever prioritário do Estado garantir a execução das ações de saúde, prestadas através de instituições públicas ou privadas, na forma e condições determinadas pela lei, que poderá estabelecer condições obrigatórias; e que cada pessoa terá o direito de eleger o sistema de saúde a que deseje se sujeitar, estatal ou privado.

Conforme palestra proferida por Oscar Arteaga da Escola de Saúde Pública da Universidade do Chile<sup>143</sup>, o país sofreu grandes modificações no seu sistema de saúde. Em 1924 a saúde era efetivada através da cobertura da seguridade social obrigatória para o trabalhador, com a atenção estendida às respectivas familiares. Ao setor público também incumbia a prestação do serviço de saúde que se concentrava na prevenção.

Em 1952 foi criado o SNS – Serviço Nacional de Saúde, já sob o comando do regime militar, onde foram realizadas reformas, das quais as mais relevantes foram a municipalização da atenção primária e a criação de empresas privadas para administração da contribuição da seguridade social.<sup>144</sup>

Com o retorno da democracia na década de 1990, houve um incremento nos gastos com a saúde pública, no percentual de 170%, bem como foram realizados esforços para modernizar o setor público de saúde.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> Constitución Política de la República Del Chile, publicado no DO de 24 out. 1980.

<sup>143</sup> ARTEAGA, Oscar. Sistema de Salud Chileno apresentado no *Seminário Políticas de Saúde Pública no Chile e Brasil*. Realizado nos dias 9 e 10 nov., 2006. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/detalheseventos.cfm?EventoId=3704>>, acesso em 09 de mar. 2008.

<sup>144</sup> ARTEAGA, Oscar. Sistema de Salud Chileno... cit.

<sup>145</sup> Idem.

Atualmente busca-se nova reforma do serviço de saúde para integrar os setores públicos e privados, definir as garantias exigíveis pelos atendidos, melhorar os modelos de atenção e gestão do sistema de saúde, estabelecer maior solidariedade e criar regulação única válida tanto para o segurado como para o usuário dos serviços públicos de saúde.<sup>146</sup>

Do que foi apresentado, este sistema é bastante semelhante ao do Brasil, no que toca à previsão de acesso universal aos direitos de saúde, que deve ser prestado de forma igualitária e é muito interessante esta troca de experiências para a busca de maior efetividade nos sistemas de saúde dos países.<sup>147</sup>

#### d) Saúde Pública na China

Na Constituição da China<sup>148</sup> consta expressamente, já no artigo 1º, que República Popular da China é um Estado socialista subordinado à ditadura democrático-popular da classe operária e assentado na aliança entre os operários e camponeses; e que o sistema socialista é o sistema básico da República Popular da China, sendo proibida a sabotagem do sistema socialista por qualquer organização ou indivíduo.

Como um dos princípios gerais (art. 21), cabe ao Estado o desenvolvimento de serviços médicos e de saúde, promovendo a medicina moderna e a medicina tradicional chinesa, encorajando e apoiando a instalação de centros médicos e de saúde pelas unidades coletivas rurais, empresas estatais e organizações de assistência, e promovendo atividades sanitárias de características de massa, para proteger a saúde das pessoas.

A seguir, no Capítulo II, quando trata dos Direitos Fundamentais, a saúde é garantida pelo Estado, no artigo 45, na forma de assistência material do Estado e da sociedade, quando eles estiverem velhos, doentes ou deficientes; sendo que para tal desiderato desenvolver-se-á um seguro social, assistência social e serviços de saúde que forem necessários para capacitar a população para usufruírem seus direitos. O Estado e a sociedade assegurarão o sustento dos membros deficientes das forças armadas, concedendo pensão para a família dos mártires e

<sup>146</sup> ARTEAGA, Oscar. Sistema de Salud Chileno..., cit.

<sup>147</sup> De qualquer forma, é de se observar que o Chile ocupa a 40ª posição no índice do IDH, o que demonstra uma melhor qualidade de vida da população, se comparada ao do Brasil, que ocupa a 70ª posição. Informação disponível em: < [http://www.pnud.org.br/pobreza\\_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde](http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde)>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>148</sup> Constitution of the People's Republic of China, adotada em 04/12/1982. Versão em português (não-oficial) disponível em: <<http://www.imprensa.macao.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>, acesso em: 09 mar. 2008.

dando tratamento preferencial para as famílias dos militares; bem como ajudarão a acomodar para o trabalho, sustento e educação dos cegos, surdo-mudos e outros deficientes.

Ou seja, a responsabilidade pela saúde não é garantida pelo Estado de forma integral, universal e igualitária. As notícias trazidas pelos meios de comunicação vêm dando conta que é grande a omissão do estatal no tocante à saúde.

Conforme reportagem extraída da rede de notícias Reuters e AFP, cerca de 400 mil crianças morrem anualmente na China, a maioria na área rural, principalmente por falta de atendimento médico, e que o governo já vislumbrou a necessidade de maior investimento no sistema de saúde do país. Os gastos do governo no setor de saúde corresponderam a 3,4% de suas despesas totais em 2006, existindo um grande descontentamento da população com o sistema de saúde do país, pois os medicamentos são caros, os hospitais se encontram lotados e existem muitos remédios falsificados.<sup>149</sup>

Dessa realidade não destoia a notícia de autoria de John Chan.<sup>150</sup> Ele diz que uma das conquistas sociais da Revolução Chinesa de 1949 foi o estabelecimento de um sistema de saúde, apesar de rudimentar, gratuito, mas que a introdução do regime do “usuário pagante” na década de 1990 fez com que milhões de pessoas não pudessem mais utilizar os serviços básicos de atendimento médico-hospitalar por não terem como pagar.

Relata que apesar de uma média anual de 10% na taxa de crescimento econômico durante os últimos 27 anos, os benefícios sociais têm se concentrado nas mãos de uma nova elite capitalista associada ao regime do Partido Comunista Chinês; e saúde, educação e habitação têm se tornado uma pesada carga financeira para a classe trabalhadora.<sup>151</sup>

Notícia que um artigo publicado no mês anterior no Diário Oficial da China observou, em relação à zona rural, “uma vez que a sirene de uma ambulância toca, um porco é levado ao mercado; uma vez que uma cama de hospital é utilizada, um ano de lavoura desce pelo cano; e quando alguém fica gravemente doente, dez anos de economias são jogados fora”. O periódico comentou as profundas divisões entre os ricos e os pobres e entre as áreas urbanas e rurais, pois quase dois terços do fundo do governo para a saúde vão para as áreas urbanas, deixando 800 milhões de camponeses, a maioria da população, com mínimo acesso aos

<sup>149</sup> China debate mais investimento em saúde, notícia publicado no Jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 08 mar., 2007.

<sup>150</sup> CHAN, John. “Tumulto na China contra a deterioração da saúde pública”, publicado originalmente em inglês, na *World Socialist Web Site* <[www.wsws.org](http://www.wsws.org)>, em 27 nov. 2006. Disponível em: <[http://www.wsws.org/pt/2006/dec2006/por5-d07\\_prn.shtml](http://www.wsws.org/pt/2006/dec2006/por5-d07_prn.shtml)>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>151</sup> CHAN, John. *Ibidem*.



recursos básicos de saúde. Além disso, 80% do fundo médico público nas cidades são usados por uma minoria privilegiada.<sup>152</sup>

Alarmado pelo crescimento das tensões sociais, o governo implementou um sistema limitado de seguro social, incluindo atendimento médico, supostamente para proteger trabalhadores e camponeses; entretanto, a maior parte das pessoas não consegue pagar para ter os benefícios dos seguros – o Ministro da Saúde estima que aproximadamente 90% da população rural não têm nenhum seguro saúde e nas cidades este número gira em torno de 60%. Uma pesquisa médica feita em 2003 revelou que 73% dos camponeses que precisavam de atendimento médico preferiam não procurá-lo por causa das altas taxas, o mesmo ocorrendo com 64% dos moradores urbanos.<sup>153</sup>

Verifica-se que a sociedade chinesa vem enfrentando uma grave crise no setor da saúde, havendo quem até mesmo repete o seu rápido crescimento no cenário econômico internacional justamente em razão da não garantia dos direitos sociais, como salário digno, previdência social, assistência social e saúde.

Em 26 de outubro de 2006, uma delegação de sete chineses, representantes do Ministério do Trabalho e da Seguridade Social da China reuniu com a diretoria e presidência da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para conhecerem o desempenho da saúde suplementar no país e o funcionamento do seguro saúde em caso de acidente de trabalho. Consta que indagaram quanto à existência de obrigatoriedade de oferecimento de planos de saúde pelas empresas<sup>154</sup>, o que deixa clara a tentativa do governo chinês de encontrar uma solução para o grave problema de saúde existente no país.

#### e) Direito à saúde e a Constituição Alemã<sup>155</sup>

A Constituição de Weimar de 1919 instituiu vários direitos sociais e serviu, juntamente com a Constituição mexicana de 1917, de inspiração para várias constituições de cunho social que se seguiram.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> CHAN, John. *Ibidem*.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> Regulação feita pela ANS atraindo chineses ao Rio de Janeiro. Notícia constante no site da ANS. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portaltv4/site/noticias/noticia\\_24124.asp?secao=Home](http://www.ans.gov.br/portaltv4/site/noticias/noticia_24124.asp?secao=Home)>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>155</sup> Vide teor da Constituição Alemã traduzida para a língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/Startseite.html>>, acesso em: 09 mar. 2008.

Contudo, a atual Constituição, de 1949, modificada por emendas várias, principalmente em razão da unificação da Alemanha, não incorpora nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência etc.), reputada justamente às más experiências com a Carta de Weimar.<sup>157</sup>

O direito à saúde é entendido como dever do particular, do Estado e da Sociedade, que deve ser assegurado a todos, com as mesmas oportunidades para a preservação e a recuperação da saúde. O sistema é estruturado de forma descentralizada, apoiado no pluralismo e na administração autônoma, convivendo o sistema público e o privado.<sup>158</sup>

A assistência à saúde é vinculada ao seguro-saúde obrigatório, que atinge 90% dos alemães e os medicamentos receitados aos segurados são em considerável proporção, custeados pelas caixas de assistência de saúde, devendo o paciente-segurado pagar um pequeno valor, calculado de acordo com a sua condição financeira. Consta que são disponibilizados cerca de 45.000 medicamentos, com preço único de venda em todo o país, mas estes devem ser previamente aprovados após testes quanto à qualidade, eficácia e inocuidade, em conformidade com os processos oficiais regulamentos pela Lei de Medicamentos. Esta também regula a produção e a obrigatoriedade de receitas médicas, além do registro e avaliação dos riscos dos remédios observados após a concessão da licença<sup>159</sup> (de forma semelhante ao que é de atribuição da Anvisa, conforme se verá adiante).

Constata-se, portanto, que sistema de saúde alemão é vinculado ao seguro-saúde, obrigatório a todos, não sendo garantida a assistência à saúde aos que não são segurados. Dessa forma, não obstante a assistência à saúde seja eficiente, garantindo à população um elevado patamar quanto à qualidade de vida, com o índice de 0,94, ocupando a 22ª posição

---

<sup>156</sup> Essa Constituição, conhecida como de Weimar, que é o nome da cidade em que foi elaborada e aprovada, em 31 de julho de 1919, acrescentou às clássicas liberdades individuais que costumavam constar no tópico referente aos direitos e garantias individuais, novos direitos de conteúdo social. Dentre elas, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar, com possibilidade de adaptação do ensino escolar ao meio cultural e religioso das famílias; determinou-se que na escola pública, em ambos os níveis – fundamental e o complementar – o ensino e o material didático seriam gratuitos, bem como previu a concessão de subsídios públicos ao pais de alunos considerados aptos a cursar o ensino médio e o superior. Na área trabalhista, assentou o direito ao trabalho, implicando no dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego. COMPARATO, Fabio Konder. “A Constituição Alemã de 1919”, disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>, acesso em: 09 mar. 2008.

<sup>157</sup> Após a grande crise social e financeira decorrente da quebra das bolsas de valores em vários países do mundo, da grande dívida pública advinda, ficou insustentável ao Estado alemão garantir os direitos sociais, abrindo caminho ao surgimento do nazismo. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 45.

<sup>158</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde*. Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63-64.

<sup>159</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental...*, p. 63-64.

lugar no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH),<sup>160</sup> os que não forem alemães e não forem segurados estão excluídos da proteção da saúde prestada pelo seguro-saúde.

#### f) Direito à saúde nos Estados Unidos da América (EUA)

Sabe-se que a Constituição dos EUA é composta de sete artigos e vinte e sete emendas, e o direito é praticamente regulado pelos precedentes jurisprudenciais, não existindo no texto constitucional previsão específica regulando o direito à saúde.

Nos EUA existe uma combinação de serviços e instituições públicas e privadas incumbidas dos serviços de saúde. Compete ao Departamento de Saúde e Serviços Sociais, um organismo federal, desempenhar as funções de fomento à saúde da população e prestar serviços assistenciais aos índios e nativos do Alasca, por meio de uma rede de hospitais e dispensários. Esse departamento também administra os programas *Medicaid* e *Medicare*, mas a maioria da população tem sua saúde garantida com os próprios recursos, mediante o pagamento dos custos ou através de adesão à cobertura de terceiros, representados pelos seguros de saúde.

Apesar de existir auxílio governamental, a regra americana é o desembolso pelas despesas médicas pelo usuário dos serviços de saúde, podendo estes serviços ser oferecidos pelas empresas aos seus empregados, ou adquiridos em sistema de co-participação, com pagamento do prêmio (mensalidades) por ambas as partes (empregado e empregador), em regra deduzindo-se o valor do empregado do próprio contra-cheque.

O *Medicaid* é um programa conjunto federal e estadual para pessoas de baixa renda, sendo que cada Estado tem suas próprias diretrizes. Este programa paga por serviços médicos, como consultas médicas e hospitalização.

Já o *Medicare* é um programa de seguro-saúde para pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, que possuem deficiências específicas. Este programa paga por serviços nos casos de doenças ou ferimentos, mas não cobre a assistência de rotina como check-ups, tratamento dentário e de problemas de visão, bem como permite a obtenção de descontos na aquisição de medicamentos. O programa é dividido em duas modalidades. Uma, denominada parte A, que é gratuita e inclui a assistência hospitalar e asilos certificados pelo *Medicare*; e,

---

<sup>160</sup> Informação com o IDH de todos os países-membros das Nações unidas disponível em: <[http://www.pnud.org.br/pobreza\\_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde](http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde)>, acesso em: 09 mar. 2008.

outra, denominada parte B, que somente cobre as consultas médicas, ambulância, exames e assistência hospitalar, se houver o pagamento de uma taxa mensal.

Assim sendo, verifica-se que estes auxílios governamentais assumem os custos de uma pequena parcela da população, e ainda assim, nem sempre de forma integral. Há notícias que cerca de 45 milhões de norte-americanos, 15% da população, não possuem seguro de saúde e nem são atendidos pelo governo, por não se enquadrarem na previsão legal para recebimento da assistência sanitária gratuita; e dentre eles, 9 milhões são crianças.

Os modelos de serviços nacionais de saúde existentes na Europa, universais, compreensivos e públicos são considerados pela generalidade dos norte-americanos como formas de socialização do exercício da medicina, motivo porque esse modelo não é aplicado no País.

Consta que esse problema vem se agravando, pois as empresas que sempre preferiram custear o plano de saúde dos empregados para pagar menos impostos estão incomodadas com a expansão das despesas. Justamente por isso, a situação não tem passado despercebida pela campanha presidencial.

Genericamente, o Partido Democrata e o Partido Republicano distinguem-se, no que diz respeito à Saúde. O primeiro defende a cobertura universal da população americana por um sistema de prestação de cuidados assente em seguros de saúde e de o segundo discorda dessa idéia. Paradoxalmente, os funcionários públicos federais, em atividade e aposentados e respectivas famílias, Congressistas, Senadores e outros cargos eleitos são beneficiários de um programa, o *Federal Employees Health Benefits Program*, que oferece três modalidades de sistemas de prestação de cuidados de saúde e cujos custos são financiados em até 75% pelo Governo Federal.<sup>161</sup>

Não fugindo a essa regra, os senadores Clinton e Obama pugnam simultaneamente nos seus programas eleitorais pela dita “cobertura universal”, o que quer dizer que defendem que todos os americanos devem ser beneficiários de um seguro de saúde.

A senadora Hillary Clinton, que representa o Partido Democrata, propõe o *American Health Choices Plan*, um plano desenhado para que todos os americanos possuam seguro de saúde e para que, aqueles que já sejam beneficiários, possam usufruir das mesmas

---

<sup>161</sup> DIAS, Sofia. A Saúde nos programas eleitorais de Hillary Clinton, Barack Obama e John McCain. Observatório do Instituto Transatlântico Democrático sobre as eleições Presidenciais Norte-Americanas de 2008. Disponível em: <<http://presidenciais2008.wordpress.com/2008/02/18/a-saude-nos-programas-eleitorais-de-hillary-clinton-barack-obama-e-john-mccain/>>, acesso em: 26 mar. 2008.

possibilidades de escolha oferecidas pelo *Federal Employees Health Benefits Program*, incluindo a psiquiatria e a estomatologia. Este plano pretende simplificar a burocracia, baixando os custos, garantir a manutenção da cobertura independentemente de se estar ou não empregado e de se ser ou não portador de doenças e impedir que as seguradoras discriminem os segurados ou não renovem automaticamente os seguros. Para garantir que todos os americanos possam pagar o respectivo seguro de saúde obrigatório, aquilo que o programa chama “responsabilidade partilhada”, o plano prevê benefícios fiscais e limitações no valor dos prêmios a pagar em função dos rendimentos auferidos pelas famílias.<sup>162</sup>

Em suma, pretende-se a criação de um sistema de atendimento universal em que todos os americanos seriam obrigados a pagar um plano de saúde e quem não tivesse como pagar receberia ajuda governamental. Argumentam que o aumento da cobertura ajudaria a reduzir custo para o conjunto da população.<sup>163</sup>

Quanto ao senador Barack Obama, seu plano de saúde prevê a obrigatoriedade do seguro apenas para as crianças, com a possibilidade de poderem continuar com o seu seguro de saúde depois de se tornarem adultos. No mais, baseia-se em princípios semelhantes à da Senadora, de não discriminação dos tomadores do seguro em função de doenças preexistentes; no caráter compreensivo do pacote de cuidados de saúde, da mesma forma que ocorre com os planos dos funcionários públicos; na imposição de preços acessíveis e subsidiados; na redução de ineficiências e burocracias; na facilidade de acesso; e na portabilidade dos seguros, independentemente dos beneficiários mudarem de emprego.<sup>164</sup>

O senador John McCain, segue a orientação do Partido Republicano, defendendo a redução de custos através da diminuição de ineficiências, de burocracias e da competitividade; aposta na prevenção, responsabilizando os cidadãos pela conservação do seu capital de saúde; e defende o investimento nos planos de saúde para os veteranos de guerra. O senador sustenta que o importante é que cada cidadão tenha propostas competitivas no mercado de saúde para que, livremente e em consciência, decida qual a melhor solução para si e para a sua família.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> DIAS, Sofia. A Saúde nos programas eleitorais de Hillary Clinton, Barack Obama e John McCain. Observatório do Instituto Transatlântico Democrático sobre as eleições Presidenciais Norte-Americanas de 2008. Disponível em: <<http://presidenciais2008.wordpress.com/2008/02/18/a-saude-nos-programas-eleitorais-de-hillary-clinton-barack-obama-e-john-mccain/>>, acesso em: 26 mar. 2008.

<sup>163</sup> BALTHAZAR, Ricardo. Economia aflige americanos e domina o debate eleitoral. Artigo publicado no jornal *Valor Econômico*. Edição de 20 dez. 2007.

<sup>164</sup> DIAS, Sofia. A Saúde nos programas eleitorais..., cit.

<sup>165</sup> Idem.

Ele propõe atacar a questão da dificuldade de acesso aos planos de saúde reduzindo o custo do atendimento médico, que poderia torná-los mais acessíveis. Douglas Holtz-Eakin, principal assessor econômico da campanha do senador John McCain disse que “os eleitores esperam que o governo faça alguma coisa, mas aumentar a cobertura na marra não parece ser uma solução duradoura”.<sup>166</sup>

Em resumo, se as propostas do Senador McCain são uma aposta na continuidade no panorama da prestação de cuidados de saúde nos Estados Unidos, os programas dos Senadores Obama e Clinton, à semelhança do que já acontece em alguns Estados, nomeadamente no Massachusetts, prevêm a obrigatoriedade do seguro de saúde, respectivamente, para as crianças ou para todas as pessoas.

O problema grave de saúde enfrentado pelos americanos, onde os custos elevados de saúde deixam milhões de pessoas desassistidas nas necessidades de saúde, mostra uma face cruel desse sistema securitário, que torna o acesso à saúde pior que em muitos países subdesenvolvidos.

Uma eventual vitória do candidato Democrata pode significar uma significativa mudança nas políticas de Saúde nos Estados Unidos, mas não ao ponto de alterar esse sistema securitário de saúde adotado no País, defendido por todos os candidatos.

#### g) Breve comparação entre os sistemas de saúde nos países abordados.

Verifica-se que em vários países a tendência é a maior participação do governo na atenção à saúde, diante da conscientização da essencialidade de garantir a saúde da população para dessa forma garantir o próprio desenvolvimento de sua economia.

Os países que se abstiveram na atenção à saúde, como a China estão sofrendo pesadas críticas nos governos locais e estão procurando soluções para o problema de saúde. Da mesma forma os EUA, que optaram por uma saúde privada, deixada a cargo da seguridade privada estão sofrendo pressões de grande massa da população pobre, que não tem acesso aos serviços de saúde através dos seguros de saúde, nem são suficientemente pobres para fazerem jus aos programas de governo, cujo acesso além de ser restrito, é limitado, não abarcando todos os serviços de saúde.

---

<sup>166</sup> BALTHAZAR, Ricardo. Economia aflige americanos e domina o debate eleitoral. Artigo publicado no jornal *Valor Econômico*. Edição de 20 dez. 2007.

Os países sul-americanos analisados disciplinam a saúde de diferentes formas na Constituição, alguns consignando o direito à saúde de forma expressa, outras de forma superficial, mas verifica-se uma preocupação na ampliação do acesso a toda a população, não obstante convivam com a prestação privada dos serviços de saúde.

Na Europa, igualmente se verifica a tendência de ampliação dos serviços de saúde, procurando-se o atendimento universal e igualitário, abrangendo todos os equipamentos e medicamentos necessários ao tratamento das enfermidades, como são os casos da Espanha e da Alemanha. Tal não significa, no entanto, que o custeio dos medicamentos receitados sejam totalmente subvencionados pelo governo; ao contrário, na maioria dos países exige-se o pagamento pelo medicamento, que é oferecido a preço subsidiado.

Assim sendo, dos países analisados, com exceção dos EUA e da China, existe uma atenção governamental na questão da saúde, tido como dever do Estado; mas acredita-se que aos poucos, mesmo a China e os EUA passarão a ampliar a ajuda aos que não são hoje abrangidos pela assistência governamental, ainda que não da forma universal e integral.

Quanto ao Brasil, cuja análise do sistema de saúde se dará nos próximos capítulos, de forma mais contundente que todos os países analisados, assume-se que é dever do Estado garantir a saúde de quem se encontre em seu território, incluídos os estrangeiros, devendo o atendimento ser realizado de forma universal e igualitária. Ao lado do serviço de saúde prestado pelo SUS, convive a medicina privada, que continua em expansão, diante das dificuldades do governo em garantir o acesso previsto na CF de forma satisfatória, que leva grande parte da população, em especial da classe média, a aderir a um plano de saúde, para custeio dos serviços de saúde.

## **5. Políticas públicas**

Leciona Maria Paula Dallari Bucci que a temática da política pública é originária da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública e seu campo de interesse vem sendo tratado na Ciência do Direito, no âmbito da teoria do Estado, do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito financeiro. Ocorre que, como o fenômeno do direito,

especialmente o direito público, é inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política, existe certa resistência na sua abordagem pela área.<sup>167</sup>

Essa resistência é infundada, eis que se deve buscar a efetividade da lei e se algumas normas para serem concretizadas dependem do desenvolvimento de políticas públicas, é inevitável o estudo de sua abrangência, do seu desenvolvimento, de tudo que influencie na sua aplicação.

Para Patrícia Helena Massa-Arzabe<sup>168</sup>, com frequência a concepção e implantação de políticas públicas constituem respostas a algum aspecto da vida social que passa a ser percebido como problemático ao ponto de demandar uma intervenção por parte do Estado<sup>169</sup> e dessa forma abrem espaço para o aprimoramento das condições de vida e para a consecução do ideal de vida boa para as pessoas em dada sociedade.

Consoante Maria Paula Dallari Bucci, “definir as políticas públicas no campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade”. Se por um lado o positivismo jurídico fundado na idéia de um sistema hierarquizado de normas jurídicas, sintetizado na pirâmide normativa idealizada por Kelsen, tendo no seu ápice a norma hipotética fundamental em certa medida é suficiente para a operação cotidiana do sistema jurídico; esse sistema hierárquico tem dificuldades para “enfrentar o problema da ‘esterilização’ do direito público em sua função de organização das relações entre Estado, Administração Pública e sociedade”, diante de uma realidade cambiante e dinâmica.<sup>170</sup>

Com o advento do Estado Social, caracterizado pelo enfoque prestacional, o Poder Público passou a utilizar o direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas, extrapolando as clássicas funções de produtor do direito e provedor de segurança, que caracterizavam o capitalismo liberal.

Essa ampliação de direitos de cidadania exige um Estado mais ativo, devendo até mesmo intervir no domínio econômico e social. Eros Grau emprega a expressão “políticas

<sup>167</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

<sup>168</sup> MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

<sup>169</sup> O direito à saúde tal como estabelecido na CF pode ser visto como exemplo dessa observação, eis que era patente a necessidade de maior atenção por parte do Estado neste setor, cuja proteção estatal restringia-se praticamente à prevenção através de vacinação contra doenças. Da mesma forma, a instituição do CDC em face dos abusos praticados no mercado de consumo em prejuízo ao consumidor; o Estatuto do Idoso; o ECA; os programas de assistência social, os programas de alfabetização etc.

<sup>170</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito..., cit., p. 1-2.



públicas” para designar as atuações do Estado, englobando todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social.<sup>171</sup> Da mesma forma, Luiza Frinscheisen defende que a ordem constitucional social impõe ao Estado a obrigação de implementar medidas visando ao cumprimento dos dispositivos constitucionais, de onde decorre o direito de exigir prestações positivas do Estado, realizadas através de políticas públicas.<sup>172</sup>

Fabio Comparato, também as associa às atividades promocionais dos Poderes Públicos, ao ressaltar que, como programa de ação, implica numa meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado.<sup>173</sup>

No mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci as define como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinadas”.<sup>174</sup> Esta conceituação sofreu uma ampliação em sua obra seguinte, que considerando o aspecto processual, passou a ter a seguinte proposição:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>175</sup>

Mais adiante, ao tratar das políticas públicas como processo de definição dos fins da ação pública, com a escolha de prioridades e identificação dos interesses públicos, a autora pondera que:

<sup>171</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.

<sup>172</sup> FRINSCHHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 55.

<sup>173</sup> COMPARATO, Fabio Konder, O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

<sup>174</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>175</sup> *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

A escolha de diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. E essa é a conexão das políticas públicas com o direito administrativo. Cada vez mais os atos, contratos, regulamentos e operações materiais encetados pela Administração Pública, mesmo no exercício de competências discricionárias, devem exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar. A formulação de política consistiria, portanto, num processo, e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes desse processo.<sup>176</sup>

Defende Cristiane Derani que políticas públicas são:

[...] concretizações específicas de normas políticas, focadas em determinados objetivos concretos. A norma política é o início de uma política porque ela já anunciará o quê, como e para quê fazer. Política pública usa de instrumentos jurídicos para finalidades políticas, isto é, torna os preceitos normativos para a realização de ações voltadas àqueles objetivos que e reconhecem como necessários para a construção do bem-estar.<sup>177</sup>

Registra Cristiane Derani que, enquanto no plano do planejamento elas não podem ser submetidas à apreciação do Judiciário, mas quando o Poder Público passa a agir, executando normas decorrentes de uma política, ou pela ação da Administração Pública, podem existir atos protegidos ou não pelo direito, ensejando sua análise pelo Poder Judiciário.<sup>178</sup>

A autora defende a imperatividade das normas políticas, vislumbrando nelas, a força normativa essencial para a construção dos direitos fundamentais, afirmando:

[...] a efetivação das normas políticas é indispensável para a formação de sujeitos autônomos, capazes de visualizar no texto constitucional a efetiva possibilidade de seu futuro e não um conjunto afônico de palavras etéreas. A normatividade da norma política aporta segurança no que concerne às políticas públicas, assim como à ética e aos rumos das ações privadas.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e ...*, p. 267-268.

<sup>177</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

<sup>178</sup> A autora diz ainda que: “Com esta postura da sociedade e do judiciário, o poder do Estado escapa da concentração e circula pela sociedade, obrigando a que o resultado do seu questionamento adquira imperatividade, a fim de que as políticas públicas sejam realmente servas do interesse da coletividade”. DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 248-252.

<sup>179</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política, cit. p. 142.

Patricia Helena Mazza-Arzabe faz uma associação entre a teoria da política pública e a doutrina do serviço público, defendendo que este sempre está inserido no âmbito de uma política pública citando como exemplo o serviço de água e saneamento básico que estão vinculados ao direito à saúde e à sadia qualidade de vida. Defende que a política pública está ligada à idéia de boa governança, que pressupõe o direcionamento das ações estatais para a efetividade dos direitos sociais e para o encaminhamento de soluções a problemas sociais.<sup>180</sup>

Embora os atos de governo ou políticos sejam atos discricionários da Administração, na consecução das políticas públicas, a discricionariedade<sup>181</sup> consistirá no processo político de escolha de prioridades para o governo que deve estar racionalmente coordenada com a política maior e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a efetivação dos objetivos preceituados na CF e sempre em consonância com os interesses presentes da sociedade. E é desse modo que, utilizando as palavras de Comparato<sup>182</sup>, o *government by policies* (governo pelas políticas) desenvolve e aprimora o *government by law* (governo pela lei).

Uma interessante visão de efetivação dos planos de ação governamental para a realização de atividades socialmente relevantes (políticas públicas) é a trazida pelos economistas por Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além<sup>183</sup>, que sustentam que a atuação governamental através da política fiscal, responde por três funções básicas:

*A função alocativa* diz respeito ao fornecimento de bens públicos. *A função distributiva*, por sua vez, está associada a ajustes na distribuição de renda que permitam que a distribuição prevalente seja aquela considerada justa pela sociedade. *A função estabilizadora* tem como objetivo o uso da política econômica visando a um alto nível de emprego, à estabilidade dos preços e à obtenção de uma taxa apropriada de crescimento econômico.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55-59..

<sup>181</sup> Desse modo, não obstante ainda persista a discricionariedade do agente político, esta discricionariedade não é tão ampla na medida em que se encontra limitada ao interesse público e aos objetivos constitucionais.

<sup>182</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Planejar o desenvolvimento. A perspectiva institucional. In: *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, p. 1989, p. 102.

<sup>183</sup> Fabio Giambiagi e Ana Claudia Além são economistas e funcionários do BNDES. Aquele é mestre em Economia pela UFRJ, com diversos trabalhos publicados nas principais revistas de economia do país e professor de Economia do Setor Público da PUCRJ. Esta é também mestre em Economia pela UFRJ, com trabalhos publicados sobre temas de finanças públicas nas revistas de Economia Política e Planejamento e Políticas Públicas. A obra *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, recebeu o prêmio Jabuti 2000. Entende importante a análise de como as outras áreas envolvidas na efetivação das políticas públicas, como a das finanças públicas, interpretam como deve ser a atuação da área fiscal para a concretização dos planos de ação governamental e as finalidades que devem ser buscadas.

<sup>184</sup> GIAMBIAGI, Fabio e ALÉM, Ana Claudia. *Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 30.

E, nesse ponto, definem que bens públicos:

[...] *são aqueles cujo consumo/uso é indivisível ou 'não rival'*. Em outras palavras, o seu consumo por parte de um indivíduo ou de um grupo social não prejudica o consumo do mesmo bem pelos demais integrantes da sociedade. Ou seja, todos se beneficiam da produção de bens públicos mesmo que, eventualmente, alguns mais do que outros. São exemplos de bens públicos: bens tangíveis como as ruas ou a iluminação pública; e bens intangíveis com justiça, segurança e defesa nacional.<sup>185</sup>

Os autores entendem bens públicos como sendo os que podem ser usufruídos por toda a sociedade, mas podem ser direcionados para atender o que denominam funções básicas da administração pública, de fornecedor de bens públicos, de distribuidor para ajuste da distribuição de renda e de estabilizador para propiciar o crescimento econômico.

Essas funções, nominadas de maneira diversa dos conhecidos pelos operadores de direito, mostram a finalidade das políticas públicas, dentre as quais se encontra a finalidade de realização dos direitos sociais. A dita “função distributiva”, demonstra que é justamente a atividade prestacional devida pelo Estado para a garantia dos direitos sociais, que se destinam à diminuição das desigualdades sociais.

Tal demonstra que as políticas públicas, além de estarem relacionados à área do direito, estão intimamente ligadas a outras áreas da Administração Pública, como a política econômica, a política fiscal, a política orçamentária, que tratam dos aspectos financeiros, essenciais para a consecução dos planos governamentais; sendo primordial que a finalidade buscada pelos responsáveis dessas áreas esteja em consonância com os objetivos e metas traçados pela CF.

## 6. Políticas públicas de saúde

As políticas públicas de saúde não diferem das políticas públicas em geral, de forma que elas devem ser erigidas calcadas nas finalidades e metas estabelecidas na CF. Consoante magistério de Germano Shwartz<sup>186</sup>, os principais objetivos que as políticas sociais e

<sup>185</sup> GIAMBIAGI, Fabio e ALÉM, Ana Claudia. *Finanças Pública*, cit., p. 24.

<sup>186</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.101.

econômicas devem buscar no que concerne à saúde, em face do estabelecido no artigo 196, são:

a) Redução do risco de doenças e outros agravos. A expressão “risco de doenças” está ligada à idéia de saúde “preventiva” e a expressão “outros agravos” reconhece que nem tudo é previsível em relação à saúde, mas, ainda neste caso, devem ser aplicados esforços públicos no sentido de reduzir o risco de doenças.

b) Acesso universal e igualitário às ações e serviços. Em razão da universalidade do direito à saúde, todos têm direito de serem atendidos pelo SUS, respeitando-se a autonomia individual que lhe faculte ser atendido fora do SUS caso seja esta a sua vontade. Também reforça o entendimento de que este acesso deve ser igualitário, de forma que não pode haver preconceito ou privilégio no atendimento do SUS.

Estes objetivos devem ser concretizados através de ações efetivas que visem:<sup>187</sup>

a) Promoção da saúde. A promoção deve ser entendida não apenas como cura e prevenção de doenças, mas também como um processo que se constrói e se modifica, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais. Deve ser vista em vinculação com a qualidade de vida.

b) Proteção da saúde. Conectada à idéia de uma atuação sanitária antes mesmo do surgimento da doença, conectando-se com a estratégia de enfrentamento do risco à saúde.

c) Recuperação. Ligada à atuação após a ocorrência dos infortúnios, determinando que a saúde deve ser restabelecida mediante um processo “curativo”.

Assim sendo, o direito à saúde, tal como inserido no nosso texto constitucional deve ser assegurado por meio de políticas públicas, que são muito amplas, abrangendo desde a elaboração de lei orçamentária e sua respectiva observância, para atuação preventiva e repressiva da doença, de forma plena, tanto médica quanto hospitalar.

Já Hwerstton Humenhuk associa as políticas públicas sociais e econômicas ao acesso igualitário e universal, dizendo:

As políticas sociais e econômicas, devem também exprimir um acesso igualitário e universal para qualquer ser humano, independente de raça, credo, cor, religião etc. Assim, todo e qualquer cidadão, inclusive o estrangeiro tem direito à saúde, direito de ser atendido pelo sistema Único de Saúde,

<sup>187</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Cit., p.101

justamente por ser um cidadão com direitos fundamentais inerentes a sua pessoa.<sup>188</sup>

Observa Maria Paula Dallari Bucci que esses objetivos teriam sido estabelecidos para garantir à população o máximo de garantia de cumprimento do dever de saúde<sup>189</sup>, no entanto:

Seria de se pensar se isso não desnaturaria seu caráter de política pública, que, como vimos, tem como nota distintiva atingir objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados. O SUS não é um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, para o sistema de saúde, cujo objetivo é a coordenação da atuação governamental nos diversos níveis federativos no Brasil (“rede regionalizada e hierarquizada”, cf. art. 198 da CF), para a realização de três *diretrizes*: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade.<sup>190</sup>

Interessante e de certo modo inovadora essa interpretação, contextualizando e adaptando o dever de saúde prestado pelo Estado através do SUS, bem como a estruturação e regulação estabelecido nos artigos subsequentes em uma diretriz governamental a ser observada pelos responsáveis pela efetivação das políticas públicas e não pura e simplesmente um dever do Estado que deve ser prestado na integralidade e em grau máximo para toda a população.

No entanto, conforme se verá adiante, quando tratar da interpretação que vem sendo extraído tanto pela doutrina quanto pelo Judiciário e até mesmo pelos representantes do Poder Executivo, esse não é o entendimento atualmente prevalente quanto à extensão do dever do Estado de garantir efetivamente o direito de saúde da população.

Ocorre que se entendido que o Estado deve garantir a saúde em grau máximo, incumbindo-se de todas as formas de tratamento, fornecendo todos os medicamentos e tratamentos existentes a toda a sua população, acredita que é evidente que tal não se faz viável

<sup>188</sup> HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a 8, n. 227, 20fev.2004. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>, acesso em: 04 abr. 2006, p. 30.

<sup>189</sup> No mesmo sentido Patricia Helena Massa-Arzabe, ao consignar que “A estatuição de princípios e diretrizes em textos normativos tem a evidente finalidade de vinculação dos órgãos dos poderes públicos à sua observância, assim como a vinculação de sua atuação aos órgãos e instâncias controladoras, com a incorporação desses princípios e diretrizes nas ações e burocracias estatais, de sorte que os objetivos visados pelas políticas possam se concretizar”, o que neste aspecto retira o juízo de discricionariedade do Poder Público. *In* Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66.

<sup>190</sup> O conceito de política pública em direito. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17-18.

no Brasil e em nenhum outro país. Não existirão recursos para o custeio de tratamentos e medicamentos inovadores para todos, mormente em se considerando que na ciência médica diuturnamente surgem novos tratamentos, medicamentos e equipamentos, inacessíveis de forma imediata.

Essa constatação, conforme já salientado, não o exime do cumprimento do dever constitucional, devendo o Poder Executivo, dentro de suas atribuições, de seu poder discricionário e no exercício desse dever, eleger as situações tidas como prioritárias e estratégicas na saúde pública disponibilizando, nestes casos, maior financiamento e atendimento.<sup>191</sup> A guisa de exemplo, foi a partir de escolha política que se estabeleceu o Programa Nacional de DST/AIDS, que viabiliza o tratamento integral, incluídos exames e medicamentos gratuitamente a toda a população atingida pela enfermidade, bem como são investidas pesadas somas em campanhas de prevenção da doença, em razão da conclusão de que se trata de doença grave, com potencial para graves prejuízos não só à saúde, mas também à economia do país.<sup>192</sup>

Para o fornecimento igualitário e eficaz de medicamentos, em geral, são realizados protocolos de saúde pelos maiores especialistas da saúde, para serem seguidos pelos médicos públicos quando do tratamento da enfermidade, tal como ocorre com relação à Hepatite C, às doenças cardíacas, a diabetes, osteoporose, neoplasias etc.

No entanto, o rol dos medicamentos dispensados não deve ser estático, pois em razão da constante evolução no descobrimento de novas doenças e enfermidades, bem como o surgimento de novas terapias e medicamentos, deve haver constante atualização dos remédios disponibilizados, para atender de forma eficaz, as demandas e as necessidades da população. Como exemplos de novas alternativas de tratamento adotadas pelo SUS é possível destacar a

---

<sup>191</sup> Desde o advento da CF foram aprovadas várias políticas públicas sobre diversos temas de saúde, podendo ser destacado: A Portaria 980, de 21/12/1989 que definiu o Programa de Saúde do Adolescente – PROSAD; a Portaria n. 127 de 08/12/1995, instituindo o Programa Nacional de Inspeção em Unidades Hemoterápicas – PNIUH; Portaria n. 1.660/MS, de 06/11/1997 que aprovou as Normas e Diretrizes do Programa de Agentes Comunitários de Saúde e do Programa de Saúde da Família; Portaria n. 3.916, de 30/10/1988 instituindo a Política Nacional de Medicamentos; Portaria n. 1.395, de 09/12/1999 que aprovou a Política Nacional de Saúde do Idoso; Portaria n. 1.893, de 15/10/2001, instituindo o Programa de Promoção da Atividade Física; Portaria n. 254, de 31/01/2002 que aprovou a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas etc. In: DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002, p.43.

<sup>192</sup> A adoção desta política contribuiu para diminuir de forma relevante as expectativas de aumentos de casos da doença, bem como auxiliou na melhoria da qualidade de vida e aumentou a expectativa de vida dos portadores de HIV.

recente inclusão de tratamentos considerados até então como não convencionais, como a acupuntura, homeopatia, fitoterapia e termalismo.<sup>193</sup>

Verifica-se uma tentativa de disponibilização do tratamento integral aos pacientes atendidos pelo SUS, respeitando as peculiaridades regionais e pessoais, incluindo diferentes opções curativas, assim como ocorre nos casos de partos nas residências das parturientes através de serviços de parteiras, e os métodos “alternativos” amplamente adotados pela população, como a medicina indígena ou oriental, transmitida por gerações, que utiliza ervas, raízes, chá, além de massagens e terapias com lama.

Amélia Cohn faz uma crítica contundente às políticas de saúde implementadas pela Administração Pública, dizendo que:

A outra face da lógica da capitalização e da lucratividade que rege as políticas de saúde, sobretudo nessas últimas décadas, manifesta-se num modelo de assistência médica de alta densidade tecnológica, particularmente nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos. Em decorrência, a divisão de trabalho entre os setores privado e público acaba por reservar para este exatamente aqueles atos que por serem mais complexos, e portanto de elevado custo, não respondem à rentabilidade do setor privado. Acompanha ainda esse processo, como decorrência da lógica privatista que o rege, a incorporação da assistência médica individual, não hospitalar pelo setor público, na medida exata do desinteresse, de variada natureza, por parte do setor privada.<sup>194</sup>

Afirma a autora que, desse modo, o setor público, além das medidas de caráter coletivo, também assume a assistência médica individual eminentemente curativa, crescentemente incorporada através de programas segmentados e não através de políticas integradas por um novo modelo de atenção à saúde, com a contraposição entre as práticas curativas e preventivas. Tal situação gera uma concepção densamente medicalizada da atenção à saúde, que é buscada pela população sem cobertura previdenciária e por segmentos destas descartados pelos hospitais privados, sobrecarregando os serviços públicos de saúde, que além de insuficientes encontram-se em estado de sucateamento, fruto da política estatal de favorecimento do setor privado, através da compra de seus serviços ou de financiamento para investimentos de infra-estrutura.<sup>195</sup>

<sup>193</sup> COLLUCCI, Claudia. “Ministério da Saúde bancará homeopatia e acupuntura”, consoante Portaria n. 971 que pode ser acessada no site <[www.in.gov.br/materias/sml/do/secao1/2117398.sml](http://www.in.gov.br/materias/sml/do/secao1/2117398.sml)>, jornal *Folha de São Paulo*. Edição de 09 maio 2006, p. C 6.

<sup>194</sup> COHN, Amélia (et. al.), *A Saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991, p. 18

<sup>195</sup> COHN, Amélia (et. al). *Ibidem*, p. 19-20.



Diante disso, as políticas de saúde do País “vão cristalizando um acesso extremamente desigual da população aos serviços de saúde, ao mesmo tempo que estigmatizante” ; e este processo deve ser revertido:

[...] perquirir a equidade, significa não ‘apenas eliminar privilégios de grupos e pessoas, mas também contemplar a discriminação positiva, a fim de garantir ‘mais’ direitos a quem tiver ‘mais’ necessidades, dada a própria especificidade da saúde, em que doenças iguais não significam doentes com necessidades iguais.<sup>196</sup>

Acredita que ainda hoje se verifica um acesso desigual da população aos serviços de saúde e o privilégio da atenção curativa em detrimento da preventiva, de caráter coletivo. Contudo, desde a época em que a autora realizou a obra, apesar de ainda se encontrar distante da meta estipulada pelo constituinte, muito se caminhou no sentido de concretizar o direito à saúde. A jornada é longa e deve ser supervisionada e acompanhada por toda a sociedade, a fim de que toda a população, especialmente a mais necessitada, possa efetivamente ter o acesso à saúde de forma rápida e eficiente.

Este objetivo, como vimos, deve ser atendido através da implementação das políticas públicas de saúde, cuja função é a concretização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

## 7. Reserva do possível

Não se deve ignorar que a consecução da atividade prestacional do Estado tem seu plano de atuação orquestrado dentro de um instrumento de iniciativa do Poder Executivo chamado orçamento, que se constitui em “uma prévia autorização do Legislativo para que se realizem receitas e despesas de um ente público, obedecendo a um determinado período de tempo”<sup>197</sup>, concedendo “a capacidade ao administrador de efetuar despesas até o limite autorizado pelo Legislativo, no Orçamento Anual”<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> COHN, Amélia (et. al). *Ibidem*, p. 21.

<sup>197</sup> PIRES, João Batista Fortes de Souza. *Contabilidade Pública*. Brasília: Franco & Fortes, 2002, p.70.

<sup>198</sup> RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *AFO – Administração Financeira e Orçamentária*. Vestcon: Brasília/DF, 2003, p. 14.

Ensina James Giacomoni<sup>199</sup> que o orçamento público moderno tem como função principal o de ser instrumento de administração, auxiliando o Executivo nas várias etapas do processo: programação, execução e controle; representando a própria programação de trabalho do governo.

Mais além, explica o tributarista Kiyoshi Harada, que no Estado moderno não existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade, devendo sempre refletir um plano de ação governamental, tendo caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa neste campo.<sup>200</sup>

Sendo o direito à saúde um direito fundamental, expressamente garantido pela CF e com aplicabilidade imediata, em uma primeira análise, parece evidente que toda abstenção ou omissão do Estado na consecução desse dever configuraria uma omissão ilícita ou antijurídica, ensejando na necessidade de responsabilização estatal.<sup>201</sup>

Porém, sendo vários os direitos sociais estabelecidos na CF, é possível verificar a existência de concorrência entre os vários direitos, sendo inevitáveis as dificuldades da sua concretização, dependendo dos parâmetros exigidos para a sua consecução. Explica-se, se a moradia, para ser digna, deve contemplar imóvel com ar condicionado, aquecimento central e todas as regalias trazidas pela modernidade; a educação deve implicar o acesso de todos na melhor universidade do país; a segurança enseja na necessidade de vigilância eletrônica gravada em todos os locais etc., parece óbvio que não seria possível financeiramente garantir sequer um dos direitos sociais elencados.

Assim sendo, verifica-se que há necessidade de fixação de parâmetros para se estabelecer a real abrangência dos direitos sociais, pois nem sempre é possível conciliar a plena aplicação dos mesmos, garantindo-os de forma ampla e irrestrita, com prestação de forma igualitária à população, promovendo ainda a redução das desigualdades sociais, sem se

---

<sup>199</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2005, p.66.

<sup>200</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75-76.

<sup>201</sup> MOCCIA, Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva. *Direito à saúde e a responsabilidade do Estado*. Dissertação de mestrado em Direito Administrativo. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005, p. 121.

atentar à realidade econômica do Brasil, que é um país subdesenvolvido<sup>202</sup>, com limitação dos recursos orçamentários e financeiros.

---

<sup>202</sup> Existem várias classificações e expressões para designar um país ainda não desenvolvido. ADAS, Melhem, *Geografia: o mundo subdesenvolvido – 7ª. Série, 5ª Edição*, São Paulo: Moderna, 2006, p. 10-21, ensina que com o fim da Segunda Guerra Mundial, vários povos tomaram consciência do grande desnível econômico, social, político, científico e tecnológico existente entre os países ou Estados do mundo. Nesta época percebeu-se o poderio bélico das superpotências (Estados Unidos e União Soviética) e potências (Reino Unido, França, Itália, Alemanha, Japão etc.), decorrente do grande desenvolvimento econômico por elas alcançado, e o mundo foi dividido entre países ou nações fortes e países ou nações fracas econômica, política, científica e tecnologicamente. Para diferenciar estes dois conjuntos de países, foram introduzidas as expressões “países desenvolvidos” e “países subdesenvolvidos”. Na década de 1960, organismos internacionais como o Banco Mundial perceberam o impacto negativo da expressão *país subdesenvolvido* na população desses países, por provocava sentimento de depreciação e inferioridade na população, e passaram a designá-los como “países em desenvolvimento”, modificando-se a nomenclatura, mas mantida a realidade socioeconômica desses países. A expressão “Terceiro Mundo”, criada pelo demógrafo Frances Alfred Sauvy ao estudar a economia mundial, para designar os países que não tinham participação nas decisões políticas mundiais e apresentavam atraso quanto ao desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social em relação aos países desenvolvidos. A expressão foi popularizada nos meios jornalísticos, diplomáticos e acadêmicos, passando a designar os países econômica e politicamente fracos no cenário mundial. Posteriormente, no decorrer das décadas de 1960, 1970 e 1980 tornou-se comum a divisão ou regionalização do mundo com base no nível de desenvolvimento e na organização socioeconômica dos países; e, a partir deste critério, o mundo foi regionalizado em: a) Primeiro Mundo – países capitalistas desenvolvidos; b) Segundo Mundo – países socialistas ou de economia planificada; c) Terceiro Mundo – todos os países subdesenvolvidos capitalistas do mundo. Porém, com a transformação da União Soviética e os países do Leste Europeu em economia de mercado ou capitalismo, no final da década de 1980 e início da de 1990, praticamente desapareceu o socialismo (Segundo Mundo), não havendo mais razão para falar-se em Terceiro Mundo. Não obstante, a expressão continuou sendo utilizada até os dias de hoje, para referir-se aos países que não atingiram o nível de desenvolvimento econômico e social alcançado pelos países chamados desenvolvidos. Existe também a divisão entre “países centrais” ou “avançados”, para designar os países capitalistas desenvolvidos que ocupam o centro do sistema capitalista, liderado pelos EUA; e “países periféricos”, que são os países capitalistas subdesenvolvidos, que ocupam a periferia do sistema capitalista e orbitam ao redor dos países centrais, dependendo deles. Posteriormente vieram as expressões países do “Norte” para referir-se aos países desenvolvidos, e países do “Sul”, para referir-se aos países subdesenvolvidos, mas ela é criticada por ser generalizante e não representar a realidade mundial. Nos anos 1960 e 1970, países subdesenvolvidos realizaram empréstimos junto a bancos e instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial visando o desenvolvimento econômico, mas nos anos 1980, vários países não tiveram condição de pagar os valores devidos, tendo que pedir prorrogação dos prazos aos credores - estes passaram a ser conhecidos como “países endividados”. A partir da década de 1970 até os dias atuais, a identidade dos países subdesenvolvidos se alterou no cenário mundial em razão da derrocada do socialismo real e a “mundialização” do capitalismo, que é hoje praticamente o único sistema de organização de vida social e econômica no mundo. O aprofundamento e a generalização da política econômica ditada pelo FMI aos países endividados os pressionaram a promover mudanças em sua economia para promover: a) a privatização de empresas públicas, muitas delas compradas por empresas estrangeiras; b) a abertura da economia, facilitando a importação de produtos estrangeiros, ativando o comércio internacional e consolidando ainda mais a sociedade de consumo; c) a desregulamentação da economia, eliminando regulamentos ou proteção às indústrias nacionais, permitindo que empresas estrangeiras se estabeleçam nesses países, produzindo bens e explorando serviços antes proibidos pelos governos locais (bancos, serviços de eletricidade, telefonia, exploração de petróleo etc.). Na década de 1990, essa política econômica foi implantada em praticamente todos os países do globo e o mundo tornou-se um grande mercado global, satisfazendo os interesses das corporações transnacionais em operar, negociar e especular em todos os cantos do mundo. Nesse ambiente, os países subdesenvolvidos passaram a ser chamados de “mercados emergentes”, o que faz perder a identidade como país, nação e Estado; e a humanidade foi reduzida a um grande mercado global, com pessoas sendo vistas simplesmente como compradores e consumidores de produtos e serviços. Verifica-se que todas essas expressões para designar os países subdesenvolvidos traduzem a mesma realidade concreta em que vive a maioria da população mundial, qual seja, de pobreza e dependência dos países desenvolvidos. Entendendo-se que é a expressão que melhor traduz a realidade socioeconômica do Brasil perante o mundo, utiliza-se a expressão “país subdesenvolvido”

É nesse momento que se inicia a discussão concernente à teoria da “reserva do possível”, que teve origem na decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do famoso caso “*numerus clausus*” (BverfGE n° 33, S. 333), onde se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. Sobre essa decisão, assim manifestou Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão a Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus* versado sobre o direito de acesso ao ensino superior<sup>203</sup>, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.<sup>204</sup>

Dessa lição, tem-se que os parâmetros devem ser a efetiva necessidade dos benefícios sociais, se o indivíduo não tem necessidade, não é preciso a intervenção estatal para garanti-los, dentro de parâmetros de razoabilidade a serem extraídos da ponderação a cargo do legislador.

No entanto, defende-se que existe um direito mínimo existencial para cada indivíduo que deve ser garantido pelo Estado, decorrente do princípio da dignidade humana. Como não é possível ao Estado garantir a melhor qualidade de vida a toda a sua população, surgiu a idéia de “Piso Vital Mínimo”, expressão da moderna doutrina lançada por Fiorillo, para quem: “Para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º, da Carta Magna, que por sua vez estaria atrelado ao caput do artigo 225”<sup>205</sup>, que trata do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente

<sup>203</sup> Nesse caso, discutia-se o pleito de ingresso no ensino superior público, onde não existiam vagas suficientes, com fundamento na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Negou-se o pedido, entendendo-se que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição, pois os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

<sup>204</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304.

<sup>205</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

equilibrado, pois não há como falar em dignidade se o mínimo destes direitos não estiver garantido e implementado concretamente na vida das pessoas.<sup>206</sup>

Foi nesse sentido, o entendimento exarado em decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello na Argüição de Descumprimento de preceito fundamental 45/DF, de que é necessária a preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciados do “mínimo existencial”, que garanta a dignidade humana, cabendo ao Judiciário a correção de eventuais distorções que atentem contra o razoável e o proporcional.<sup>207</sup>

Esta situação é constatada por Comparato<sup>208</sup>, que afirma ser impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade e outras prestações desta natureza. Conforme apontado por Amaral, apesar de desejável, não é possível ao Estado garantir a presença de todos os requisitos que contribuem para a garantia da saúde, existindo limitação de ordem financeira para a concretização deste dever. Enquanto os recursos são limitados e finitos, as necessidades são infindáveis; de forma que a escassez de recursos ou de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada.<sup>209</sup>

Partindo-se da premissa de que os recursos financeiros do Estado são limitados e finitos, os gastos devem ser realizados a partir de prioridades que são eleitas e consignadas nos planos plurianuais, nas diretrizes orçamentárias e nos orçamentos anuais, nos termos do artigo 165, da CF, materializando assim as prioridades eleitas que são viabilizadas após a chancela do Poder Legislativo (representantes do povo).

Essa distribuição de recursos é viabilizada através de políticas públicas engendradas pelos ocupantes de cargos públicos, escolhidos pela população, em tese, a partir dos programas de governo propostos, onde é possível antever as prioridades a serem desenvolvidas. Ou seja, em última análise, quem escolhe as políticas públicas a serem adotadas é a própria população através do exercício do voto, num regime político em que o governo é do povo, para o povo e pelo povo (Democracia).

---

<sup>206</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

<sup>207</sup> Decisão proferida em 29/04/2004, publicado no DJ de 04/05/2004, p. 00012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF.SCLA.%20E%2045.NUME.&ase=baseMonocraticas#>>, acesso em: 10 mar. 2008.

<sup>208</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, p. 249.

<sup>209</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

Os direitos prestacionais, como a saúde são implementados a partir de um processo gradativo, não sendo possível a eliminação de todos os males à saúde, com a simples criação do artigo 196 da CF e a implantação do SUS. A execução do direito à saúde depende de desenvolvimento de políticas públicas, medidas preventivas, construção de hospitais, formação de profissionais habilitados, desenvolvimento de pesquisas, melhoria do saneamento básico etc.; ou seja, ela ocorre através de processo de concretização, atualização e mutação, de maneira contínua, visando à efetivação da meta estabelecida na Constituição, eis que também as necessidades não são estáticas, diante do surgimento de novas enfermidades, terapêuticas, tratamentos e enfoques da doença, tanto na área preventiva, como na curativa.

Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos fundamentais, e do jurisdicionado dispor de pretensão a prestações positivas por parte do Poder Público, ressalta que estas se voltam mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*.<sup>210</sup>

E, nessa formação do futuro, a base constitucional é apenas um dos alicerces sobre a qual deve ser construído o novo modelo de saúde previsto na Carta Magna, pois não obstante a eficácia destas normas e o caráter vinculante, indubitável que a efetivação destes direitos exige o preenchimento de condições legais ou constitucionais, dentre as quais a reserva do financeiramente possível.<sup>211</sup>

A efetivação dos direitos sociais e especialmente da saúde dependem muito da capacidade econômica do Estado, de modo que quanto mais rico, maiores possibilidades ele terá de concretizar de maneira mais abrangente os seus deveres sociais.<sup>212</sup> A questão econômica não pode ser desprezada na formulação das políticas públicas e no cumprimento do dever constitucional imposto de garantia do direito à saúde à população, o que não significa que essa realidade avalize eventual conduta omissiva ou desidiosa, na concretização das políticas públicas para efetivação dos direitos sociais “possíveis” de serem realizadas.

---

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 204-205.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 205.

<sup>212</sup> Diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Com todas essas tarefas a cumprir, não há dúvida de que o Estado brasileiro (como outros) esteja sobrecarregado. [...] Ademais, a Constituição de 1988 ignorou totalmente a questão dos meios necessários ao desempenho de tantas tarefas. Esqueceu até mesmo que o Brasil não é senão um país subdesenvolvido, descuidando de criar condições para que essa situação seja superada. Consagrou “direitos” e direitos, confundindo-os na mesma escala, sem estabelecer qualquer priorização ou hierarquia. Assim, o “direito” de lazer é posto no mesmo pé que o direito à educação.” *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37-38.

Cabe trazer a lume ponderação de Paulo Gustavo Monet Branco, apontando uma solução para a aplicação destas garantias constitucionais:

De toda sorte, a doutrina extrai dos direitos fundamentais concretizados pretensões de igual acesso às instituições criadas (de ensino, de serviços de saúde) e de igual participação dos benefícios fornecidos por esses serviços. Aceita-se que também quanto aos direitos derivados, reserva do possível encontra atuação, não se relevando contrário à isonomia que o Estado restrinja a concessão das prestação ao limite dos recursos existentes. Por isso, já conceituaram esses direitos derivados a prestação como direitos a igual (não arbitrariamente discriminatória) distribuição das prestações disponíveis.<sup>213</sup>

Ou seja, se não é possível efetivar na integralidade os direitos previstos na Constituição, ao menos a parte implementável deve ser realizada e de maneira igualitária<sup>214</sup>, visando a diminuição das desigualdades sociais, através de políticas públicas planejadas.

Cumprе consignar que a aplicabilidade do conceito de reserva do possível não encontra apoio em boa parte da doutrina e comporta interpretações diversas quanto à sua aplicabilidade. Para Fabio Comparato, ela é objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais, e, como tal, não tem as limitações da reserva do possível, pois:

Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender a totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo.<sup>215</sup>

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet entende que em todas as situações em que o argumento da reserva do possível e demais objeções aos direitos sociais esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poderá ser reconhecido um direito subjetivo definitivo, dotado de plena vinculatividade, com possibilidade de impor ao Estado, inclusive através das vias judiciais, a realização da

<sup>213</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 151

<sup>214</sup> Exemplo de medida do possível mencionada por Marcelo Martin Costa é o salário-mínimo anualmente fixado, onde o constituinte, no artigo 7º, IV, delineou o ideal almejado, conferindo ao legislador aplicar o referido comando, sob a ótica do possível, atendendo-se à conjuntura político-econômica do momento. *Da tutela relativa aos deveres de fazer em face do Estado, à luz da jurisprudência pátria*: enfoque nos direitos sociais. Dissertação de mestrado, em Direito Processual Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003, p. 158-160

<sup>215</sup> COMPARATO, Fábio Konder. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Orgs.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

prestação assegurada por norma de direito fundamental. Isso porque o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem-se em fios condutores, ou seja, em critérios referenciais, na tarefa de otimizar a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais, inclusive viabilizando o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, pelo menos na esfera de um padrão mínimo de condições materiais mínimas.<sup>216</sup>

Nota-se que mesmo os autores que dizem não admitir o argumento da reserva do possível quando o direito em discussão se referir à dignidade da pessoa humana, reconhecem que em não sendo possível garantir na integralidade, ao menos as condições mínimas ou o que estiver ao alcance devem ser atendidos. Nessas condições, é de se admitir que em verdade, admitem a aplicabilidade do princípio da reserva do possível, mas num patamar menos demagógico que, por exemplo, falta de verbas, impondo-se até o limite do possível a concretização das condições garantidoras da dignidade da pessoa humana.

O entendimento é plenamente justificável, pois se as prestações fossem “impossíveis” de serem atendidas, não haveria nem mesmo como compelir o Poder Público ao atendimento, pois não é possível exigir o impossível. Não só são sedutores os argumentos apresentados pelos autores, como também coerentes, pois realmente nada se encontra acima da dignidade humana que o próprio direito à vida e é imperativo que a vida seja usufruída com qualidade.

Deve se considerar, no entanto, que é possível deparar-se com hipóteses em que existirão interesses igualmente legítimos que se esbarrem no direito à vida e é neste momento que haverá a necessidade de aplicarmos o princípio da reserva do possível.

Como exemplo dessa situação, pode-se citar o surgimento de uma epidemia de gripe aviária em que não existam, em razão de falta na indústria farmacêutica, medicamentos ou vacinas suficientes para todas as pessoas. Nesse caso, o Poder Público deve ofertar os medicamentos e vacinas de forma racional, priorizando os que estivessem com a doença e fornecendo as vacinas para a população em área de maior risco; pois, não obstante todos

---

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324.



tenham direito à vida, em casos específicos, espera-se que as ações sejam realizadas de maneira mais eficaz, dentro do que for possível ser realizado naquele momento.<sup>217</sup>

Certamente que situações de risco generalizado, como no exemplo da gripe aviária, não devem perdurar indefinidamente e o Poder Público tem o dever de realizar ações visando sanar a deficiência. A mesma situação ocorre nos hospitais, em que não havendo possibilidade de atendimento de toda demanda, devem ser realizados os procedimentos nos pacientes com maior gravidade, mas não se exime que sejam providenciadas ações no sentido de ampliação do atendimento.

Pondera, contudo, que essas são situações excepcionais, que não eximem o Estado de garantir sempre ao menos o “mínimo existencial”, consubstanciado nos direitos sociais, a serem usufruídos de forma igualitária por toda população. Esse “mínimo existencial” pode ser traduzido como *standarts* mínimos, servindo de exemplo a saúde e a educação básica da população, que devem ser disponibilizados de forma acessível a todos.

Como exemplos dessas situações, no concernente à educação, se não é possível garantir para toda a população uma escola com computadores dotados de tecnologia de ponta, de universidades e cursos de pós-graduação a todos, ao menos a educação básica, qual seja o ensino fundamental e o ensino médio deve ser garantido a todos, com escolas dotadas de professores capacitados e uma razoável biblioteca.

Na saúde, se não é possível oferecer a todos um padrão de atendimento que garanta a todos a realização de um exame geral denominado *check up*, utilizando-se de equipamentos modernos e sofisticados, ao menos devem ser garantidos os exames básicos, que sejam eficientes na identificação prematura de doenças. Pode ser incluído nesse exemplo o atendimento nas unidades básicas de saúde, que devem ser capazes de dar atendimento aos problemas corriqueiros de saúde no dia-a-dia da população, como na identificação de viroses, gripes, infecções simples, pequenos ferimentos, exames laboratoriais e clínicos básicos etc.

Assim sendo, o argumento da reserva do possível não deve servir de “muleta” para justificar a omissão estatal no atendimento de necessidades sociais, concedendo aos poderes

---

<sup>217</sup> A situação pode ser ilustrada com a recente manifestação de febre amarela na região central do Brasil, que ocasionou uma corrida aos postos de saúde de todo País na busca da vacina anti-amarílica. No entanto, esta vem sendo disponibilizada somente aos moradores das áreas de risco e aos que pretendem viajar a essas regiões. Conforme informação constante no site do Ministério da Saúde, desde 1942, não é registrado nenhum caso de febre amarela urbana e as contaminações recentes referem-se à contaminação por febre amarela silvestre em pessoas que não eram vacinadas que estiveram em áreas de floresta ou de mata de regiões consideradas de risco, o que justificaria a vacinação somente de pessoas que se dirigirem a estes locais. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/febreamarela/index.php>>, acesso em: 28 jan. 2008.

públicos o direito de permanecerem inertes, enquanto a população necessita de ações prestacionais garantidoras dos direitos sociais, ao menos num patamar mínimo.

## IV - EVOLUÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL, SURGIMENTO DO SUS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

### 1. Da seguridade social.

O artigo 196 insere-se no capítulo da Seguridade Social, que está no título referente à Ordem Social, de forma que a saúde se integra à seguridade social, que por sua vez faz parte do título da ordem social.

Por sua vez, o artigo 193 materializa a disposição geral do título estabelecendo que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”.

Já o artigo 194, que trata das disposições Gerais da Seguridade Social pontifica:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Da leitura do art. 1º, *caput*, da Carta Magna, resta patente que o princípio fundamental do direito social, qual seja, o princípio da democracia econômica e social, tem amparo em nossa Constituição; o que pode ser vislumbrado não somente pelo disposto em seu inciso IV, como também nos objetivos traçados no artigo 3º, e nos demais dispositivos constantes de forma esparsa, consagrando e sobrelevando os direitos sociais.

Por seu turno, os direitos sociais estão estreitamente ligados aos direitos humanos, pois estes correspondem aos princípios morais que devem assegurar a garantia de satisfação das condições mínimas para realização de uma vida digna, esta entendida como uma vida em que o indivíduo possa satisfazer suas necessidades básicas e possa respeitar a si mesmo.<sup>218</sup>

Os direitos sociais são aqueles ditos fundamentais de segunda dimensão, constituindo-se verdadeiros direitos de crédito do indivíduo em face do Estado, com o dever correlato deste de prover a sua concretização<sup>219</sup>, dentre os quais se inclui a prestação de saúde.

## 2. Histórico da seguridade social

### 2.1. Evolução da Seguridade Social.

Consoante Ivan Kertzman<sup>220</sup>, a seguridade social, como regime protetivo, surgiu a partir da luta dos trabalhadores por melhores condições de vida. Ibrahim cita as seguintes fases evolutivas da previdência social:

- Fase inicial (até 1918): criação dos primeiros regimes previdenciários, com proteção limitada a alguns tipos de eventos, como acidentes de trabalho e invalidez.
- Fase intermediária (de 1919 a 1945): expansão da previdência pelo mundo, com a intervenção do Estado cada vez maior na área securitária.

<sup>218</sup> VIEIRA, Walderês Martins. *A atuação do Estado na implantação do direito à saúde*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito e do Estado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p. 6

<sup>219</sup> PORT, Otávio Henrique Martins. *A eficácia dos direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002, p. 17.

<sup>220</sup> KERTZMAN, Ivan Mascarenhas. *Curso prático de Direito Previdenciário*. Salvador: Jus PODIVM, 2005, p. 15.

- Fase contemporânea (a partir de 1946): aumento da clientela atendida e dos benefícios. É o grau máximo do *Welfare State*, com a proteção de todos contra qualquer tipo de risco social.<sup>221</sup>

As primeiras normas editadas tiveram caráter eminentemente assistencial, como o *Poor Relief Act* (Lei dos Pobres), de 1601, na Inglaterra, que instituiu auxílios e socorros públicos aos necessitados mediante uma contribuição obrigatória arrecadada da sociedade pelo Estado para fins sociais; considerado o primeiro ato relativo à assistência social propriamente dita.<sup>222</sup>

Não obstante, o primeiro ordenamento legal foi editado na Alemanha, por Otto Von Bismarck, em 1883, com a instituição do seguro-doença; e, no ano seguinte, foi criada a cobertura compulsória para os acidentes de trabalho, seguido pelo seguro de invalidez e velhice, criado em 1889. Pela primeira vez a proteção foi garantida pelo Estado, mediante contribuições arrecadadas compulsoriamente dos participantes do sistema securitário.

Em seguida, outros países da Europa editaram suas primeiras leis de proteção social, sendo de se destacar o *Wokmen's Compensation Act*, criado na Inglaterra, estabelecendo o seguro obrigatório contra acidente de trabalho.

A primeira Constituição a incluir o tema previdenciário foi a mexicana, em 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar, em 1919.

Após a crise de 1929, os Estados Unidos adotaram o *New Deal*, inspirado pelo *Welfare State*, que determinava uma maior intervenção do Estado na economia, inclusive com a responsabilidade de organizar os setores sociais com investimento na saúde pública, na assistência social e na previdência social.

Mas é o chamado Plano Beveridge, construído na Inglaterra, em 1942, que marcou a estrutura da seguridade social moderna, com a participação universal de todas as categorias de trabalhadores e cobrança compulsória de contribuições para financiar as três áreas da seguridade: saúde, previdência social e assistência social.<sup>223</sup>

Dentre as conclusões mais importantes do relatório desenvolvido por Beveridge, pode-se citar<sup>224</sup>:

<sup>221</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 23-24

<sup>222</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 24.

<sup>223</sup> IBRAHIM, Fabio Zambite, *Op. cit.*, p. 26-29.

<sup>224</sup> KERTZMAN, Ivan Mascarenhas, *op. cit.*, p. 16.

- a) Seguro social compulsório: todas as pessoas devem participar do sistema protetivo, recebendo tratamento equânime, garantindo aos necessitados um mínimo para sua manutenção e integração num sistema único os seguros sociais da área urbana e rural;
- b) Adoção da tríplice fonte de custeio – o Estado, as empresas e os trabalhadores;
- c) Unificação do seguro de acidentes do trabalho como o seguro social;
- d) Unificação do seguro e assistência social em único ministério;
- e) Unificação das contribuições, propiciando ao beneficiário a solicitação de qualquer benefício;
- f) Separação da saúde do contexto previdenciário;
- g) Fornecimento de auxílio para o aprendiz visando a preparação do indivíduo para o ingresso no mercado, sem prejuízo de auxílio-desemprego por tempo indeterminado;
- h) Revogação das isenções para garantir a entrada de recursos suficientes para a manutenção do sistema securitário;
- i) Extensão do seguro social para todos os trabalhadores;
- j) Incentivo de permanência em atividade.

Inspiradas neste plano vieram a maioria das constituições sociais que se seguiram, incluída a brasileira, que adotou grande parte das conclusões do referido relatório.

## 2.2. Evolução da seguridade social no Brasil.

Tal como ocorreu no plano internacional, o seguro social brasileiro iniciou-se com a organização privada, sendo que, aos poucos, o Estado foi apropriando-se do sistema por meio de políticas intervencionistas.

As Santas Casas de Misericórdia, atuantes no segmento assistencial, e o montepio para a guarda pessoal de D. João VI são exemplos mais antigos de proteção social brasileira<sup>225</sup>. Com caráter mutualista, foi criado em 1935 o Montepio Geral dos Servidores do Estado (MONGERAL), considerada a primeira entidade de previdência privada do país.

A Constituição de 1891 foi a primeira a tratar do tema previdenciário estabelecendo a aposentadoria por invalidez, restrita aos servidores públicos, custeada pela nação. Em 1919, através do Decreto-Legislativo n.º 3.724, foi criado o seguro obrigatório de acidentes de

trabalho, que obrigava o empregador a pagar uma indenização ao operário ou à sua família, em caso de acidente.

O marco da previdência social brasileira foi a Lei Eloy Chaves (Decreto-Legislativo 4.682, de 1923) que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPS) para os empregados das empresas ferroviárias<sup>226</sup>, mediante contribuição dos empregados, dos trabalhadores e do Estado, assegurando aposentadoria aos empregados e pensão aos seus dependentes.

As CAPS eram entidades públicas com larga autonomia em relação ao Estado e eram instituídas como um contrato compulsório, organizadas por empresas, geridas através de representação direta de empregados e empregadores, tendo finalidade puramente assistencial: benefícios em pecúnia e prestação de serviços<sup>227</sup>. Seus recursos tinham origem tripartite: contribuição compulsória de empregados e empregadores (3,0% do salário e 1,0% da renda bruta da empresa) e da União (1,5% das tarifas dos serviços). Apesar do Estado financiar parte dos recursos e normatizar esta modalidade de seguro social, não participava de seu gerenciamento. Durante a década de 20, o sistema de CAPS foi ampliado, sendo instituídas em diversas outras empresas que as organizavam, sendo que cada um possuía sua Caixa.

Na década de 1930, iniciou-se a formação de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS)<sup>228</sup>, que institucionalizam o seguro social por categoria profissional, fragmentando as classes assalariadas urbanas por inserção nos setores da atividade econômica: marítimos, bancários, comerciários, industriários, etc. Estes institutos foram transformados em autarquias e passaram a ser geridos pelo Estado, mas ainda contando com os recursos financeiros de origem tripartite, com a diferença de que a contribuição patronal passou a ser calculada sobre o salário pago.

A Constituição de 1946 realizou a primeira tentativa de sistematizar as normas de proteção social, utilizando de forma inovadora a expressão “previdência social”, e garantindo a proteção aos eventos de doença, invalidez, velhice e morte. A estrutura do IAPS, juntamente com a das CAPS remanescentes em várias empresas, permaneceu até a edição do Decreto-Lei

---

<sup>225</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte, *op. cit.*, p. 30.

<sup>226</sup> Cf. Fabio Zambitte Ibrahim, “A primeira empresa a criar uma caixa de aposentadoria e pensão foi a *Great Western do Brazil*, mais tarde rebatizada de Estrada de Ferro Santos-Jundiaí e daí FEPASA.”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>227</sup> COHN, Amélia (et. al.). *A Saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991, p. 14-16.

<sup>228</sup> Ensina Ivan Dertzman que a partir da fusão das CAPS das empresas das diversas categorias profissionais, surgiram os Institutos de Aposentadoria e Pensão das seguintes categorias: IAPM – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos 1933; IAPC – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciários – 1934; IAPB – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários – 1934; IAPI – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários – 1936; IAPTEC – Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Empregados de Transporte de Carga – 1938. *Curso prático de Direito Previdenciário*. Salvador-Bahia: Podivm, 2005, p. 17.

72, de 1966, quando ocorreu a unificação do sistema previdenciário e surgiu o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Os trabalhadores rurais somente passaram a gozar de direitos previdenciários a partir de 1971, com a criação do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL), pela Lei Complementar 11/71; e os empregados domésticos foram incluídos no sistema protetivo no ano seguinte, através da Lei 5.859/72.

Em 1977, através da Lei n.º 6.439, criou-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), integrando-se as áreas de assistência social, previdência social, assistência médica e gestão das entidades ligadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS).<sup>229</sup>

Nessa época, a legislação previdenciária vigente era a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que convivia com diversos outros diplomas legais esparsos, o que dificultava o tratamento da matéria, ensejando a edição da Lei n.º 6.243/75, que, no artigo 6.º, determinou a publicação da Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), pelo Decreto n. 77.077, de 1976.

Entretanto, somente com a promulgação da CF de 1988 a seguridade foi tratada como um conjunto de ações nas áreas de Saúde, Previdência e Assistência Social.

Em 1990, a Lei 8.029 criou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com a junção do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), com o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS). O INAMPS, que cuidava apenas dos trabalhadores contribuintes da seguridade social urbana, foi extinto, dando lugar ao Sistema Único de Saúde (SUS), estruturado pela Lei 8080, de 1990, que já adotava a universalidade e integralidade do direito à saúde.

---

<sup>229</sup> O SINPAS agregava as seguintes entidades: I – Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (responsável pela administração dos benefícios); II – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social – IAPAS (responsável pela arrecadação, fiscalização e cobrança de contribuições e demais recursos); III – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS (responsável pela saúde); IV – Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA (responsável pela assistência social); V – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM (responsável pela promoção de política social em relação ao menor); VI – Central de Medicamentos – CEME (responsável pela distribuição de medicamentos); VII – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV (responsável pelo gerenciamento dos sistemas de informática previdenciários).



### 3. A Saúde, na seguridade social – retrospecto histórico

#### 3.1. Breve histórico da prestação do serviço de saúde.

A preocupação com a saúde é inerente ao ser humano e está diretamente vinculada com o seu instinto natural de autopreservação. Consta que os egípcios, há quase 4.000 anos, já lembravam fatores naturais como causas de doença, sendo responsáveis por grandes avanços na área médica. E, como legado da civilização greco-romana, surgiu a figura de Hipócrates e a sistematização de um conhecimento médico por Galeno, havendo notícias de que os serviços eram pagos pelos necessitados e em algumas situações custeados pelas *polis*.<sup>230</sup>

Os romanos testaram várias formas de financiamento de saúde, sendo que alguns médicos vendiam diretamente os seus serviços, enquanto outros, vinculados às famílias, recebiam anualmente por prestar assistência. Com o tempo, houve a regulamentação da atividade, fixando-se um limite máximo de profissionais médicos em cada município, sendo que os serviços públicos de assistência médica organizaram-se a partir do século II D.C. Também existiam hospitais públicos e particulares, de maneira que os serviços médicos eram prestados de várias formas, ora sendo custeado pela coletividade, ora pelo próprio enfermo, sendo este modo mais raro, ante a fragilidade natural da pessoa que se encontra doente.<sup>231</sup>

Durante a revolução industrial, passou-se a considerar doença como prejuízo ao capitalismo, merecendo atenção do setor privado. Diante disso, o Estado foi chamado para exercer o papel central na promoção da saúde, em virtude das necessidades econômicas geradas pela industrialização e pela urbanização. É nesta fase que o movimento sanitário ganha força, influenciado pelo capitalismo liberal.<sup>232</sup>

No âmbito internacional, em momentos de grandes epidemias, o Estado assumiu ocasionalmente os cuidados com a saúde dos indivíduos, sendo que as ações se caracterizavam por saneamento e combate às epidemias, ou seja, tendo um caráter preventivo<sup>233</sup>. Em alguns casos também havia o assistencialismo privado, com a construção

---

<sup>230</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1995, p. 21-22.

<sup>231</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*, p. 22.

<sup>232</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim, *op. cit.*, p. 24.

<sup>233</sup> CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. *Planos de saúde e dignidade da pessoa humana*, p. 22.

de hospitais e contratação de médicos<sup>234</sup>, que era motivado também pelo receio que as pessoas tinham de serem contaminadas pelos doentes.

Esse sistema misto de serviços de saúde também foi implementado em países de regimes socialistas ou marxistas, organizados para minimizar o papel do governo central na efetivação de políticas de saúde, citando como exemplo a China, que, desde 1970, tem a economia parcialmente privatizada, contando com atendimento mínimo do governo central.

### 3.2. Evolução nacional da prestação dos serviços de saúde

A questão da saúde está intimamente vinculada ao desenvolvimento histórico da seguridade social. Conforme já visto, a Lei Eloy Chaves criou as CAPS, que tinham finalidade puramente assistencial: benefícios em pecúnia e prestação de serviços.

Nesse período, os preceitos da saúde pública respondiam apenas às medidas de caráter coletivo, em particular as às campanhas sanitárias, como o combate à febre amarela e varíola; e à classe assalariada urbana, até então assistida pelas mutualidades e pela filantropia (como de resto a população em geral), passou a ser destinado serviços e atenção médica individual, prestado pelas CAPS, que por sua vez os comprava do setor privado, através do mecanismo de credenciamento médico<sup>235</sup>.

A assistência médica era concebida como pertinente à esfera privada, sendo um serviço ao qual se tinha acesso a partir da inserção no mercado de trabalho formal com contribuição de um percentual do salário, através de um contrato compulsório<sup>236</sup>; ou seja, a saúde era entendida como direito subjetivo do trabalhador no âmbito do Seguro Social.

Na década de 1930, iniciou-se a formação dos IAPS, que institucionalizaram o seguro social por categoria profissional, fragmentando as classes assalariadas urbanas por inserção nos setores da atividade econômica. A estrutura dos IAPS, juntamente com a das CAPS remanescentes em várias empresas permaneceu até a edição do Decreto-Lei 72, de 1966, quando ocorreu a unificação do sistema previdenciário no INPS.

Diante de profundas transformações da sociedade brasileira no período, especialmente em razão dos processos de acelerada industrialização e urbanização, os serviços previdenciários de saúde passaram a ser progressivamente pressionados pela demanda dos

---

<sup>234</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*, p. 24.

<sup>235</sup> COHN, Amélia (et. al.). *A Saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991, p. 14-16.

<sup>236</sup> COHN, Amélia (et. al.). *A Saúde como direito...*, p. 15.

trabalhadores assalariados urbanos, que não tinham outro serviço médico alternativo, quer estatal, quer privado, à exceção da rede de estabelecimentos de natureza filantrópica e uma escassa rede pública hospitalar, ambulatorial e de atenção primária.

Tal situação perdurou até meados da década de 1970, quando a rede pública de serviços de saúde passou a assumir, de forma progressiva, também a assistência médica individual.<sup>237</sup> Em 1975, através da Lei 6229, foi criado o Sistema Nacional de Saúde que reafirmou as especialidades preferenciais das tarefas a cargo da Previdência Social e do Ministério da Saúde, firmando-se a competência deste também na atenção médica individual.

No entanto, ainda se mantinha a importância da Previdência Social nos serviços de saúde, diante de sua opção pela compra de serviços privados por credenciamento ou convênio. Esta situação associada a um decrescente investimento da União fez surgir e avançar o setor privado de prestação de serviços médicos, que se capitalizou às custas da intervenção estatal na previdência social, enquanto a rede pública de passou a sofrer um acentuado processo de sucateamento, em razão da não priorização das políticas de saúde.

Dessa forma, passou a ocorrer uma seletividade da clientela: o da previdência destinada à população urbana inserida no mercado de trabalho e os serviços públicos, vinculado ao Ministério da Saúde e o das populações de baixa renda, excluídas do setor formal da economia.

O favorecimento do setor privado de atendimento médico através da política previdenciária prevaleceu de forma explícita até a década de 1980, que foi o período de apogeu das empresas médicas (conhecidas como medicinas de grupo), dos hospitais privados e das cooperativas médicas.

Essas distintas modalidades de prestação de serviços de saúde do setor privado contavam com a clientela cativa (previdenciária), que comprava seus serviços, sob forma de convênios ou de credenciamentos firmados pelo INPS e posteriormente pelo INAMPS. Este processo de privatização da esfera pública teve como consequência o prevaecimento da lógica do lucro e da capitalização nos investimentos do setor.

Podemos dizer que nessa época existiam basicamente as seguintes situações: os mais abastados que podiam se socorrer da rede privada de saúde, arcando com todos os custos; os assalariados que se utilizavam do INAMPS; os trabalhadores rurais que faziam jus aos

benefícios do FUNRURAL; e as entidades municipais e assistenciais, que atendiam o restante da população, como os não assalariados e os que não possuíam trabalho formal.

Em 1979 foi implantado um Programa de Interiorização das Ações de Saúde (PIASS), e somente a partir desse momento começou a ocorrer a modificação do modelo de atenção à saúde no Brasil, expandindo-se a cobertura.

Tanto é assim que já na década de 1980, com as mudanças econômicas e políticas ocorridas no país, passou-se a exigir a substituição do modelo médico-assistencial privatista por um novo modelo de atenção à saúde, ensejando a criação do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde, que nunca passou de mero projeto.

Como prenúncio destas modificações, em 1983, foram implantadas as Associações Integradas de Saúde (AIS), que despontaram como o primeiro desenho estratégico de co-gestão, de desconcentração e de universalização da atenção à saúde; sendo que, em 1986, na 8ª Conferência Nacional de Saúde, consolidou-se a proposta orientadora da elaboração do capítulo específico na atual CF, surgindo a idéia de um sistema único, o qual se opõe à dicotomia originada quando o Ministério da Previdência e Assistência Social retirou do Ministério da Saúde o poder sobre atividades de assistência, separando-a das ações preventivas.<sup>238</sup>

No relatório final dessa 8ª. Conferência Nacional de Saúde (CNS)<sup>239</sup>, cumpre destacar o seguinte trecho, que relata a situação sanitária da época:

6 – As limitações e obstáculos ao desenvolvimento e aplicação do direito à saúde são de natureza estrutural.

7 – [...] As desigualdades sociais e regionais existentes refletem estas condições estruturais que vêm atuando como fatores limitantes ao pleno desenvolvimento de um nível satisfatório de saúde e de uma organização de serviços socialmente adequada.

8 – [...].

9 – Na área de saúde, verifica-se um acúmulo histórico de vicissitudes que deram origem a um sistema em que predominam interesses de empresários da área médico-hospitalar. O modelo desorganização do setor público é anárquico, pouco eficiente e ineficaz, gerando descrédito junto à população.

10 – Este quadro decorre basicamente do seguinte: não prioridade pelos governos anteriores do setor social, neste incluído a saúde, privilegiando

<sup>237</sup> Para Antonio Joaquim Fernandes Neto, o interesse estatal pela saúde sempre esteve relacionado com o interesse econômico, o que explicaria o fato dos primeiros hospitais terem sido nas cidades portuárias, regiões de produção agrícola e em locais que se constituíam em canais de exportação. In: *Plano de saúde e...*, p. 26.

<sup>238</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*, p. 38.

<sup>239</sup> Anais, 8ª Conferência Nacional de Saúde, Brasília, 1986. *Relatório final*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

outros setores, como por exemplo o da energia, que contribuiu para a atual dívida externa; vigência de uma política de saúde implícita que se efetiva ao sabor de interesses em geral não coincidentes com os dos usuários dos serviços, acentuadamente influenciada pela ação de grupos dedicados à mercantilização da saúde; debilidade da organização da sociedade civil, com escassa participação popular no processo de formulação e controle das políticas e dos serviços de saúde; modelo assistencial excludente, discriminatório, centralizador e corruptor; falta de transparência na aplicação de recursos públicos, o que contribuiu para o seu uso dispersivo, sem atender às reais necessidades da população; inadequada formação de recursos humanos tanto em nível técnico quanto nos aspectos ético e de consciência social, associada à sua utilização em condições insatisfatórias de remuneração e de trabalho; controle do setor de medicamentos e equipamentos pelas multinacionais; privilégio na aplicação dos recursos públicos na rede privada de assistência médica, como também em programas de saneamento e habitação; interferência clientelística no que se refere à contratação de pessoal; excessiva centralização das decisões e dos recursos em nível federal.

A situação sanitária descrita já mostrou significativa mudança nos dias atuais, desde a época em que se realizou a 8ª CNS, sendo inegável que houve uma ampliação dos serviços de saúde prestados pelo Estado; mas, infelizmente, muito do que se apontou como problema na época ainda persiste, fruto, não só da falta de recursos governamentais ou deficiente gerenciamento dos mesmos, mas também das desigualdades sociais e regionais decorrentes da má distribuição de renda e da propriedade fundiária. É decorrência dessa situação, a desnutrição; a falta de saneamento básico, as condições sanitárias inadequadas, a desinformação; o analfabetismo; o desemprego, que afetam diretamente na questão sanitária da população.

O SUS, criado na CF de 1988, significou a incorporação constitucional da visão reformista sobre o papel do Estado (baseado no princípio do *welfare state*), sem fixação das respectivas bases de financiamento para a implantação de uma política social de caráter universalista e redistributiva.<sup>240</sup> Através do SUS houve uma universalização do direito de assistência à saúde, de forma pública e integral, crescendo muito o número de pessoas assistidas, pois de direito exclusivo dos trabalhadores, passou a ser de todos.

Desde então o Poder Público vem se adaptando material e financeiramente para o custeio das atividades relacionadas à saúde, conforme previsão contida no artigo 196 da CF. Anota Eduardo Perillo<sup>241</sup> que, a partir do advento do SUS, os serviços de saúde pública, que atendiam cerca de 40 milhões de pessoas oriundas da Previdência Social, passaram a atender

---

<sup>240</sup> COHN, Amélia (et. al.). *A Saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991, p. 22

<sup>241</sup> PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca. *Os interesses organizados na saúde e a resistência à mudança*. Dissertação de Mestrado em Administração. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, (s.d.), p. 80.

cerca de 150 milhões de pessoas, não havendo disponibilização de recursos financeiros destinados a adequar a rede de atendimento à demanda.

## **4. Sistema único de saúde**

### **4.1. O surgimento do SUS**

Como já visto, antes da criação do SUS havia desigualdade do acesso à assistência pública de saúde pela população brasileira, que privilegiava apenas os que tinham vínculo formal de emprego e contribuía para o sistema previdenciário, inicialmente através do INPS e, posteriormente, pelo INAMPS, através de serviços próprios ou por uma rede de serviços ambulatoriais e hospitalares contratados. Às Santas Casas competiam a missão de atender os que não tinham recursos para arcar com os custos de atendimento pela rede privada.<sup>242</sup>

As Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde se limitavam a desenvolver ações de promoção de saúde e prevenção de doenças, principalmente por meio de campanhas de vacinação e controle de endemias, havendo, pois, uma divisão de papéis e competências entre os diversos órgãos públicos envolvidos com a atenção à saúde.

Tal situação trazia prejuízos à população, especialmente àquela excluída do acesso ao atendimento em saúde, gerando manifestação de grupos e segmentos organizados da sociedade, de profissionais e intelectuais da área, no sentido de que fosse criado um sistema de saúde que assegurasse a cobertura universal da população.<sup>243</sup>

A reforma sanitária brasileira foi formulada na perspectiva de romper com o modelo corporativista tradicional, reverter a linha privatizante da política setorial e integrar instâncias correlacionadas de política social, histórica e estruturalmente tratadas em separado.

Através da criação de um sistema único de saúde, pretendia-se materializar a implantação do direito de cidadania, garantindo o acesso universal e igualitário aos serviços, como forma de superar as segmentações históricas e desigualdades presentes no sistema. Ou seja, no Brasil a reforma do setor de saúde entrou na agenda governamental como uma exigência derivada das políticas de ajuste.

---

<sup>242</sup> Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação de caráter excepcional/Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Brasília: CONASS, 2004, p. 9.

<sup>243</sup> Idem, p. 9.

Esse movimento por uma reforma sanitária, conforme já referido, teve como marco a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que recomendou a reestruturação do Sistema Nacional de Saúde, resultando, no primeiro momento, na instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que permitia o estabelecimento de convênios entre o INAMPS e as Secretarias Estaduais de Saúde, que passaram a executar ações de saúde.

A criação do SUS<sup>244</sup> veio no artigo 198 da CF, de 1988, dentro do capítulo dedicado à seguridade social, cujos princípios e diretrizes foram definidos com base no conceito de saúde amplo do artigo 196 da CF e significou a incorporação constitucional da visão reformista sobre o papel do Estado, baseado no princípio do Estado de bem-estar social.

O SUS teve sua estrutura definida pelas Leis Federais n.º 8080/90 e 8142/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), que consolidou o processo de implementação gradativa da descentralização das políticas e dos serviços públicos de saúde.

#### 4.2. O modelo do SUS.

A LOS dispõe sobre a organização e funcionamento do SUS, estabelecendo a competência e atribuições de cada esfera do governo, regulando as ações e serviços de saúde no Brasil.

O SUS foi concebido tendo como princípios norteadores a universalidade, a equidade, a integralidade e a participação da sociedade, além da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, da CF).

Há uma redistribuição das responsabilidades relativas às ações e aos serviços de saúde entre as três esferas de governo, reforçando o papel do Município sobre a saúde local; bem como estabelecendo que a rede de serviços deve ser organizada de forma hierarquizada e regionalizada, ou seja, com divisão de competências, visando à capacitação para assumirem responsabilidades e prerrogativas diante do SUS, desenvolvendo ações que dêem prioridade à prevenção e à promoção da saúde.

---

<sup>244</sup> Ives Gandra Bastos Martins e Celso Ribeiro Bastos dizem que a criação do SUS foi tema de grandes debates na Constituição, desejando a “esquerda” sua implementação e obtendo êxito na discussão em plenário. In.: *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 8º vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p.119.

Reconhecendo que nem sempre é possível à Municipalidade executar todos os serviços de saúde, a descentralização dos serviços implica também sua regionalização, pois há necessidade de organizar os serviços, visando a dar acesso a todos os tipos de atendimento, para evitar desperdícios e duplicações.

No SUS, a prestação dos serviços de saúde da população deve ser realizada por meio da integração dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos das três esferas de governo; bem como deve ser garantida a participação da comunidade na fiscalização e nas diretrizes gerais das políticas e ações de saúde.

De se ressaltar, no entanto, que o contexto de formulação e as primeiras medidas de implantação da reforma sanitária brasileira caracterizaram-se pela combinação de crises econômicas, mudanças importantes no regime político de término de um período de ditadura e retomada da democracia, revitalização do sistema político-partidário e da sociedade civil organizada, e participação social no processo de transição, que condicionou, de forma importante, a agenda das políticas governamentais e o próprio tratamento das questões sociais e econômicas.

Desse modo, houve avanços e retrocessos importantes, incluídas as tentativas de garantir os recursos governamentais para a saúde, com destaque para a Emenda Constitucional (EC) nº 29, de agosto de 2000, que procurou assegurar fontes de recursos estáveis para a saúde e aumento da participação das esferas internas, vinculando um percentual de renda da União, Estados e Municípios à saúde, e estabelecendo a obrigatoriedade da União de aumentar os investimentos setoriais proporcionalmente ao crescimento do PIB (5%). A partir do ano 2000, os Estados e o Distrito Federal deveriam destinar ao SUS 12% e os Municípios 15% de seu próprio erário tributário para a saúde. Também determinava a aplicação de 15% dos recursos federais em ações básicas nos Municípios, por meios de Fundos de Saúde, controlados pelos Conselhos de saúde, e definia a destinação dos recursos entre os diversos níveis de governo obedecendo a critérios de rateio que apontem assim para a progressiva diminuição das desigualdades regionais, estabelecendo sanções aos Estados e Municípios que não cumprirem essas normas.

Todavia, verificam-se dificuldades no cumprimento das determinações contidas na referida EC, na medida em que não raras vezes em seus percentuais estão incluídos valores que não deveriam constar, como aqueles destinados à aquisição de materiais de escritório,



salários de trabalhadores da área da saúde em inatividade<sup>245</sup>. Além disso, existem Municípios com menores recursos, em que os 15% previstos não são suficientes para garantir as necessidades básicas de saúde de seus munícipes.<sup>246</sup>

Defende-se atualmente a regulamentação deste dispositivo constitucional inserido pela referida emenda, o que vem encontrando resistência por parte do Poder Público, porque dessa forma, teria vinculados os valores que atualmente vem dispendo livremente. A matéria é objeto de dois Projetos de Lei que procuram fixar os recursos mínimos que devem ser investidos na saúde.<sup>247</sup>

Vê-se, portanto, as dificuldades que ainda são enfrentadas para a obtenção de recursos para garantia e ampliação dos serviços de saúde desejada pelo constituinte.

### 4.3. Princípios norteadores do SUS.

São princípios norteadores do SUS, a universalidade, a equidade, a integralidade e a participação da sociedade, além da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.

A “universalidade” é tema que enseja reiterada discussão, afirmando BOBBIO que “em relação aos direitos sociais, não podem deixar de serem levadas em consideração as diferenças específicas, diversamente do que ocorre com os direitos individuais (liberdades), os quais pressupõem a efetiva universalização.”<sup>248</sup>

Esse princípio, quando se refere à cobertura, abrange todas as contingências que podem gerar necessidades, dentre as quais, obviamente, a preservação da saúde; e, no tocante ao atendimento, incluem todas as pessoas, brasileiras ou estrangeiras, residentes no país.

No entanto, saúde para todos é um objetivo amplo, que depende do progresso de todos, e deverá ser estimulado pelo Estado, conforme lembrado por Helio Pereira Dias, Assessor Jurídico do Ministério da Saúde em 1986, na VIII Conferência Nacional de Saúde:

<sup>245</sup> Lenir dos Santos cita várias ilegalidades e inconstitucionalidades no cumprimento do dever legal de saúde, dentre elas a “Alocação de despesas com atividades que não estão no campo de atuação da saúde, como bolsa-escola, bolsa-alimentação, combate à fome e a pobreza etc. no orçamento da saúde”. In: Saúde: ilegalidades e inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6897>>. Acesso em 08: mar. 2008

<sup>246</sup> JUNIOR, Antonio. Assessoria de Imprensa da Comissão de Seguridade Social e Família. “Temporão: só a regulamentação da Emenda 29 não resolve”, 12/09/2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cssf/temporao-so-a-regulamentacao-da-emenda-29-nao-resolve>>, acesso em: 08 mar. 2008.

<sup>247</sup> Esse assunto será abordado com maior profundidade a seguir, no item 4.4.5, deste capítulo.

Preliminarmente é necessário que se estabeleça conceitualmente, o que significa SAÚDE PARA TODOS. Recorro aqui à autorizada palavra do ilustre Diretor-Geral da Organização Mundial de Saúde, Dr. Halfdan Mahler, *in* Foro Mundial de la Salud, p. 5, 1981:

**A saúde para todos** significa que a saúde há de ser colocada ao alcance de cada indivíduo em um país determinado; por ‘saúde’ há de entender-se um estado pessoal de bem-estar, ou seja, não só a disponibilidade de serviços sanitários, como também um estado de saúde que permita a uma pessoa levar uma vida social e economicamente produtiva. ‘A saúde para todos’ obriga a suprimir os obstáculos que se opõem à saúde (desnutrição, ignorância, água não potável e habitações), assim como resolver problemas puramente médicos, de leitos hospitalares, de medicamentos e vacinas.

A **saúde para todos** significa que a saúde há de considerar-se como um objetivo do desenvolvimento econômico e não só como um dos meios de alcançar dito movimento.

A **saúde para todos** exige, em último sentido, a educação geral. Ao menos e ainda que esta última seja uma realidade, exige uma mínima compreensão do que a saúde significa para o indivíduo.

A **saúde para todos** depende do progresso ininterrupto da assistência médica da saúde pública. Os serviços sanitários devem ser acessíveis para todos mediante atenção primária de saúde, graças a qual se dispõe em cada localidade de atenção médica de base, apoiada por serviços de tratamento mais especializado. Ainda assim, as campanhas de imunização hão de assegurar cobertura total.

A **saúde para todos** é, por conseguinte, um conceito global cuja aplicação exige o emprego de esforços na agricultura, na indústria, no ensino, nas habitações e nas comunicações, tanto como na medicina e na saúde pública; A assistência médica não pode, por si só, levar a saúde a uma população faminta que vive em favelas. Uma população sujeita a essas condições necessita de um modo de vida distinto e novas oportunidades de alcançar um nível mais elevado.

Quando o governo adota a **saúde para todos** se compromete a fomentar o progresso de todos os cidadãos em uma ampla frente de desenvolvimento e está resolvido a estimular a cada cidadão para conseguir uma melhor qualidade de vida. O ritmo que o progresso siga dependerá da vontade política.<sup>249</sup> [destaques em negrito no original]

E foi com esse ideal que a nossa Carta Magna instituiu o direito à saúde de forma universal e “igualitária”. No entanto, alerta André Cezar Médici<sup>250</sup> que o grande problema dos modelos universais de financiamento da saúde é a garantia da cobertura desse direito a todos, num patamar mínimo de equidade dos serviços com regras competitivas que permitam ajustar custo e qualidade às demandas específicas de cada clientela e região.

<sup>248</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

<sup>249</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde: Saúde como Direito de todos e dever do Estado*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 69-79.

<sup>250</sup> MEDICI, André Cezar. Aspectos Teóricos e Conceituais do Financiamento das Políticas de Saúde. In. PIOLA, Sérgio Francisco e VIANNA, Solon Magalhães (Orgs.). *Economia da Saúde: Conceito e Contribuição para a Gestão da Saúde*. Brasília: IPEA, 1995, p. 41-42.

Aplica-se o princípio da “equidade” ao assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que cada caso requeira, more o indivíduo onde quer que seja, sem privilégios e sem barreiras. Toda pessoa é igual perante o SUS e será atendida conforme suas necessidades até o limite do que o sistema pode oferecer para todos.

Interessante o entendimento do que seja a universalidade trazida por Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>251</sup>, para distingui-lo da integralidade. Ele cita o exemplo dos Estados Unidos, cujo sistema público é muito reduzido, atendendo apenas aos indigentes (*Medicaid*) e os idosos (*Medicare*), para falar que não se trata de um sistema universal. Já no Reino Unido, o sistema atende a todos, ou seja, é universal, com excelente cobertura, mas não garante o atendimento ilimitado.

O autor explica que a expressão “atendimento integral” deve ser interpretada à luz do conceito de integralidade que a inspirou, surgido do movimento da “medicina integral” iniciado nos Estados Unidos e que no Brasil assumiu contornos bastante particulares ao ser encampado pelo movimento sanitarista que influenciou a constitucionalização do direito à saúde na década de 1980.<sup>252</sup>

Pelo princípio da “integralidade”, busca-se o reconhecimento, na prática dos serviços, de que:

- a) cada pessoa é um todo indivisível e integrante de uma comunidade;
- b) as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formam também um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas;
- c) as unidades prestadoras de serviço, com seus diversos graus de complexibilidade, formam também um todo indivisível configurando um sistema capaz de prestar atendimento integral;
- d) o homem é um ser integral, bio-psico-social, e deverá ser atendido com esta visão integral por um sistema de saúde também integral, voltado a promover, proteger e recuperar sua saúde.

Isso significa que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro terá por resultado uma política integral de proteção aos homens no âmbito da saúde, que possuirá uma dimensão econômica e uma dimensão social.

---

<sup>251</sup> Octávio Luiz Motta Ferraz. De quem é o SUS? A interpretação inadequada dos princípios do SUS pode gerar um sentimento negativo de que o direito à saúde é uma promessa utópica. Artigo no jornal *Folha de S. Paulo*, Edição de 20 dez. 2007.

<sup>252</sup> Idem.

Na esfera social, uma política que persiga esse objetivo (levar saúde a todos) implica no cumprimento de amplos programas de combates a epidemias; de cuidados básicos; de proteção e recuperação de doentes. Concorrente com essa esfera, à órbita econômica cabe investir em programas de alimentação e nutrição, de higiene e saneamento ambiental.

Vê-se, pois, que este conceito está mais próximo de integração que propriamente de integralidade.

A “descentralização político-administrativa” demonstra que não obstante os três entes governamentais (União, Estados e Municípios) integrem o SUS, há descentralização dos serviços, com concentração das atribuições ao Município, que pode melhor atender aos anseios de seu munícipe e aferir as necessidades locais, devendo ser a porta de entrada do SUS.

A competência estatal fica estabelecida às hipóteses que demandarem atendimento mais especializado, cuja prestação não seja viável ao Município; e à União caberá o desenvolvimento da política nacional de saúde, coordenação e fiscalização do SUS, ações preventivas em geral, vigilância de saúde e pesquisa científica e tecnológica na área de saúde.

Não obstante haja a descentralização, ao mesmo tempo também há uma integração entre os diferentes entes políticos que integram o SUS. Consoante Wagner Balera:

[...] não se pode perder de vista, a grande novidade do sistema único que é a: integração – em nível nacional, regional e local – dos setores que atuam na área preventiva e na área curativa da saúde. Essa inovação dá sentido às diretrizes que o mesmo artigo ordena.<sup>253</sup>

Integram-no o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, as Secretarias de Saúde dos Municípios ou órgãos equivalentes, os Consórcios Administrativos Intermunicipais, quando formalizados, os hospitais locais, regionais e especializados, incluindo-se os hospitais universitários, os laboratórios públicos de saúde e hemocentros e os Distritos Municipais de Saúde, os postos de saúde, os centros de saúde, as unidades mistas e os ambulatórios de especialidades.<sup>254</sup>

A “participação da sociedade” é feita através do Conselho Nacional de Saúde e Conselho de Saúde Suplementar, diretamente vinculados ao Ministério da Saúde, que contam com realização de simpósios, conferências destinadas a aferir as necessidades e a partir delas implantar as políticas públicas de saúde.

---

<sup>253</sup> BALERA, Wagner. O Direito Constitucional à Saúde. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, 16 (134), 1992, p. 19.

<sup>254</sup> BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. *Op. cit.*, nota 155, p. 48.

Em razão da “direção única”, todos os serviços públicos de saúde, em todas as esferas federativas vinculam-se ao SUS, conforme bem observado por Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

Com o comando único em cada esfera de governo e a determinação legal de que esse comando será exercido nos Estados pela Secretaria de Saúde, todos os serviços de saúde nos Estados e Municípios terão, obrigatoriamente, de ficar subordinados à normatividade do SUS. A LOS não deixou espaço para o que ERNANI BRAGA uma vez denominou ‘feudalismo institucional’.

Desse modo, os serviços de saúde, ainda que não estejam formalmente subordinados ou vinculados às Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde, como os hospitais penitenciários (geralmente subordinados as Secretarias de Justiça ou de Segurança), os hospitais das Forças Armadas e os hospitais universitários, integram o SUS e, constitucionalmente e legalmente, não de submeter-se à direção única do SUS, no tocante à política de saúde.<sup>255</sup>

Esses são, em suma, os principais princípios que regem o SUS e por meio dos quais se aspira atender ao comando constitucional de garantir o direito à saúde para toda a população.

#### 4.4. A Lei Orgânica Saúde - LOS

A Lei 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), é dividida em cinco títulos, a saber: disposições gerais, o sistema único de saúde, os serviços privados de assistência à saúde, recursos humanos e financiamento.

A seguir, pretende-se discorrer de forma breve, quanto a essa divisão, por acreditar que é relevante para auxiliar no entendimento do que efetivamente seja o direito à saúde.

##### 4.4.1. Disposições gerais

Nesse título, a LOS traz uma conceituação avançada de saúde entendendo-a como um direito à vida, qualificado, considerando-se as condições mínimas necessárias para uma existência digna, que é um direito fundamental constitucional e deve ser garantido positivamente pelo Estado.

Posteriormente, o art. 3º, ao inserir a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais

---

<sup>255</sup> CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 1995, p.63.

como fatores determinantes ou condicionantes à saúde, ampliou o conceito de saúde. Esse conceito inclusivo ou compreensivo permite entender que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País, o que situa nitidamente esse direito como elemento basilar da construção da cidadania brasileira.

Além disso, o espectro de abrangência da LOS alcança os setores público e privado, já que as ações e serviços de saúde são de relevância social.

#### **4.4.2. O sistema único de saúde**

A organização dos serviços e ações de saúde em forma de sistema único é mandamento de índole constitucional, de forma que a LOS foi editada para integrar a eficácia desta previsão constitucional.

Com efeito, essa Lei ampliou as atribuições previstas nos 08 (oito) incisos do artigo 200 da CF, transformando-as em vinte e um, as quais se encontram devidamente respaldadas pela Constituição, não fugindo dos assuntos diversos, como os referentes à vigilância sanitária, à saúde do trabalhador, ao saneamento básico, ao controle e fiscalização de serviços e produtos e recursos humanos.

Quanto aos princípios e diretrizes, o SUS e a LOS se preocupam em acentuar a capacidade de gestão em cada esfera federativa, estabelecendo, dentre outros, os seguintes: a) a descentralização político-administrativa, com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e a regionalização e hierarquização da rede e serviços de saúde; b) capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; c) integração das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; e d) organização dos serviços públicos, evitando-se duplicidade com idêntica finalidade (cf. artigo 7º, da Lei 8080/90).

O artigo 8º da LOS recomenda a direção do SUS para a esfera federativa, ao Ministério da Saúde; nos Estados, às Secretarias Estaduais; e nos Municípios, às respectivas Secretarias, sendo facultado pelo artigo 10 o consórcio entre as Municipalidades.

A implementação do SUS tem sido feita paulatinamente, sob orientação de Normas Operacionais Básicas (NOB), que definem as competências de cada esfera do governo e as condições para que os Estados e Municípios possam assumir as ações de saúde. Esta é a forma pela qual vem sendo promovida a descentralização na forma de uma rede regionalizada e hierarquizada, conforme preconizada na CF, de 1988.

Assim, são as NOBs<sup>256</sup> que induzem e promovem as mudanças no sentido da implementação das diretrizes do SUS, definindo objetivos estratégicos, prioridades e movimentos tático-operacionais.

#### 4.4.3. Dos serviços privados de assistência à saúde.

Nada obstante não fosse o desejo da maioria dos integrantes da Reforma Sanitária, a CF expressamente previu a existência de serviços privados de saúde<sup>257</sup>, disciplinados pela LOS em duas modalidades:

- a) aqueles que não pertencem ao SUS, respaldados pela liberdade que a CF confere à iniciativa privada no setor, atendidas as restrições no concernente ao capital estrangeiro, estabelecidas no § 3º, do art. 199, da CF; e,
- b) os que mediante convênio prestam serviço complementar de saúde no Sistema Único.

Para a contratação das pessoas jurídicas particulares para a prestação de saúde privada complementar, a CF estabelece que seja dada preferência, na formulação de convênios ou contratos de direito público, às entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos (art. 25 da LOS e § 1º, do art. 199, da CF).<sup>258</sup>

#### 4.4.4. Dos recursos humanos

A LOS, calcada na preocupação constante na CF, art. 200, III, busca implementar uma política de fomento à qualificação específica na área através de programas de aperfeiçoamento pessoal em todos os níveis de ensino, inclusive pós-graduação, bem como a

<sup>256</sup> Desde o início do processo de implantação do SUS, foram publicadas três NOBs (NOB/SUS 01/91; NOB/SUS 01/93 e NOB/SUS 01/96. Em 2001, foi publicada a Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS) NOAS/SUS 01/01, revista em 2002, através da NOAS/SUS 01/02.

<sup>257</sup> Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a CF admite que as ações de saúde sejam prestadas diretamente pelo Poder Público, ou por este indiretamente por meio de pessoas ou instituições conveniadas ou contratadas – os ‘terceiros’ mencionados, ou por pessoas físicas, ou por pessoas jurídicas de direito privado, mas alerta que “Não se compreenderá este texto quem não tiver presente o fato de que, na Constituinte, uma corrente radical de esquerda pretendia a estatização integral da medicina. Com o que as ações de saúde somente seriam prestadas pelos serviços públicos, ou, excepcionalmente, por médicos ou instituições conveniadas. Em reação a isto é que se acabou por incluir no texto a parte final: a referência a pessoas físicas e jurídicas de direito privado como prestadoras de ações de saúde não incluídas nos serviços públicos”. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. V. 2 – arts. 104 a 250, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 225

<sup>258</sup> Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos entendem que deve ser extraído do disposto no art. 199, § 1º. que para a realização da contratação há necessidade de realização de licitação nos moldes da Lei n. 8.666/1992. *In Sistema Único de Saúde*, p. 183.

valorização da dedicação exclusiva ao SUS, extremamente necessária, pois como bem dizem Carvalho e Santos:

Por mais bem estruturado que venha a ser o Sistema Único de Saúde, por mais abrangente e pormenorizada que venha a ser a legislação ordenadora do SUS, por mais recursos financeiros e materiais de que disponha o sistema, e por mais avançados que sejam os enunciados da política de saúde e os objetivos fixados na Lei Orgânica da Saúde, O SUS NÃO FUNCIONARÁ A CONTENTO E OS IDEAIS NELE TRADUZIDOS ESTARÃO FADADOS AO FRACASSO se não dispuser de recursos humanos qualificados e, obviamente, valorizados sempre.<sup>259</sup> [destaques no original]

Inegável que os recursos humanos são essenciais para o aprimoramento dos serviços de saúde, pois as pessoas serão os instrumentos para a consecução desses serviços, destinados igualmente àqueles que, em geral, se encontram fragilizados e necessitam da correta informação dos tratamentos e procedimentos que lhes estão sendo realizados.<sup>260</sup>

Equipamentos médicos modernos, sem os recursos humanos com capacidade para utilizá-los, não são suficientes para garantir uma boa prestação dos serviços de saúde. O serviço médico não é uma ciência exata, e cada pessoa é um ser humano individual, com peculiaridades diversas. Em grande número de situações, um mesmo sintoma pode caracterizar enfermidades totalmente diversas, que podem bem ser identificado pelo profissional médico através de um diálogo, conhecimento dos precedentes do paciente, ou da análise dos vários sintomas em concatenação com os conhecimentos hauridos através de atualizações periódicas.

Dáí se verifica o quanto é essencial existirem recursos humanos capacitados para que haja um bom atendimento na área da saúde.

#### **4.4.5. Do financiamento**

Estabelece o art. 195, da CF, que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta através de recursos provenientes das três esferas de

<sup>259</sup> CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir, *Sistema Único de Saúde*, p. 208.

<sup>260</sup> Não raras vezes vemos o questionamento de procedimentos médicos perante o Poder Judiciário, onde é demonstrada a regularidade do procedimento e que os resultados seriam compreendidos pelos pacientes se houvesse o diálogo e a compreensível (ao leigo) informação quanto aos resultados esperados e os riscos existentes em cada procedimento.



governo, assim como de contribuições sociais variadas, do empregador, do trabalhador e dos segurados da previdência social e sobre a receita de concurso de prognósticos.

A EC 29, de 2000, introduziu modificações que repercutem na elaboração dos orçamentos da saúde nas três esferas da federação, no tocante à observância dos percentuais vinculados a esta matéria, dispondo quanto à necessidade de destinação de percentuais mínimos para o custeio destes serviços.

Nos Estados-membros e Distrito Federal compõem o orçamento nacional da saúde 11% da receita do imposto sobre transmissão *causa mortis*, do Imposto sobre circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), assim como suas participações na distribuição da receita do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) pago à União pelos seus órgãos, do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Imposto sobre Propriedade Industrial (IPI), nos termos do art. 77, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Quanto aos Municípios, destinam-se à saúde 15% dos valores recebidos de sua receita originária e transferida.

A União, assumindo um critério mais financeiro-atuarial, acresceu em 5% o montante de sua contribuição em 1999 ao orçamento da saúde para 2000, e de 2000 a 2004, corrigindo-se a quantia pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

A LOS prevê a somatória de outras fontes ao orçamento da saúde como aquelas provenientes de doações, alienações patrimoniais, taxas e emolumentos neste campo que possam ser prestados, desde que não interfiram na área-fim do SUS (art. 32).

Também consta da lei que as ações de saneamento básico executadas supletivamente pelo SUS serão financiadas precipuamente com recursos do Sistema Financeiro de Habitação (art., 32, § 3º, da LOS), assim como o incentivo à pesquisa poderão ser co-financiadas por Universidades e Instituições de fomento, além das próprias unidades executoras.

Dessa forma, com esta vinculação de recursos a serem aplicados na saúde pelas três esferas de governo, pretendeu-se assegurar a destinação de recursos para esta área, minimizando os problemas de financiamento do setor.

No entanto, como já dito, existem interpretações díspares quanto aos parâmetros a serem utilizados para a aplicação dos percentuais fixados e dos serviços que podem ser considerados como de saúde.

Desse modo, tem-se entendido que a EC 29 carece de regulamentação, para estabelecimento de quais serviços devem ser considerados de saúde, já que, em grande parte o conceito vem sendo ampliado, para inclusão de obras como de infra-estrutura, entendido no mais das vezes, como desvirtuamento da destinação.

Existem atualmente dois projetos visando à regulamentação da EC 19, fixando os recursos mínimos a serem investidos na saúde:<sup>261</sup> o substitutivo do Senador Augusto Botelho (PT-RR) ao Projeto de Lei do Senado 121/2007; e o Projeto de Lei Complementar (PLP) 1/03, aprovado pela Câmara em outubro de 2007, podendo ser sancionado se aprovado pelo Senado. No entanto, há quem defenda que este projeto está prejudicado por atrelar parte do financiamento em ações e serviços de saúde à arrecadação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), que não foi prorrogada. O Projeto de Lei do Senado define os serviços que não podem ser incluídos como serviços e ações em saúde, quais sejam:

- a) pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- b) pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à área;
- c) assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
- d) merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do Serviço Único de Saúde (SUS);
- e) saneamento básico financiado ou que vier a ser mantido com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos;
- f) limpeza urbana e remoção de resíduos;
- g) assistência social;
- h) preservação e correção do meio ambiente realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- i) obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde;
- j) ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definido ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Assim sendo, decorridos tantos anos desde a aprovação da EC 29, parece que finalmente caminha-se para a regulamentação dos valores a serem destinados pelas três

---

<sup>261</sup> BITTAR, Rodrigo. “Líderes vão definir regulamentação da Emenda 29 no Senado”, *Agência Câmara*, pauta 06/02/2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=116906>>, acesso em: 08 mar. 2008.

esferas de governo para as ações e serviços de saúde, e estabelecimento de quais são, ou melhor, quais atividades não podem ser consideradas incluídas na área da saúde, quando da destinação destes recursos.

#### 4.5. Participação da comunidade na gestão do SUS – Lei n. 8.142.

O SUS prevê a participação da comunidade na sua gestão, devendo constar, em cada esfera do governo, as seguintes instâncias colegiadas<sup>262</sup>:

- a) Conferência de Saúde, que a cada quatro anos deve avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas na área de saúde;
- b) Conselho de Saúde, que têm caráter permanente e deliberativo e representa o controle social no SUS, através da fiscalização, definição, acompanhamento e controle da execução das diretrizes gerais e da política de saúde.

Os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde foram criados para que a população, através de seus representantes, pudesse discutir os problemas de saúde e decidir o que deve ser feito no setor.

Atualmente o Brasil conta com um Conselho Nacional de Saúde, com 27 Conselhos Estaduais e diversos Conselhos Municipais de Saúde, os quais têm as seguintes atribuições:

O Conselho Nacional de Saúde discute e decide sobre os problemas de saúde de real importância para o País. Dentre suas atribuições estão: publicação de decisões ou resoluções (já publicou mais de 300); aprovação dos valores que o Ministério da Saúde deve repassar aos Municípios para ser aplicado nas ações básicas de saúde; decisão quantos, quais e como os medicamentos devem ser distribuídos; determinação do tipo de atendimento que deve ser prestado às pessoas que sofrem de graves problemas mentais; etc.

Os Conselhos Estaduais de Saúde debatem e deliberam sobre os problemas de saúde relevantes para a população de seus respectivos Estados. Compete-lhe, por exemplo, discutir como e quando o Estado deve ajudar certos Municípios; construir de hospitais ou pronto-socorros; combater o crescimento de determinadas doenças.

---

<sup>262</sup> LAMB, Lore e SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional/Conselho Nacional de Secretários de Saúde.* – Brasília: CONASS, 2004, P. 11.

Já os Conselhos Municipais de Saúde discutem e decidem sobre os problemas de saúde pertinentes à sua área de atuação, de interesse local.

Todos os Conselhos de Saúde (Nacional, Estaduais e Municipais) reúnem-se mensalmente e nessas reuniões os conselheiros debatem e propõem diretrizes para a operacionalização da política de saúde, bem como acompanham as ações realizadas pelo SUS.

As Conferências de Saúde em geral são realizadas quadrienalmente (uma Conferência Nacional de Saúde e várias Conferências Estaduais e Municipais), ocasião em que são discutidos e analisados a situação geral de saúde da população, estabelecendo-se orientações gerais de como os serviços de saúde devem funcionar

Quanto à composição, metade dos membros dos Conselhos (e também dos participantes das Conferências) é constituída por representantes dos usuários dos serviços de saúde, indicados por associações de bairro ou de moradores, sindicatos de trabalhadores, grupos de mulheres e outros; e a outra metade é composta por representantes do governo e dos prestadores de serviços de saúde, tais como os representantes de hospitais públicos e privados e dos representantes dos trabalhadores de saúde, ou seja, médicos, enfermeiros, farmacêuticos, assistentes sociais, nutricionistas, psicólogos, terapeutas ocupacionais, auxiliares de saúde, técnicos de laboratório etc.

O Conselho Nacional de Saúde, composto por 32 membros, é o que tem o maior número de representantes de grupos diferentes. Já os Conselhos Estaduais e Municipais apresentam variabilidade no número de membros, mas em geral a composição é entre 10 e 40 pessoas.

Todos esses representantes estão preocupados com as várias questões da área da saúde, ao mesmo tempo em que representam setores e grupos que defendem interesses distintos: donos de hospitais, secretários estaduais e municipais de saúde, médicos de centros de saúde, enfermeiros, usuários dos serviços de saúde etc. Essa diversidade de participantes faz com que os Conselhos tornem-se o fórum ideal para a discussão de o que deve ser priorizado e como devem ser aplicadas as políticas públicas de saúde, pois, para se chegar a um acordo, todos os interesses podem ser levantados e debatidos.

Com relação às Conferências, estas recebem a participação de pessoas, eleitas pelas entidades ou convidadas pelos Conselhos, e sua composição é semelhante a dos Conselhos: representantes dos usuários, dos trabalhadores de saúde, dos prestadores de serviços e do governo.

Lenir dos Santos atribui a falta de reconhecimento dos direitos sociais, como a saúde, a educação e a segurança pública como sendo direito de cidadania a diversos fatores, dentre as quais, ao sentimento de pertencimento, asseverando que:

Não há um sentimento de pertencimento da população em relação ao SUS. Todos os segmentos sociais buscam garantir, de algum modo, um plano de saúde: trabalhadores pelos seus dissídios coletivos; servidores com serviços próprios; ministério público, judiciário, parlamentares, autoridades públicas sanitárias, todos pretendem (ou já tem garantido) um plano de saúde institucional; e os secretários de saúde muitas vezes dirigem um sistema que não usam.<sup>263</sup>

Sob esse aspecto, a participação da comunidade no planejamento e na efetivação da saúde é primordial e essencial para o sucesso do SUS, pois é a maneira que se possibilita conscientizar a população de que ele é o destinatário dos serviços e que também a ele compete decidir sobre os rumos do atendimento a ser realizado.

Essa é uma maneira legítima de se proporcionar o sentimento de “pertencimento” e “empoderamento” do SUS pela população, fazendo com que passe a se interessar e participar da sua construção, bem como aceitar as decisões tomadas nessas reuniões e conferências, exigindo-se a concretização das decisões nelas deliberadas.

## **5. Assistência farmacêutica.**

### **5.1. Início da assistência farmacêutica**

A assistência farmacêutica na área pública era uma atividade executada de forma centralizada, especialmente a partir da criação da Central de Medicamentos (CEME), em 1971. Ela não contemplava medicamentos de uso ambulatorial com custo elevado ou de utilização contínua, em prejuízo de parcela significativa da população, principalmente as portadoras de doenças crônicas ou raras.<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> SANTOS, Lenir. A quem pertence o SUS? Artigo disponível em: <<http://www.cutrs.org.br/index.php?option=content&task=view&id=2940&Itemid=83>>, acesso em: 27 mar. 2008.

<sup>264</sup> LAMB, Lore e SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004, p. 11.

A partir de 1982, começou a surgir um grupo de medicamentos “excepcionais”, destinados a pacientes transplantados, renais crônicos e portadores de nanismo hipofisário, que igualmente não eram acessados pela população em geral.

Porém, nessa época, a assistência médica pública praticamente se limitava ao atendimento realizado pelo INAMPS, que era destinado somente à população economicamente ativa que contribuía para a Previdência Social. Assim, além da dispensação farmacêutica contemplar menor número de medicamentos, também atingia menor número de pessoas.

Após a criação do SUS e o crescente processo de descentralização das ações em ambiente de amplo debate sobre a atenção à saúde no país, foi instituída a Política Nacional de Medicamentos, por meio da Portaria GM/MS n ° 3.916, de 1998; que, reorientando o modelo de assistência farmacêutica, deixou de se limitar à aquisição e distribuição de medicamento, passando a ser fundamentada:<sup>265</sup>

- a) na descentralização da gestão;
- b) na promoção do uso racional dos medicamentos;
- c) na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público;
- d) no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução no preço dos produtos.<sup>266</sup>

Para a definição dos produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada, passou a considerar os seguintes pressupostos básicos de ordem epidemiológica:<sup>267</sup>

- a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores;
- b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir um número reduzido de pessoas, requerem um tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados;
- c) doença cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

---

<sup>265</sup> LAMB, Lore; SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004, p. 12-13.

<sup>266</sup> Neste sentido podemos citar a criação de medicamentos denominados genéricos, de preço mais acessível e a quebra de patentes de determinados medicamentos.

<sup>267</sup> LAMB, Lore; SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Cit., p. 13.

Além disso, impôs a necessidade de observação de critérios mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos, tais como<sup>268</sup>:

- a) o financiamento da aquisição e distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros;
- b) o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto de demandas e necessidades da população;
- c) a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos.

Assim, vários requisitos devem ser observados na dispensação de medicamentos, não podendo esta ser realizada de forma aleatória e desordenada, sem que seja precedida de um estudo mais aprofundado da doença, sua repercussão na saúde pública, o desdobramento do fornecimento do medicamento no combate à enfermidade, bem como a sua implicação nos recursos financeiros disponíveis para atenção à saúde.

## 5.2. Programa de assistência farmacêutica.

O direito à saúde é bastante amplo, incluindo o auxílio terapêutico integral, que abarca a assistência farmacêutica, nos termos do artigo 6º, da LOS; e, em razão disso, o Estado dispõe de uma série de medicamentos que são dispensados<sup>269</sup>, aos que deles necessitam, no intuito de complementar e apoiar as ações da atenção à saúde.

Ensina Sueli Gandolfi Dallari que desde 1975 a Organização Mundial da Saúde vem insistindo na necessidade de os Estados formularem uma política que permita o acesso e favoreça o uso racional de medicamentos por todas as pessoas, pois se verificou que o mercado mundial é composto, em cerca de 70%, por substâncias não essenciais, desnecessárias e até perigosas, e que um terço da população mundial não tem acesso aos medicamentos essenciais. Assim, a formulação de uma política de medicamentos:

---

<sup>268</sup> LAMB, Lore; SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Cit., p. 13.

<sup>269</sup> Dispensação de medicamento é o ato e entrega do medicamento correto, na dose certa e na quantidade necessária ao paciente ou pessoa autorizada por ele, geralmente mediante apresentação de uma prescrição elaborada por profissional autorizado. Cf. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004, p.44.

Implica a definição de um conjunto de diretrizes com a finalidade de assegurar para toda a população uma provisão adequada de medicamentos seguros, eficazes e de boa qualidade e que sejam objeto de um uso racional. Tal política deve incluir, entre outros, a produção, distribuição, legislação, registro, prescrição, dispensação, qualidade e propaganda comercial de medicamentos.<sup>270</sup>

Isto é necessário porque, conforme ressaltado por Paulo Dornelles Picon e Alberto Beltrame:

A assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão. Em muitos casos, a estratégia terapêutica para a recuperação do paciente ou para a redução dos riscos da doença e agravos somente é possível a partir da utilização de algum tipo de medicamento. Em tais situações, o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. Nesse contexto, o direito constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento.<sup>271</sup>

A assistência farmacêutica é realizada através de ações articuladas do Estado com o Ministério da Saúde e Municípios, visando ao fornecimento regular e gratuito de medicamentos padronizados para o combate e o controle de diferentes doenças que acometem a população.<sup>272</sup>

No Estado de São Paulo<sup>273</sup>, os principais programas que a compõem são: a) Programa Dose Certa; b) Programa de Medicamentos Estratégicos; c) Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O Programa Dose Certa de alçada do Município distribui gratuitamente 37 tipos de medicamentos básicos, como analgésicos, antitérmicos, antibióticos, xaropes, antiinflamatórios e pomadas, que são produzidos pela Fundação para o Remédio Popular –

<sup>270</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 258.

<sup>271</sup> PICON, Paulo Dornelles e BELTRAME, Alberto. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas*. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05\\_protocolos.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf)>, acesso em: 08 mar. 2008.

<sup>272</sup> Interessante o entendimento de Ronald Dworkin, que defende um tratamento mais liberal aos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, vendo como salutar a possibilidade de se testar medicamentos novos no setor privado, já que nos EUA, os seguros de saúde não dão cobertura às drogas mais recentes e dispendiosas. In: CEBRAP. *Igualdade Como Ideal. Entrevista com Ronald Dworkin. En publicacion: Novos Estudos, no. 77*. CEBRAP, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, Rio de Janeiro, Brasil: Brasil. Março. 2007.

<sup>273</sup> Cf. informação extraída do site <http://www.saude.sp.gov.br/portal/92476a38c0a8012201b33a0e32f62f70.htm>, acesso em: 22 fev. 2007.



FURP, suprimindo as necessidades da maioria das doenças mais comuns da população, como verminoses, febres, infecções, inflamações, pressão alta, diabetes, doenças cardíacas etc.

O Programa de Medicamentos Estratégicos distribui medicamentos englobados em programas de âmbito nacional, coordenados pelo Ministério da Saúde, com a participação dos Estados e Municípios. Inserem-se nesta situação o Programa Nacional de DST/AIDS, o controle de doenças endêmicas, como tuberculose, hanseníase e doença de Chagas, as ações relativas a imunobiológicos e as vinculadas a sangue e hemoderivados, o Programa de Diabetes que dispensa também os insumos (seringas, agulhas, glicosímetro e tiras reagentes), bem como protetores solares para pacientes portadores de lupus eritematoso e câncer de pele.

O Programa de Medicamento de Dispensação Excepcional em geral se refere a medicamentos de uso contínuo e de alto custo, utilizados no tratamento de doenças crônicas e raras, dispensados em farmácias específicas. Por serem medicamentos de alto custo, sua dispensação obedece a regras e critérios, contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, editados pelo Ministério da Saúde, após “consenso” entre os maiores especialistas do país.<sup>274</sup>

Os medicamentos constantes nesses programas, identificados através do nome genérico, ou são fabricados pelo Estado (medicamentos comuns do Programa Dose Certa) ou são adquiridas através de licitações. A partir das demandas no atendimento no SUS que são realizadas a previsão e a compra dos medicamentos dispensados à população.

Verifica-se que as aquisições de medicamentos são realizadas a partir de programas de ação que abrangem os considerados comuns, e atendem as enfermidades mais corriqueiras; os que atendem a programas de atenção estratégica; e, por fim, aqueles que atendem enfermidades específicas que demandam necessidade de medicamentos de alto custo.

Consoante destacado por Cláudia Ferreira de Oliveira Pereira<sup>275</sup>, ao lado da dispensação gratuita, verifica-se que o Estado, no âmbito do programa de assistência farmacêutica, tem procurado ampliar o acesso da população aos medicamentos necessários, com menor preço, qualidade e segurança, a exemplo do projeto “Farmácia Popular”, destinado às pessoas de baixa renda, que possibilita a aquisição de um grupo de medicamentos com preço inferior ao de mercado. Além disso, foram adotadas medidas

---

<sup>274</sup> O interessante é que as decisões somente são tomadas após o consenso dos participantes e não através do sistema de votos; enquanto não for atingido o consenso dentre os participantes da elaboração dos Protocolos Clínicos, eles não são aprovados.

<sup>275</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 125-126.

relativas ao acesso de medicamentos e outros insumos, com a criação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), visando à regulação do mercado e ao estabelecimento de preços de referência para a aquisição de medicamentos distribuídos pelo SUS.

No Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria da Saúde criou o Comitê Técnico Operacional, com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual; e o Colegiado Gestor da Política Nacional de Medicamentos e assistência farmacêutica para auxiliar na gestão da assistência farmacêutica; e criou o programa denominado Farmácia Popular Vital Brasil, que fornece remédios a preços módicos.<sup>276</sup>

Assim, verifica-se que existem particularidades entre os Estados na atenção à saúde, mas cada qual vem tentando dar efetividade ao mandamento constitucional de saúde a todos, tentando-se ampliar o acesso através de dispensação de medicamentos nas diversas formas, seja gratuitamente, seja mediante pagamento de um preço acessível à grande parte da população, carente de recursos financeiros.

### **5.2.1. Seleção de medicamentos para dispensação.**

Em geral os medicamentos básicos e estratégicos não ensejam maiores discussões; as quais, em geral, ocorrem nos casos em que se discute o direito ao recebimento de remédios excepcionais, de alto custo. A ampliação da assistência farmacêutica com o advento do SUS abriu espaço para a entrada dos medicamentos denominados “excepcionais”.

Anteriormente à criação do SUS, nos termos das normas do CEME, em caráter excepcional, poderiam ser adquiridos e utilizados os não constantes da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), quando a natureza ou a gravidade da doença e das condições peculiares do paciente o exigissem, e desde que não houvesse, na RENAME, um substitutivo aplicável ao caso. Além disso, deveria obrigatoriamente ser apresentada justificativa por escrito, pelo médico que o prescreveu, para ser posteriormente homologada pelo órgão de auditoria médica da instituição prestadora do atendimento.

---

<sup>276</sup> Consta que as farmácias vendem 48 medicamentos produzidos pelo IVB, Laboratório Farmacêutico da Marinha, IQUEGO (Indústria Química de Goiás), Lafepe (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco e FUNED (Fundação Ezequiel Dias, de Minas Gerais), além de fraldas descartáveis para deficientes de qualquer idade, pelo preço de R\$ 1,00. Disponível em: <<http://www.ivb.rj.gov.br/principal.asp>>, acesso em: 08 mar. 2008.

O financiamento e o gerenciamento desses medicamentos de alto custo eram de responsabilidade do INAMPS e abarcavam poucos itens: medicamentos para transplantados, renais crônicos e o hormônio do crescimento.

Em 1990, com a passagem do INAMPS do Ministério da Previdência Social (MPS) para o Ministério da Saúde, a assistência farmacêutica foi sendo gradativamente descentralizada aos Estados; e a pasta da Saúde passou a definir os medicamentos a serem contemplados no programa de dispensação farmacêutica, atualizando periodicamente o rol dos remédios “excepcionais”.

No entanto, não é simples a tarefa de seleção das drogas a serem dispensados. Sobre a questão, vale conferir a ponderação de Deise Regina Sprada Ponntarolli e Maria Helena Lemos Gontijo:

Estima-se que existam cerca de 40 mil medicamentos registrados no Ministério da Saúde sob diversas formas de apresentação. Destes, cerca de 25 mil produtos não são comercializados, apesar de registrados. Cerca de 15 mil nomes de fantasia estão à disposição para venda no mercado brasileiro e apenas 2.100 se apresentam com nomes genéricos. Em alguns países europeus o total de medicamentos no mercado não ultrapassa 3 mil nomes de fantasia. O número excessivo se constitui em forte empecilho à efetiva implementação de uma política de medicamentos que, além disto, é estratificada para atendimento em diversos níveis de atenção (primário, secundário, terciário). Cada um deles apresenta características próprias, é responsável por programas, ações e estratégias distintos, que lhe confere diferente complexidade e, ao mesmo tempo, exige um grau elevado de organização para sua viabilização. Neste contexto, torna-se fundamental uma seleção racional de medicamentos, de maneira a proporcionar maior eficiência administrativa e uma adequada resolubilidade terapêutica, além de contribuir para a racionalidade da prescrição e utilização de fármacos.<sup>277</sup>

Essa tarefa, portanto, deve ser realizada buscando medicamentos seguros, eficazes e imprescindíveis ao atendimento das necessidades da população, tendo como base as doenças prevalentes, com a finalidade de garantir a terapêutica de qualidade nos diversos níveis de atenção à saúde.

Além disso, devem ser considerados os riscos que podem apresentar à saúde, se mal indicados, prescritos e utilizados, pois “ao mesmo tempo em que o medicamento é um

---

<sup>277</sup> PONNTAROLLI, Deise Regina Sprada e GONTIJO, Maria Helena Lemos. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004, p. 30.

importante insumo no processo de atenção à saúde, pode também se constituir em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada”.<sup>278</sup>

Tanto é assim que em razão do alto custo dos medicamentos e da necessidade de otimizar recursos e a relação custo/benefício, a Portaria n.º 1.318, no artigo 2.º, inciso III, estabelece<sup>279</sup>:

Em qualquer das hipóteses, as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal e, eventualmente, dos municípios que estejam encarregados da aquisição, dispensação de Medicamentos Excepcionais deverão pautar a aquisição/dispensação destes medicamentos pela observância dos princípios da equidade e universalidade e ainda levar em conta neste processo os princípios da economicidade das ações e custo/benefício dos tratamentos/medicamentos na seleção/aquisição/dispensação dos mesmos.

Assim, em conformidade com a Política Nacional de Medicamentos e a necessidade de gerenciar adequadamente o Programa de Medicamentos Excepcionais e de promover o uso racional e seguro, o Ministério da Saúde tem formulado e publicado os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

Esses Protocolos estabelecem a forma de diagnóstico, descrevem os estágios em que se encontra a enfermidade, definem os esquemas terapêuticos, indicam os medicamentos adequados para cada etapa da enfermidade, traçam os critérios de inclusão e exclusão de pacientes ao tratamento, prescrevem as doses corretas das drogas previstas, bem como versam sobre os mecanismos de controle, acompanhamento e avaliação do doente.

Conforme Paulo Picon e Alberto Beltrame:

A criação dos Protocolos para Medicamentos Excepcionais envolveu a formação de uma equipe de trabalho que contou com médicos, professores universitários com formação em farmacologia clínica e epidemiologia, farmacêuticos e um serviço de apoio. A necessidade de revisão da literatura para criação dos Protocolos exigiu da equipe técnica capacidade de leitura crítica e dedicação extremas. Apoiaram de forma decisiva todo este esforço, a Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS, o Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, os Coordenadores de Assistência Farmacêutica dos Estados, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA, o Centro de Estudo e Pesquisa em Saúde Coletiva – CEPESC, do Rio de

---

<sup>278</sup> PICON, Paulo Dornelles e BELTRAME, Alberto. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas*. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05\\_protocolos.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf)>, acesso em: 08 mar. 2008

<sup>279</sup> Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do...*, p. 31-32.

Janeiro, diversas Sociedades Médicas, médicos, gestores de saúde, usuários do SUS e a própria indústria farmacêutica.<sup>280</sup>

Verifica-se, portanto, que a formação destes PCDT é bastante complexa, envolvendo profissionais multidisciplinares, que realizam uma análise multifacetária da questão dos medicamentos a serem recomendados, sendo vital que os processos decisórios sejam realizados por instituições ou grupos independentes de conflitos de interesses.

Tal atributo é de extrema importância para o Brasil, que é muito assediado pela indústria farmacêutica por representar o 5º mercado mundial de medicamentos, e o SUS representar um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Atendendo aos interesses da indústria, a mídia muitas vezes propaga a idéia do novo como sendo moderno, sem elucidar que esta nova droga tem um custo em geral de 2 a 40 vezes o valor da anterior, e que freqüentemente é colocado no mercado, independentemente da realização de testes de segurança e eficácia.<sup>281</sup>

O tema foi objeto de ampla discussão no Seminário "O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais", promovido pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), realizado em Porto Alegre, nos dias 9 e 10 de julho de 2004, com representantes de Tribunais de Justiça, Ministério Público, Comissão Nacional de Secretários de Estado, Procuradorias do Estado, firmando-se consenso sobre a importância de aliar a dispensação de medicamentos excepcionais aos termos e condições estabelecidas em PCDT.

As manifestações exaradas no Seminário deram a real dimensão do problema, cabendo destacar relato de Paulo Picon, um dos componentes das mesas, a respeito dos novos medicamentos e da necessidade de criar e implementar protocolos brasileiros para gerar e incorporar tecnologia inovadora no SUS:

Por que protocolos? Variabilidade na prática médica que não é explicada pelas evidências científicas. Deu exemplo relacionado ao tratamento do IAM – um paciente chegando a diferentes partes do Brasil, em diferentes hospitais, em horários diferentes, será atendido por pessoas diferentes que poderão ter uma gama diferente de condutas, gerando uma rede de possibilidades. Associou esta variabilidade a aumento dos custos e riscos na saúde.

[...]

Na imprensa leiga chega a absurdos, como a Revista Isto é desta semana que traz na capa os “super-remédios”. Em revisão da lista do FDA, dos 78 novos

<sup>280</sup> PICON, Paulo Dornelles e BELTRAME, Alberto. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas*. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05\\_protocolos.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf)>, acesso em 08 mar., 2008

<sup>281</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão...*, p. 58.

registros, apenas 7 eram registros de drogas inovadoras, o restante eram apenas drogas “*me too*”, medicamentos que não acrescentam vantagens sobre os medicamentos disponíveis no mercado. Todos os 7 foram provenientes da “pequena” indústria.

Citando Dra Marcia Engell, ex-editora do *New England Journal of Medicine* e considerada uma das 25 personalidades mais influentes dos Estados Unidos, comenta que em seu livro a autora defende duas teses: a) a indústria detém controle sobre a avaliação dos próprios produtos e publica o que quer; b) um controle governamental deste comportamento é fundamental.

A solidão do processo de decisão do médico, a semelhança do juiz, ajuda na variabilidade, a qual leva a aumento de riscos e custos.

Catorze das drogas excepcionais gastaram, em 2003, 63,7% dos investimentos do MS com medicamentos. Na doença de Gaucher, por exemplo, um paciente de 60 kg custa R\$ 864.000,00/ano. Duas autoridades internacionais, uma da Califórnia (Estados Unidos) e outra de Israel participaram da elaboração do Protocolo Brasileiro para esta doença e concordaram que o tratamento poderia ser realizado com  $\frac{1}{4}$  da dose sugerida sem prejuízo para os pacientes. Outro exemplo é o interferon, que é um produto que todos temos circulando no sangue, em que a peguilação (adição de uma molécula simples como a do Polietilenoglicol) gerou o interferon peguilado e acrescentou um custo exorbitante: 1 g de interferon peguilado = 5,25 milhões de reais.

Situação Brasileira atual é que um médico elabora uma receita que chega ao juiz, se transforma num mandato (sic) e no risco de prisão do gestor.

Protocolos são capazes de reduzir a variabilidade da prática médica, reduzindo com isso custos, riscos e até mortalidade. Isso é incorporação de tecnologia.<sup>282</sup>

Assim sendo, verifica-se a importância dos PCDT para auxiliar tanto o médico público, como o privado; e também o paciente e o próprio Judiciário, quanto à opção medicamentosa mais vantajosa para atender ao enfermo, além de servirem de diretriz para aquisição de medicamentos de alto custo e possibilitarem um atendimento mais seguro e isonômico aos pacientes acometidos das enfermidades nela tratadas.

Cumpra, no entanto, em razão da rápida e constante evolução no descobrimento de novas enfermidades e de novos recursos terapêuticos e medicamentosos, que estes PCDT sejam periodicamente revisados, para adaptação às novas realidades e aos novos tratamentos disponíveis.

---

<sup>282</sup> *Uso Racional de Medicamentos, Protocolos Clínicos e Incorporação Tecnológica*. COORDENADORA DA MESA: Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público da União, PALESTRANTES: Dr Marco Antônio Becker, Representante do Conselho Federal de Medicina; Dr. Francisco Isaias, Representante do CONASEMS; Dr. Paulo D. Picon, Representante do CONASS; Norberto Rech, Representante do MS; Des. Genaro Borges, Representante do TJ-RS.

### 5.2.2. O sistema de saúde, após a implantação do SUS.

A partir de 1990 houve uma revolução na área da saúde brasileira, com a implantação prática do SUDS e do SUS, tendo havido progresso na descentralização, universalização e hierarquização das ações, gerando expectativas de melhoras e proporcionado o ingresso da classe média no SUS.<sup>283</sup>

Ocorre que, com essa nova demanda, passou a haver superlotação nos hospitais públicos e nos particulares conveniados com a Administração Pública, ocasionando filas imensas, ao mesmo tempo em que havia deficiências técnico-operacionais, oriundas da ausência de profissionais em razão dos baixos salários e da carência de investimento em equipamentos e materiais. Em razão disso, anota Castanheiro:

Com o passar dos anos, os governos passaram a privatizar os estabelecimentos de saúde, propiciando um favorecimento aos planos privados de assistência à saúde, destinados às classes mais abastadas, permitindo o crescimento destes em detrimento do sistema de atendimento à saúde, que aos poucos vai perdendo qualidade e quantidade no atendimento, pois há uma fuga da classe média para os planos de saúde, em busca de um melhor e mais ágil atendimento.<sup>284</sup>

Nesse contexto, as operadoras de plano de saúde fazem ofertas atraentes, insinuando que o atendimento será personalizado e rápido, com possibilidade de consultas em clínicas particulares ou em estabelecimentos hospitalares com instalações adequadas, de maneira confortável e privativa.

Também no âmbito das empresas, passaram a oferecer planos de saúde, com a participação dos empregados em parte das contraprestações mensais, que acabam por funcionar como salários indiretos (benefícios), e eventualmente com abatimento de impostos.<sup>285</sup>

Houve crescimento das operadoras de planos privados de atendimento à saúde, que por não possuírem regulamentação específica, passaram a adotar as mais variadas formas de constituição. Muitas sobreviveram por um curto período de tempo, gerando grandes prejuízos aos fornecedores de serviços, consumidores e ao poder público. Angelo Bottesini e Mauro Machado, pontificam que entre 1985 e 1995 “houve explosão no mercado de planos de saúde,

---

<sup>283</sup> FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. p. 36.

<sup>284</sup> CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. *Planos de saúde e dignidade da pessoa humana*, p. 32.

<sup>285</sup> Idem, p. 33.

com mais de 1.000 empresas nessa atividade, envolvendo movimentação de bilhões de dólares, havendo quem diga que se transformou o direito a saúde em mercadoria”.<sup>286</sup>

No final da década de 1980 houve grande número de ações judiciais contra planos de saúde, propostas especialmente com base na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), combatendo cláusulas abusivas, reajustes excessivos, restrições nas coberturas e amplitude de carências, dentre outras ilegalidades.<sup>287</sup>

Assim, não obstante a exploração dos serviços de assistência suplementar à saúde ser atividade privada típica de mercado, diante de relevante interesse para a sociedade, ela está sob o jugo da fiscalização estatal, passando a contar com regramento jurídico próprio, com a entrada em vigor da Lei 9.656, de 1998 – Lei dos Planos de Saúde.<sup>288</sup>

Essa lei, consoante observou Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, foi a primeira que regulou um campo específico da relação de consumo após a publicação do CDC, dispondo sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, procurando prevenir, reprimir e controlar a existência de cláusulas abusivas numa tentativa de combater o abuso do poder econômico e procurar preservar um mínimo de equilíbrio na relação contratual entre fornecedores e consumidores.<sup>289</sup>

Dentre as principais inovações trazidas, destacam-se: a) a proibição de exclusão de cobertura de doenças preexistentes à data da contratação, após vinte e quatro meses da vigência do contrato (art. 11); b) a obrigatoriedade de cobertura de consultas médicas em número ilimitado (art. 12, I, *a*); c) a cobertura de internações hospitalares sem limitação de prazo (art. 12, II, *a*); d) a cobertura de internações em centro de terapia intensiva, ou similar, sem limitação de prazo (art. 12, II, *b*); e) proibição de variação de preço, em razão da idade do consumidor, caso não estejam previstas nos contratos as faixas etárias e os percentuais de reajuste (art. 15); f) estipulou prazos máximos de períodos de carência (art. 12, V).

Apesar de minimizada em quantidade, as ações contra planos de saúde ainda continuam sendo propostas, eis que, embora haja previsão legal expressa, não raras vezes existe negativa das empresas de planos de saúde de dispensarem o atendimento pretendido

---

<sup>286</sup> BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada: artigo por artigo, doutrina e jurisprudência*, p. 26.

<sup>287</sup> CASTANHEIRO, Ivan Carneiro, *op. cit.*, p. 33.

<sup>288</sup> FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 29.



pelo consumidor. Além disso, também persistem em considerável quantidade, ações movidas em face de planos de saúde não abrangidos pela nova legislação, por terem sido contratados antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.565/98, buscando a aplicação dos direitos dos pacientes.

A Lei de Planos de Saúde foi objeto de críticas tanto por parte das empresas que os gerem, quanto pelos institutos de defesa do consumidor, o que motivou no dia seguinte à sua edição, a publicação da Medida Provisória n. 1685, que também disciplina a atuação das empresas.

Na época, o então Ministro da Saúde, José Serra, propôs a manutenção do SUS, simultaneamente aos planos privados de atenção à saúde, ponderando que grande parte da população não teria condições de adquirir estes produtos e os gastos com eles não seriam revertidos ao SUS caso se universalizasse o sistema. A proposta foi criticada, pois persistiria a precariedade no atendimento pelo SUS, com comprometimento da universalidade e equidade. Porém, esse é o sistema que está em vigor, com as deficiências e inadequações por todos conhecidos<sup>290</sup>, sendo hoje possível o ressarcimento do SUS por gastos no atendimento realizado a pacientes segurados por planos de saúde privados.

Logo após a regulamentação da assistência privada à saúde, através da Lei n. 9.656/98, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), retirando do Ministério da Saúde as atribuições de normatizar e fiscalizar o setor de saúde privada brasileira.

No entanto, mesmo após a edição desta lei, e a criação da ANS, são constatados abusos por parte das operadoras de planos de saúde. Consta que em janeiro de 2005 existiam mais de 2.000 empresas atuando no setor de planos privados de assistência à saúde, sendo que dos 22.300.000 consumidores que possuíam contratos anteriores à Lei n.º 9.656/98, apenas pouco mais de 4.000.000, ou seja, 18% aderiram ao Programa de Adaptação de Incentivo aos Contratos (PIAC), que propicia aditivos contratuais restringindo a limitação de atendimentos médicos, rescisão unilateral dos contratos e reajuste de mensalidades segundo a legislação em vigor, dentre outras opções. Aproximadamente 22 milhões, ou seja, 57,9% do total de 38 milhões dos contratos, assinados com cerca de 2.000 operadoras de planos privados de saúde,

---

<sup>289</sup> SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27. O autor sustenta que não obstante a Lei n. 9.656/98 seja especial em relação ao CDC, os princípios e direitos neste previstos devem ser observados para as situações reguladas pela Lei. Destaca que em havendo conflito aparente entre a Lei de Planos e Seguros-Saúde e o CDC para a solução de determinada questão, deve prevalecer a aplicação do CDC se este contiver norma mais benéfica para o consumidor.

<sup>290</sup> CASTANHEIRO, Ivan Carneiro, *op. cit.*, p. 35.

foram celebrados antes da vigência da Lei 9656/98 e não possuem proteção legal expressa para receber ampla cobertura de atendimento.<sup>291</sup>

O mercado de saúde no Brasil supera os 20 bilhões de dólares anuais, maior que o Produto Nacional Bruto do Uruguai (US\$ 13 bilhões), sendo a doença um rentável negócio para empresas que operam no setor. Neste sentido, o relatório sobre o desenvolvimento mundial 1990, do Banco Mundial<sup>292</sup>, mencionando gastos totais com saúde no Brasil, de US\$ 20 bilhões (1990). Em 1995, analistas independentes já estimavam esses gastos em US\$ 30 bilhões/ano, em virtude do incremento no mercado de seguros e convênios.<sup>293</sup>

Assim, mesmo os que não pretendem se sujeitar às regras e às formas de atendimento disponibilizado pelo SUS aderindo aos planos privados de saúde, têm encontrado dificuldades quando da utilização dos serviços contratados; situação que, apesar de minorado, não foi extirpada mesmo com a edição da Lei de Planos de Saúde e com a criação da ANS.<sup>294</sup>

Melhor sorte não têm tido os pacientes socorridos pelo SUS, cujo atendimento não vem sendo prestado de forma satisfatória, sendo objeto de constantes reclamações por parte dos usuários, não obstante as alegadas tentativas do Poder Público em melhorar o atendimento.

Nos últimos anos, a população tem buscado o Poder Judiciário para a concretização do direito à saúde, principalmente na busca de obtenção de medicamentos gratuitos, ao argumento de que o artigo 196 da CF lhe garante esse direito, ao dizer que é dever do Estado garantir o direito à saúde.

Essa questão merece uma abordagem mais apurada e será objeto de análise no capítulo que segue.

---

<sup>291</sup> RODRIGUES, Karine. ANS admite falhas e encerra adaptação de planos antigos. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 15 jan. 2005, Caderno 1, p. 13.

<sup>292</sup> LASSEY, M. L. & LASSY, W. R. & JINKS, M.J., Health Care Systems around the World. Cracteristics, Issues, reforms. Usa, Prentice-Hall, Inc., 1997, *apud* AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 8. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/aans/publicacoes/livro\\_regulacao\\_e\\_saude.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/aans/publicacoes/livro_regulacao_e_saude.pdf)>, acesso em 30 abr. 2006.

<sup>293</sup> PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca, *Os interesses organizados na saúde e a resistência à mudança*, Dissertação de mestrado em Administração. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, <s.d.>, p. 87.

<sup>294</sup> A ANS será objeto de estudo específico no Capítulo referente à Política Nacional de Consumo em Matéria de Saúde do Código de Defesa do Consumidor e as Agências Reguladoras.

## V – O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEDICAMENTOS

### 1. Função do Poder Judiciário

O Poder Judiciário, como uma das expressões da tríplice divisão do Estado idealizada por Aristóteles,<sup>295</sup> tem importante função nas sociedades democráticas de direito, pois ao lado da função jurisdicional, ou jurisdição, atuando na composição dos conflitos de interesses, cumpre-lhe também atuar como guardião da Constituição.

O Estado Democrático de Direito é garantido com a existência de equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem ser independentes e harmônicos entre si, com previsão de direitos e instrumentos que possibilitem a fiscalização e perpetuidade desses requisitos. Do contrário, ameaçada estará a Democracia, havendo risco de arbítrio e ditadura.

Justamente visando à preservação do mecanismo de recíproco controle e assim evitar o indesejável desequilíbrio entre os Poderes, a Constituição previu diversas prerrogativas, imunidades e garantias aos que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária.

O Poder Judiciário com a atribuição de julgar não só os atos praticados pela população, mas também, ainda que por via reflexa, a função exercida pelos Poderes

---

<sup>295</sup> A tripartição das funções (ou separação dos poderes) foi estudada por Aristóteles, em sua obra “Política”, através da qual o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: a Legislativa, a Judiciária e a Executiva. Montesquieu partindo deste pressuposto aperfeiçoou esta teoria em “O Espírito das Leis” e construiu a divisão e distribuição clássica dos poderes. A teoria de Montesquieu serviu de base para diversos movimentos contrários ao absolutismo, entre eles estão as revoluções americanas e francesa.

Legislativo e Executivo, tem papel importante na manutenção e garantia do Estado Democrático de Direito e na preservação e consecução dos direitos e garantias constitucionais.

A atual CF expressamente consagra a inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), que deve ser exercida com imparcialidade (art. 5º, XXXVII), através do juízo competente (art. 5º, LIII), garantindo-se a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV) aos litigantes.

Assim, é dever do Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos dizendo ou interpretando a vontade da lei, calcado nos ditames legais e constitucionais vigentes; e, é dentro desta função de dirimir os conflitos, que vem sendo o Judiciário provocado nos últimos anos para a interpretação da abrangência do artigo 196 da CF.

## **2. O Poder Judiciário e o direito à saúde fundamentando o pleito fornecimento de medicamentos**

Em razão da amplitude do direito à saúde, nos últimos anos, os Tribunais em todo o país vêm sendo provocados através de milhares de ações judiciais, pleiteando o cumprimento do comando constitucional sob os mais diversos aspectos, mais especialmente para dispensar medicamentos prescritos por médicos públicos ou privados.

Inegável que existe o direito de provocar a atividade jurisdicional exigindo o cumprimento do mandamento constitucional que se entenda violado, bem como há o dever do Judiciário de apreciar as questões que lhe são levadas, cumprindo assim o seu papel de pacificador social, dirimindo o conflito e estabelecendo a abrangência do direito à saúde, diante do já mencionado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

As ações pleiteando o recebimento de medicamentos são das mais variadas espécies e os remédios pretendidos, não raras vezes, se encontram em desconformidade com as condições estabelecidas pelo Estado para dispensação gratuita. Os pleitos de medicamentos, tratamentos e tudo o mais que seja calcado no direito à saúde costumam ser imediatamente deferidos através de antecipação da tutela, ao fundamento de que o direito à saúde é absoluto, e, sendo estes prescritos por um profissional da saúde, os critérios estabelecidos pelo Estado não se suplantam à opção realizada pelo seu prescritor.

Os tribunais têm entendido que o Estado deve fornecer todo e qualquer medicamento indicado aos pacientes, pois se o direito à saúde é absoluto, não há a necessidade de indagar se houve recusa do fornecimento pelo Poder Público, tampouco se ele possui registro na Anvisa, ou se é padronizado pelo SUS, ou adequado à enfermidade que os acomete. É o que se confere das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O cidadão tem direito assegurado à saúde, sendo dever do Estado patrocinar tal direito, conforme determina o artigo 219, da Constituição do Estado de São Paulo. O bem maior a ser preservado, no caso de fornecimento de medicamentos, é a vida. E contra este não há interpretação legal, orçamento, competência administrativa, ou reclamo que possa ser interposto. Nenhuma vida humana vale menos que um orçamento, público ou privado, e sendo dever do Poder Público garantir a vida do cidadão tem ele o dever de fornecer integral atendimento ao cidadão.<sup>296</sup>

[...] é absolutamente incabível qualquer alegação no sentido de que não cabe ao julgador imiscuir-se na atividade administrativa, porquanto não há se falar em desobediência ao Princípio da Tripartição dos Poderes, uma vez que a apelada tem direito à vida e à saúde, como corolários do **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º., III, CF), que é norteador da interpretação e aplicação do direito.**<sup>297</sup> [destaques no original]

Há também o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consistente no agravamento do estado de saúde da agravada, caso permaneça sem receber aquele medicamento que necessita de forma urgente, nos exatos termos da prescrição traçada pelo profissional responsável pelo tratamento da paciente e a quem cabe, com exclusividade, determinar a medicação adequada à hipótese diagnóstica, ainda que se trate de droga que tenha indicação principal diversa, questão, portanto, que não diz respeito à Fazenda do Estado. Se a medicação possui registro na ANVISA, como a própria recorrente admite, é irrelevante o fim a que se destina, pois ao médico cabe optar pela forma e situação em que deva ser ministrada, respondendo por esta opção na forma da legislação vigente.<sup>298</sup>

Não há que se olvidar que o impetrante está respaldado na Constituição da República, a qual proclama o atendimento à saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196), cujo atendimento deve ser integral (art. 198, inc. II), compreendendo, por força dessa norma, o fornecimento de tratamento adequado.

<sup>296</sup> Acórdão proferido na Apelação Cível n. 449.258-5/0-00, relator, des. Lineu Peinado, da 2ª. Câmara de Direito Público. Foi negado provimento ao recurso da Fazenda do Estado por votação unânime, determinando o fornecimento de todos os medicamentos pleiteados. Julgamento realizado em 06 mar. 2007.

<sup>297</sup> Acórdão prolatado na Apelação Cível n. 446.134.5/2-00, relator o des. Leme de Campos, da 6ª. Câmara de Direito Público. Foi negado provimento ao recurso da Fazenda do Estado por votação unânime. Julgamento realizado em 05 mar. 2007.

<sup>298</sup> Acórdão prolatado no Agravo de Instrumento n. 623.673.5/1, relator o des. Celso Bonilha, da 8ª. Câmara de Direito Público. Por votação unânime, foi negado provimento ao agravo da Fazenda do Estado, confirmando determinação de fornecimento de medicamento.. Julg. 14 mar. 2007.

Cumpra anotar que entraves burocráticos e óbices orçamentários argüidos pelo Estado não devem justificar o não cumprimento do dever constitucional de se preservar e recuperar a saúde dos indivíduos, pois se tratando de saúde, é dever do Estado a cautela.

[...]

O fornecimento de medicamentos pelo Estado é determinado de forma iterativa pelos tribunais.

Por estas razões, não merece reparo a sentença apelada, que fica mantida tal como lançada.<sup>299</sup>

[...] defendia a posição de que, tendo as verbas alocadas à saúde destinação específica, obviamente deveria o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira ‘universal e igualitária’ para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão ou a um grupo específico, como no caso dos autos, prejudicaria o restante da coletividade de cidadãos, que veriam as verbas destinadas à saúde diminuírem sensivelmente, em detrimento de suas necessidades. Estariam contrapostos, aqui, o direito individual ao direito da coletividade, devendo este último prevalecer na hipótese, em face de determinação constitucional que determina o ‘acesso igualitário universal e igualitário’ (*sic*) dos cidadãos às ações e serviços da Administração na área de saúde.

Assim entendia que, para que tivesse a autora sucesso na demanda intentada deveria provar (obviamente em ação ordinária) que o ente público não estivesse fazendo uso da verba destinada à saúde e que o orçamento pudesse suportar o tratamento pleiteado, não apenas para a autora, mas para todos aqueles portadores da mesma moléstia.

Todavia, tal posição não vingou em nossos Tribunais, sendo pacífico o entendimento no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Egrégio Superior Tribunal de Justiça de que não há falar na hipótese em gestão do erário por parte do Poder Judiciário, uma vez que a vida dos cidadãos merece integral proteção, na hipótese de sua impossibilidade de prover a aquisição de medicamentos essenciais a sua sobrevivência. Assim, ao impor à Administração a aquisição de medicamentos essenciais a cidadãos, o Judiciário simplesmente atende a um princípio constitucional fundamental, que é a valorização da vida humana, tendo os cidadãos assegurados constitucionalmente o direito à saúde. Nesse contexto, entrando em conflito com o dogma da separação dos poderes o direito fundamental de proteção à vida, deve-se considerar que há valores que se sobrepõem a outros, sendo a vida o bem jurídico de maior relevância a ser tutelado.

Dessa forma, deve ser mantida a R. Sentença apelada neste ponto.<sup>300</sup>

<sup>299</sup> Acórdão proferido na Apelação Cível n. 719.997.5/4-00, rel. des. Luiz Burza Neto, da 12ª. Câmara de Direito Público do TJSP. Por votação unânime, negou-se provimento ao apelo. Julg. em 30 jan. 2008, publ. 28 fev. 2008.

<sup>300</sup> Acórdão proferido na Apelação Cível n. 609.771.5/6-00, relatora a des. Christine Santini, 2ª, Câmara de Direito Público. Não obstante a relatora mencione que modificou o entendimento em razão de posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do STJ, para negar provimento ao recurso e confirmar a procedência do pleito de medicamentos, a decisão foi por maioria de votos, com voto minoritário do Des. Corrêa Vianna, que ponderou que quase um terço da verba para a compra de medicamentos é consumida no cumprimento de decisões judiciais que beneficiam menos de um décimo da população que recebe gratuitamente remédios da rede pública. Julg. realizado em 29 jan. 2008, publicado em 28 fev. 2008.

No mesmo sentido, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os trechos que seguem.

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA – ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º., CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º. E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATURA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

[...]

5 – Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 – Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.<sup>301</sup>

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. CÂNCER. DIGNIDADE HUMANA.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não ‘qualquer tratamento’, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.02.2006; RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004; RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002.

[...]

2. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente [...]<sup>302</sup>

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 189). PRECEDENTES DO STJ E STF.

<sup>301</sup> Acórdão proferido em Rec. Ordinário em Mandado de Segurança n. 11183/PR, relator o Min. José Delgado, 1ª. Tuma. Por votação unânime, o acórdão deu provimento ao recurso da impetrante, determinando-se o fornecimento do medicamento pleiteado. Julg. em 22 ago. 2000, publ. na RSTJ vol. 138, p. 52.

<sup>302</sup> Acórdão proferido em Rec. Ord. em Mandado de Segurança n. 20335/PR, rel. Min. Luiz Fux, 1ª. Turma. Por votação unânime, deram provimento ao recurso ordinário para determinar o fornecimento do medicamento pleiteado. Julg. Em 10 abr. 2007, publ. LEXSTJ vol. 214, p. 64.

1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.
2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem de meios necessários ao custeio do tratamento.
3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF.<sup>303</sup>

Dessa linha não destoa o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se confere de alguns dos julgados:

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.<sup>304</sup>

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>305</sup>

Nas palavras de Claudia Fernanda de Oliveira Pereira, os Tribunais “adotam postura que pode ser considerada ativista, admitindo a intervenção do Poder Judiciário, no sentido de

<sup>303</sup> Acórdão proferido em REc. Ord. em Mandado de Segurança n. 11.129/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª. Turma. Por votação unânime deram provimento ao recurso do impetrante para garantir-lhe o recebimento do medicamento. Julg. em 02 out. 2001.

<sup>304</sup> RE-AgR 534908/PE, Rel. Min. Cezar Peluso. Negou provimento ao recurso do Estado de Pernambuco para confirmar o dever de fornecer medicamento, bem como impôs multa por litigância de má-fé, por impugnar jurisprudência assente na Corte. Votação Unânime. Julg. Em 11 dez. 2007, publ. DJE 031, de 21 fev. 2008.

<sup>305</sup> AI-AgR 616551/GO, rel. Min. Eros Grau. Negou provimento ao recurso para mantendo a decisão de necessidade de fornecimento dos medicamentos. Votação Unânime. Julg. 23 out. 2007, publ. DJ 30 nov. 2007.



obrigar o Executivo a custear tratamentos e a fornecer medicamentos, sem restringirem a intervenção ao mínimo existencial”.<sup>306</sup>

Essa também foi a conclusão da pesquisa realizada por Silvia Badin Marques e Sueli Gandolfi Dallari em processos judiciais que tramitaram Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no período de agosto a dezembro de 2004, a partir dos livros de sentenças dos meses de março a novembro de 2004, abarcando 71,4% das Varas.<sup>307</sup>

Na linha dos entendimentos jurisprudenciais acima colacionados, Marcelo Semer diz que o Judiciário deve garantir o fornecimento de remédios “a pacientes com gravíssimas moléstias e sem condição de adquiri-los. Situações-limites, nas quais muitas vezes a recusa pode significar a morte”<sup>308</sup>, não devendo o direito ser restringido por administradores, pois se “o direito ao tratamento é direito à saúde, como negar que o acesso a medicamentos indispensáveis à vida também seja obrigação pública?”.

Conforme se nota, o autor também entende que o acesso aos medicamentos não pode ser negado pelo Poder Público aos pacientes que dele necessitam, mas não tem condição de adquiri-los; ou seja, condiciona o fornecimento do medicamento à hipossuficiência financeira do enfermo.

Esse também parece ser o entendimento do STF, cujas decisões determinando o fornecimento têm atrelado o direito à comprovação da hipossuficiência do pleiteante. A partir de uma pesquisa realizada no sítio do STF<sup>309</sup>, constata-se que em “todas” as decisões monocráticas que negaram o pedido de suspensão de liminar, sentença ou tutela antecipada

---

<sup>306</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 93.

<sup>307</sup> Constatou-se que dentre as decisões judiciais analisadas, em 93,5% das ações houve concessão de liminar determinando ao Estado o fornecimento dos medicamentos pleiteados; 90,3% das sentenças julgaram a ação procedente, condenando o Estado a fornecer a medicação pleiteada; nenhuma sentença foi de improcedência com exame do mérito; e, 96,4% das sentenças de procedência condenaram o réu a fornecer o medicamento exatamente nos moldes requeridos pelo autor. A idéia central prevalente nas sentenças foi: a) o Estado de São Paulo e o Secretário da Saúde são competentes para figurar no pólo passivo da ação (40%); b) a atuação do Poder Judiciário não interfere no princípio da separação dos poderes do Estado, pois apenas resguarda um direito constitucional (58%); c) demonstrado que o autor, portador de uma doença, necessita determinado medicamento, é curial seja o Estado obrigado a providenciar a sua implementação (78%); d) o direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamento ou entraves burocráticos (82%); e) o 196 da CF é auto-aplicável, não dependendo de regulamentação para ser exercida (60%). MARQUES, Silvia Badin e DALLARI, Sueli Gandolfi. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. *Revista de Saúde Pública*, Fev. 2007, vol. 41, no. 1, p. 101-107.

<sup>308</sup> SEMER, Marcelo. “Sim. Garantindo o exercício dos direitos”. Artigo publicado no *Jornal Folha de S. Paulo*, em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”, publicado em 17 mar. 2007, p. A 3. O autor é juiz de direito em São Paulo.

<sup>309</sup> O sítio do STF pode ser acessado através do seguinte endereço eletrônico: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

formulados pelos Estados, proferidas pela Min. Ellen Gracie foram expressamente consideradas a hipossuficiência financeira do requerente para negar o pedido de suspensão.<sup>310</sup>

O mesmo fundamento foi utilizado nas decisões monocráticas proferidas pelos Ministros no julgamento de recursos versando sobre a matéria<sup>311</sup>, bem como nos julgamentos colegiados, de que é exemplo a ementa que segue, de relatoria do Min. Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II. – Agravo não provido.<sup>312</sup>

A partir dessa análise, aparenta-se que existe consenso no STF de que o direito ao recebimento gratuito de medicamentos está diretamente associado à hipossuficiência financeira do requerente.

Essa questão é bastante delicada. No âmbito da Administração Pública e da jurisprudência no Estado de São Paulo, em regra a análise do pleito não costuma considerar a hipossuficiência. O entendimento dominante é a de que a saúde deve ser garantida pelo Estado de forma universal, não havendo necessidade de comprovação da hipossuficiência financeira do portador da receita médica, pois não seria possível impor restrições à fruição do direito fundamental à saúde, especialmente se o dispositivo constitucional assim não exige.

Já foi verificado que o direito à saúde, do qual decorre o direito aos medicamentos, enquadram-se na categoria de direitos sociais, que são considerados como de segunda dimensão e vieram sob o ideal da isonomia, após a consagração dos direitos de primeira dimensão, advindos da idéia de liberdade. Apontou-se que os direitos sociais vieram para garantir a efetividade dos direitos de liberdade, que não poderiam ser plenamente alcançados

<sup>310</sup> Neste sentido, cita os seguintes julgados: SS 3403/PR, julg. 28/11/2007, publ. DJ 04/12/2007; STA 162/RN, j. 19/10/2007, publ. DJ 25/10/2007; SS 3345/RN, julg. 13/09/2007, publ. DJ 19/09/2007; STA 138/RN, julg. 12/09/2007, publ. DJ 19/09/2007; SL 166/RJ, julg. 14/06/2007, publ. DJ 21/06/2007.

<sup>311</sup> AI 554582/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005, publ. DJ 02/02/2006; RE 280642/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 13/10/2000, publ. DJ 12/11/2000.

<sup>312</sup> Decisão proferida no AI-AgR 486816/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 12/04/2005, publ. DJ 08/05/2005. No mesmo sentido, afirmando que o fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes é dever constitucional do Estado, acórdãos proferidos no AgR 393175/RS, rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/12/2006, publ. DJ 02/02/2007; RE-AgR 255627/RS, rel. Min. Nelson Jobim, julg. 21/11/2000, publ. DJ 23/02/2001; AI-AgR 616551/GO, rel. Min. Eros Grau, julg. 23/10/2007, publ. DJ 29/11/2007.

por pessoas que se encontrassem carentes de necessidades básicas, em situação de grande desigualdade social.<sup>313</sup>

Justamente visando a diminuir as desigualdades sociais e possibilitar a isonomia na população, os direitos sociais são de natureza prestacional, impostos ao Estado no desiderato de possibilitar a igualdade social, num país reconhecidamente marcado por grandes desigualdades nessa área.

Sob a ótica da meta da isonomia que se pretende atingir, não parece despropositado o entendimento de que o acesso a esses direitos se destinem aos hipossuficientes; pois, do contrário, a igualdade dificilmente seria atingida. Nessa esteira, não seria pertinente o fornecimento gratuito do medicamento às pessoas que tenham condições financeiras de arcar com os custos das drogas prescritas pelos seus médicos, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.<sup>314</sup>

No entendimento de Octávio Luiz Motta Ferraz, essa interpretação é equivocada, pois não existe esta “focalização” do SUS aos mais pobres, e este raciocínio leva a uma “perniciosa guerra pelos recursos escassos do SUS”. Citando o exemplo o Reino Unido, que igualmente optou pelo caminho da saúde pública e universal, aponta os seguintes valores dessa opção:

[...] maior coesão social (todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços), o que evita ainda a estigmatização e a queda de qualidade que necessariamente acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres.<sup>315</sup>

Analisando-se o exemplo da Espanha, cujo sistema de saúde se assemelha ao brasileiro, constata-se que o acesso à saúde é igualmente universal e igualitário, mas nem sempre os medicamentos são fornecidos gratuitamente. Os medicamentos prescritos durante a internação ou atos de assistência ambulatorial especializada não têm participação do usuário nos custos, mas os utilizados fora dessas situações têm co-pagamento do usuário nas seguintes situações e porcentagens:

---

<sup>313</sup> Vide Capítulo II onde trata da classificação doutrinária dos direitos fundamentais.

<sup>314</sup> Nessa opção, acredita que existe a dificuldade em se aferir de pronto quando uma pessoa seria considerada abonada para não fazer jus à assistência farmacêutica gratuita; mormente porque existem medicamentos dos mais variados preços e alguns seriam difíceis de serem adquiridos até mesmo para quem tenha renda elevada.

<sup>315</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS? A interpretação inadequada dos princípios do SUS pode gerar um sentimento negativo de que o direito à saúde é uma promessa utópica. Artigo no jornal *Folha de S. Paulo*, Edição de 20 dez. 2007

- a) Pensionistas e dependentes protegidos pela seguridade social: 0%;
- b) Pensionistas e dependentes protegidos por fundos específicos: 30%;
- c) Não-pensionistas e seus beneficiários protegidos pela seguridade social: 40%;
- d) Não-pensionistas e seus beneficiários protegidos por fundos específicos: 30%;
- e) Afetados por síndrome tóxica: 0%;
- f) Pacientes com AIDS: 10% (no máximo 2,69 euros);
- g) Tratamentos crônicos: 10% (no máximo 2,69 euros).<sup>316</sup>

Essa situação demonstra que o acesso gratuito e universal ao serviço de saúde, não impede que exista pagamento por parte do usuário pelos serviços que lhe forem prestados, bastando que as regras sejam claras e igualitárias. Em consonância com a opinião de Octávio Ferraz, a sociedade brasileira fez essa opção com a Constituição de 1988, de que o SUS é de todos. “É preciso agora fazer valer essa opção, incentivando (e não ao contrário) os mais ricos a utilizar o SUS pela porta da frente, e não pela via judicial. Esse é o caminho mais curto para um serviço público de saúde de qualidade”.<sup>317</sup>

Não obstante a pesquisa realizada nos Tribunais aponte para a automática concessão de benefícios pleiteados judicialmente calcados no direito à saúde, o crescente número de ações tem provocado o surgimento de decisões isoladas, que apreciaram a legislação sob enfoque diverso. Dentre essas decisões traz-se a lume a sentença proferida por Marcelo Sergio<sup>318</sup> que, de forma ampla analisou a questão dos medicamentos, para, ao final, concluir pela improcedência da demanda. Na sentença o juiz reconhece que há pouco tempo julgava procedente os casos análogos, mas que, diante da proliferação de pedidos e também diante das notícias de abusos dos Administrados e de eventuais interesses de empresas farmacêuticas, debruçou-se com mais vagar sobre o tema e acabou concluindo que a orientação que abraçava estava equivocada. Constata o magistrado que:

---

<sup>316</sup> SILVA, Silvio Fernandes da. A saúde na Espanha e comparação com o Brasil (texto preparado pelo Núcleo de Relações Internacionais do CONASEMS). Disponível em: [http://www.conasems.org.br/files/Saude\\_Espanha\\_comparacaoo\\_Brasil\\_jul\\_07.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Saude_Espanha_comparacaoo_Brasil_jul_07.pdf), acesso em 14 mar. 2008.

<sup>317</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS? A interpretação inadequada dos princípios do SUS pode gerar um sentimento negativo de que o direito à saúde é uma promessa utópica. Artigo no jornal *Folha de S. Paulo*. Edição de 20 dez. 2007

<sup>318</sup> Mandado de Segurança, autos nº 583.53.2005.024574-3, controle 1355/2005, que tramitou perante a 2ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O pleito era de recebimento de medicamentos e insumos para tratamento de diabetes.

[...] o direito assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, embora de eficácia imediata, não é absoluto, obrigando o Estado a adotar medidas tendentes a **garantir o tratamento igualitário a toda a população**, por meio de **políticas públicas planejadas**.

[...]

Ou seja, a garantia à saúde não pode vir por meio de atos isolados, mas sim por meio de políticas sociais e econômicas que exigem planejamento, sob pena de, em benefício de alguns, grande parte da população ser prejudicada.

Muito embora a saúde seja um direito constitucionalmente assegurado, existem vários outros direitos, também assegurados na Constituição, que necessitam ser sopesados em benefício de toda a sociedade. Daí porque não vislumbro a possibilidade de compelir o Estado a fornecer determinado medicamento.

Ademais, ao se pretender que o Estado assuma a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento, necessário que o Impetrante se subsuma aos Protocolos Clínicos, ou, ao menos, que se submeta a tratamento na rede pública de saúde, sob pena de vir o Estado a ser responsabilizado pelo fornecimento de medicamento ineficaz ou de desproporcionais efeitos colaterais. [destaques no original]

A sentença também reconheceu que a imposição ao Estado de aquisição de medicamentos de alto custo, sem sujeição aos trâmites pertinentes, como a licitação e a diretriz orçamentária, poderia gerar prejuízos a várias outras pessoas que necessitam da atuação estatal, tanto na área da saúde, como na da educação, moradia, transporte, previdência social, segurança etc., além das conseqüências impostas pela Lei Complementar n° 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Ao final, concluiu que antes de promover o bem-estar da coletividade, ações deste jaez, implicam na interferência nas políticas públicas a cargo do Estado, violando os princípios da separação dos poderes e o da economicidade, envolvendo questões orçamentárias e burla da obrigatoriedade do procedimento licitatório; situações estas que podem comprometer a gestão da saúde pública.<sup>319</sup>

Na mesma direção, a sentença proferida por Márcia Cardoso, onde decidiu que:

O direito-anseio dos constituintes, entretanto, não pode ser esgrimido individualmente, em prejuízo da coletividade, exigindo-se nesta ou naquela circunstância, para este ou aquele cidadão, que, diga-se de passagem, na maioria dos casos teve o privilégio do concurso de médico particular e advogado constituído, comprometendo toda uma política estatal limitada aos recursos distribuídos pelo Ministério da Fazenda, para a aquisição de

---

<sup>319</sup> Sentença proferida por Marcelo Sergio, no Mandado de Segurança, autos n° 583.53.2005.024574-3, que tramitou perante a 2ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

medicamentos, necessários é verdade, porém caríssimos na maioria das vezes e para serem entregues, apenas aos que vêm ao pátio do Judiciário.<sup>320</sup>

Na sentença proferida por José Roberto Furquim Cabella, o magistrado também demonstra preocupação com essas ações:

[...] o Estado também sofre limitações, inclusive de ordem econômica, a tornar inexigível que uma determinada meta, da abrangência da que aqui está sendo tratada, seja plenamente atingida, de forma imediata. Esta, aliás, foi uma das razões que orientaram o indeferimento da liminar pleiteada ‘*initio litis*’, quando então procurei chamar a atenção para os riscos que representam as ações do gênero que, se acolhidas, estariam a constituir sério precedente, de conseqüências absolutamente imprevisíveis para o estado isto sem que se saiba se as verbas destinadas à saúde, por força da repartição orçamentária, serão ou não suficientes para suportar, convenientemente, não apenas o pedido aqui formulado, mas tantos outros que já vieram e continuarão chegando na mesma esteira, isto sem que se abandone outras tantas prioridades relativas inclusive a mesma área de atuação estatal.<sup>321</sup>

Essa sentença cita o comando relatado pelo Des. Walter Swensson, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que consignou a necessidade da demonstração, pelo autor, da inexistência ou existência de medicamento ou equipamentos eficazes dentre os disponíveis na Rede Pública para o combate do mal que o acomete; ou que, aquele que esteja disponível, seja ineficaz, através de prova técnica e convincente. Além disso, não seria possível obrigar o Poder Público a fornecê-los mediante simples receituário ou relatório sumário, sendo necessário demonstrar a recusa ou impossibilidade de fornecimento, e provar que o pretendido é eficiente para o combate à moléstia. À Autoridade Pública, caberia verificar, dentre os disponíveis, aqueles que se ajustam à situação do autor e fornecê-los; ou, se não disponíveis, verificar quais poderão ou não ser adquiridos.<sup>322</sup>

Igualmente nesse sentido, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de lavra do Des. Urbano Ruiz que julgou improcedente ação pleiteando medicamento tecendo os seguintes argumentos.

<sup>320</sup> Proc. n. 1122.583.53.2006.122984-8, Mandado de Segurança, que tramitou perante a 11ª. Vara da Fazenda Pública. Sentença proferida em 17 de ago., 2006. O *writ* foi impetrado por crianças prematuras visando o recebimento da vacina “synagis” para prevenção do vírus sinvicial respiratório (VSR). O julgamento foi proferido na forma estabelecida no artigo 285-A, do Código de Processo Civil, reportando-se à sentença de lavra da prolatora da sentença, no processo n. 1872.583.53.2003.034070-8, que tramitou perante a mesma Vara.

<sup>321</sup> Sentença prolatada nos autos n. 828/96 e 722/96, ambos da 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo.

<sup>322</sup> Agravo de instrumento n. 399.656-5/8. Julgado em 19 jan. 2005. Mais adiante, consigna o relator: “Essa é minha conclusão, após madura reflexão, revendo posição anteriormente adotada, considerando o expressivo aumento de pedidos de fornecimento de medicamentos e equipamentos, alguns de alto custo, sem que estejam suficientemente instruídos e fundamentados.” Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>, acesso em 10 mar. 2008.

MEDICAMENTOS – Portadores de HIV – Ação para compelir o Estado à fornecer medicamento à autora, aidética, que entende insuficientes os recebidos no coquetel de medicamentos da rede pública, sob alegação de que já não mais surtem o efeito desejado – Medicamentos importados que não podem, entretanto, ser consumidos no Brasil sem o prévio registro e autorização do Ministério da Saúde (Lei 6.60/76, arts. 12 e 18) – O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, padroniza os medicamentos utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do SUS, sem que o Judiciário possa assumir essa obrigação – (Lei 9.313/96, art. 1º, § 1º) – Estado, ademais, que está obrigado a desenvolver políticas públicas na área da saúde, sem gerar direito subjetivo público de ação para o fornecimento, a cada um, de determinado medicamento ou tratamento – Apenas é possível ação coletiva para obrigá-lo a desenvolver políticas públicas, previstas na CF (RT 737/20) – Providências que demandariam verbas orçamentárias, sem que as aquisições pudessem dispensar a licitação (CF, art. 376, XXI) – Segurança denegada – Recursos, oficial e voluntário, providos.<sup>323</sup>

Mais recentemente, por maioria de votos, no mesmo sentido da decisão supra, foi proferida a seguinte decisão:

[...] o direito a saúde não está expresso entre os incisos do artigo 5º de nossa Magna Carta a qual elenca princípios e garantias individuais, mas encontra-se no *caput* do artigo 6º da Constituição, ditame que norteia políticas públicas coletivas como o direito ao trabalho, a moradia, ao lazer (*sic*), a segurança, a previdência social, à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma ali contida.

Desse modo, não se pode exigir o fornecimento de medicamentos específicos em prol de um cidadão em detrimento do fornecimento generalizado e em grandes quantidades aos carentes que acorrem aos postos de saúde.

O atendimento específico sem desmerecer-se a necessidade do cidadão, inverte o princípio básico da igualdade e da predominância de interesses coletivos sobre o interesse individual.

A aquisição a preço de mercado de medicamento específico para um doente, que teve a felicidade de conseguir o concurso de um advogado para acionar o Poder Judiciário, custa, economicamente, desvio de verbas da saúde, com o risco do perecimento de centenas de crianças carentes por falta de uma simples vacina. Lastima-se o mal que só pode ser combatido com medicamentos caríssimos e importados, mas, direcionar-se recurso público para esse particular paciente implica em sacrificar o necessário recurso que seria destinado a uma vacina, medida preventiva indispensável para a sobrevivência de milhares de crianças originárias, principalmente de bolsões de miséria que cercam as grandes cidades. Trata-se de evidente inversão de valores.

[...]

<sup>323</sup> Apelação Cível n. 415.022-5/0-00, acórdão publicado no DOE, em 16 jan., 2007.

[...] a determinação da sentença inverte valores constitucionais e adentra o âmbito da Administração Pública nas questões de saúde, o que também não é permitido que o Poder Judiciário faça sem ferir o artigo 2º do Ordenamento Político Principal.<sup>324</sup>

Essas decisões, repita-se, são isoladas, mas demonstram a existência de preocupação com as conseqüências da transformação do Judiciário em mero dispensador de produtos de saúde (tratamento ou medicamentos).

De modo geral, e pelo fato de serem as decisões relativamente recentes, elas demonstram que por parte de alguns juízes paulistas o direito à saúde, apesar de fundamental, não é absoluto e destina-se ao Estado, obrigando-o a adotar medidas tendentes a garanti-lo de forma igualitária para toda população, por meio de políticas públicas planejadas.

### **3. Ações propostas no Judiciário calcadas no direito à saúde manejando pleito de medicamentos**

Considerando tratar-se de direito líquido e certo, por ser expressamente garantido na Constituição, grande número dos pleitos são formulados por meio de mandados de segurança, e ainda quando veiculadas através de ações de rito ordinário, são decididos sumariamente, sem dilação probatória, diante do argumento de que o assunto é unicamente de direito, explicitamente garantido na Constituição, que estabelece que a saúde é dever do Estado.

Eventualmente são propostas também ações coletivas veiculadas por meio de Mandado de Segurança Coletivo ou Ações Cíveis Públicas visando ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos específicos para uma coletividade portadora de enfermidade específica.

De um modo geral, as ações propostas no Poder Judiciário versam sobre variadas situações, tais como:

- a) medicamentos receitados por médico do SUS;
- b) medicamentos receitados por médicos particulares;

---

<sup>324</sup> Apelação Cível n. 642.925.5/1-00, rel. o Des. Claudio Marques. Foi dado provimento ao recurso da Fazenda Pública para extinguir o processo sem julgamento do mérito por maioria de votos. Julgado em 28 set. 2007, publicado em 05 mar. 2008.



- c) medicamentos excepcionais previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas editados pelo Ministério da Saúde;
- d) medicamentos excepcionais não previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;
- e) medicamentos de marca comercial específica, não obstante seja dispensado o mesmo medicamento, identificado por seu nome genérico (Denominação Comum Brasileira).<sup>325</sup>
- f) medicamento fornecido pelo SUS, mas a receita médica indica o medicamento em forma ou concentração não disponível no SUS, mas disponível no mercado através de determinado fabricante, com preço bastante superior.
- g) medicamento experimental, sem registro na ANVISA ou no Ministério da Saúde;
- h) medicamento com registro na ANVISA, mas para finalidade diversa da prescrita pelo médico.<sup>326</sup>
- i) medicamentos registrados no Brasil, mas que não são fabricados no País e não constam do protocolo clínico.
- j) ações pleiteando o fornecimento de materiais de higiene, como papel higiênico, fraldas descartáveis, desinfetante, xampu anticaspa; ou alimentos, como leite em pó, leite com cálcio, alimentos energéticos, requeijão cremoso, queijo fresco, adoçante culinário, biscoito e até mesmo a feira mensal.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> Determina o artigo 3º, da Lei 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que a prescrição de medicamentos no âmbito do SUS deve adotar, obrigatoriamente, a Denominação Comum Brasileira ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional. Seria interessante que esta determinação fosse também dirigida aos médicos da rede privada de saúde, evitando assim que os cidadãos fiquem reféns das grandes marcas, podendo escolher medicamentos menos onerosos, mas com a mesma eficácia.

<sup>326</sup> Exemplo é o caso da paciente portadora de câncer de mama para quem foi prescrito o medicamento Avastin, indicado e aprovado na ANVISA para câncer colorretal, mas sem autorização (registro) no Brasil e em nenhum outro lugar no mundo para tratamento de câncer de mama (Autos n. 583.53.2005.018821-9, 6ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo).

<sup>327</sup> Luiz Roberto Barradas Barata, Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, noticia que “Além de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital.”. *Não. Regularizar é o melhor caminho*. Artigo publicado no Jornal Folha de S. Paulo, em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”, publicado em 17 mar., 2007, p. A3.

k) ações pleiteando cadeiras de rodas, roupas de cama, travesseiros, botas ortopédicas, algodão, gaze, esparadrapo, esmalte de unha antialérgico e protetor solar francês.<sup>328</sup>

l) nas ações coletivas em geral pretendem determinado medicamento ou o atendimento integral a pacientes portadores de determinadas enfermidades como: hepatite C, de Diabetes, autistas.

Esta disparidade de situações faz antever, de pronto, que não é tão singela a interpretação a ser dada quanto ao dever de saúde imposto ao Estado e a sua extensão, o que faz exigir análise individualizada das diversas hipóteses apresentadas.

#### 4. Decisões do Poder Judiciário e as políticas públicas de saúde

Os dados da já referida pesquisa realizada por Silvia Marques e Sueli Dallari levaram-nas a concluir que o Poder Judiciário não tem considerado a política pública de medicamentos, ao proferir decisões que são sustentadas no argumento de que questões políticas não podem disciplinar ou condicionar o exercício de direito, baseando-as unicamente na afirmação de que saúde e assistência farmacêutica são direitos integrais e universais dos brasileiros. Aferiram que o Poder Judiciário ignora que os direitos foram instituídos, de forma ampla e atrelados à elaboração de políticas sociais e econômicas, e constatam que as decisões judiciais acabam influenciando na tomada de decisões coletivas da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, com base nas necessidades individuais dos autores (todas as ações analisadas se referiam a autores individuais).<sup>329</sup>

José Reinaldo de Lima Lopes atribui essas idéias ao modismo dos direitos humanos no período de redemocratização do Brasil, na época da edição da CF de 1988. Reporta que esses direitos eram entendidos de forma superficial e passaram a ser entendidos como sinônimo de

---

<sup>328</sup> WESTIN, Ricardo. Justiça manda Estado pagar por supérfluos. *Jornal da tarde*. Edição de 15 mar. 2006. Informa o repórter que os autores estão recebendo não só remédios, como também complementos que, a princípio, nada têm de essenciais. “No Rio, a Secretaria de Estado da Saúde foi obrigada a fornecer protetor solar francês (a procedência do produto foi estipulada na sentença) e esmalte de unha antialérgico. Em São Paulo, requeijão cremoso, queijo fresco e adoçante culinário. E no Rio Grande do Sul, cola para dentadura e xampu anticaspas.” A reportagem também cita decisão determinando o fornecimento de Viagra para homem que sofre de disfunção erétil, bem como decisão determinando a entrega mensal de 8 latas de Sustagen, 8 latas de Nutren Active, 24 litros de leite Batavo com cálcio, 2 unidades de queijo fresco, 90 frascos de iogurte com cálcio, 4 latas de leite em pó Ninho e 3 copos de requeijão cremoso a uma criança portadora de osteogênese imperfeita. Um ortopedista ouvido pela reportagem teria dito que para a doença, esses produtos “não são fundamentais”.

<sup>329</sup> MARQUES, Silvia Badin e DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, Fev. 2007, vol. 41, no. 1, p. 101-107.

direitos sociais, sem a preocupação com o tema da dignidade da pessoa humana; e os efeitos perversos desse entendimento foram: a) o enfoque dos direitos sociais no tema da distribuição de bens, abrindo mão da discussão da liberdade; b) a criação de uma ideologia de que o Estado, sendo responsável pela implementação dos direitos sociais, deveria ser sempre condenado, e essa condenação seria, por definição, democrática e favorável aos direitos humanos.<sup>330</sup>

No entanto, o autor apressa-se em dizer que esse pensamento é equivocado, pois a história dos direitos humanos refere-se ao desenvolvimento de um Estado Democrático (que pressupõe um Estado forte), capaz de fazer valer universalmente a lei, de maneira igual para todos. Contudo, no Brasil, após o período de “reconstitucionalização”, houve uma debilitação crescente do Estado por vários motivos, dentre os quais, a globalização; a reação à constitucionalização de 1988, entendendo-se necessário enfraquecê-lo; e as políticas pensadas a partir do próprio núcleo do governo no sentido do seu enfraquecimento. Essa ideologia teria contaminado também o Poder Judiciário, de modo que hoje, apesar de não termos mais os problemas vividos na época da ditadura, parece que continua sendo democrático condenar o Estado simplesmente por condenar, decorrente de uma ideologia fácil de “presunção de ilegalidade de todas as políticas públicas do Estado”.<sup>331</sup>

Alertam as autoras antes citadas que quando a decisão judicial não considera as políticas públicas, legalmente formalizadas, que envolvem os direitos sociais, corre-se o risco de atuar fora dos limites estruturais do sistema jurídico, resultando num Judiciário que decide politicamente, sem a estrutura necessária para atuar com essa lógica. Se por um lado é certo que o Estado não pode ser negligente frente a indivíduos que correm risco de vida iminente, por outro lado, como o direito à assistência farmacêutica depende de uma política pública para ser garantido sob a perspectiva da justiça distributiva, é preciso que as necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de medicamentos. Desse modo, a noção de justiça distributiva norteará a prestação coletiva e o próprio atendimento das necessidades terapêuticas individuais.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais. *Direitos Humanos. Visões contemporâneas*. Publicação especial em comemoração aos 10 anos da Fundação da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001, p. 92-93.

<sup>331</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais..., cit., p. 92-93.

<sup>332</sup> MARQUES, Sílvia Badim e DALLARI, Sueli Gandolfi. *Op. cit.*, p. 101-107.

Criticando o entendimento disseminado no Judiciário de que tudo o que foi pleiteado em nome da saúde deve ser prontamente concedido, defende Amaral<sup>333</sup> que os Juízes e Tribunais, quando decidirem sobre a eficácia e efetividade das pretensões em casos específicos, fundamentem suas decisões levando em consideração o modo como os custos afetam a intensidade e consistência dos direitos, examinando abertamente a competição por recursos escassos que não são capazes de satisfazer todas as necessidades sociais, implicando em escolhas disjuntivas de natureza financeira.

Prossegue o autor dizendo que se o caso for analisado individualmente, destacado do contexto global da saúde no país, sempre se vislumbrará a existência do dever legal de fornecimento de medicamentos e sua recusa se caracterizará em omissão de dever estatal e violação do dever constitucional. Finaliza sustentando que não é por este enfoque que a situação deve ser analisada, pois, quando o Judiciário decide os casos concretos, realiza justiça em caso específico e a decisão deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.<sup>334</sup>

Em prevalecendo o atual entendimento esposado na maioria das decisões judiciais, corre-se o risco de que a concessão judicial de todos os medicamentos e tratamentos que sejam prescritos, ao argumento de efetivação da garantia constitucional do direito à saúde, provoquem maior alargamento nas desigualdades sociais, dispensando-os somente aos poucos que aportam ao Judiciário em detrimento de outros que não podem a ele se socorrer.<sup>335</sup> Ou, em havendo maior aumento da demanda por medicamentos através do Judiciário, os recursos tenderão a ser insuficientes para atendimento de outras necessidades não menos importantes atinentes à saúde, como a prevenção, o combate, o atendimento, a pesquisa, prejudicando ao final, toda a população<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Cit. p. 71-80.

<sup>334</sup> AMARAL, Gustavo. *Ibidem*, p. 71-80.

<sup>335</sup> É inegável que não obstante o texto constitucional garanta o acesso ao Judiciário a todos os brasileiros e esse acesso universal venha sendo buscado através de instituições como a Defensoria Pública, Ministério Público, Convênios com a OAB etc., sabe-se que esse acesso não é efetivo ao ponto de atingir toda a população, que em grande parte continua à margem do amparo do Poder Judiciário.

<sup>336</sup> Cf. Luiz Roberto Barradas Barata, Secretário de Estado de Saúde de São Paulo, a Secretária “gastou, em 2004, R\$ 48 milhões com ações judiciais para a entrega de remédios não padronizados. Somente no primeiro semestre deste ano foram mais de R\$ 86 milhões, o que significa, proporcionalmente, quatro vezes mais” e que provavelmente o valor despendido com ações judiciais superará o total destinado à compra de medicamentos padronizados. *Remédio na dose certa*. Disponível em: <[http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD\\_CHAVE=30602&btImprimir=SIM](http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=30602&btImprimir=SIM)>, acesso em: 22 fev. 2007.

Nesse sentido, a opinião de Octávio Luiz Motta Ferraz, que questiona a posição quase unânime do Judiciário Brasileiro de interpretar o direito à saúde como um direito individual ilimitado a todo e qualquer tratamento, procedimento ou medicamento. Sustenta o autor que:

Diante da escassez de recursos, a consequência dessa interpretação não é, ao contrário do que se poderia imaginar, a ampliação do acesso a serviços de saúde a camadas da população anteriormente excluídas.

O resultado inevitável é, na verdade, uma substituição parcial das prioridades de investimento estabelecidas pelos especialistas em saúde pública do Poder Executivo. Ou seja, puxa-se o cobertor da saúde pública para aqueles que conseguiram acessar o Judiciário e se descobre parte daqueles que a política estatal havia originariamente decidido contemplar.

Como as camadas mais desfavorecidas da população ainda encontram obstáculos importantes no acesso à Justiça, essa atitude implica não só problemas de eficiência mas também riscos à equidade na distribuição dos recursos escassos da saúde.

Esse quadro parece reforçar a posição dos críticos da “justicialidade” do direito à saúde e outros direitos sociais, para os quais juízes não teriam legitimidade democrática ou capacidade técnica para interferir em complexas áreas como a da saúde. Para outros, porém, isso significaria verdadeira abdicação do Judiciário de sua função de protetor dos direitos fundamentais e conseqüente desvalorização do direito à saúde, que ficaria totalmente à mercê da vontade política de nossos governantes, historicamente insuficiente, como vimos acima, para financiar um sistema público de saúde adequado. Não há dúvidas de que o Judiciário é posto em situação extremamente difícil quando é chamado a proteger o direito à saúde e outros direitos sociais reconhecidos na Constituição.

Simplesmente ignorar que tais direitos dependem de políticas públicas complexas, que têm custos e que os recursos para atendê-los são escassos, porém, não é resposta adequada a esse importante desafio.

O direito à saúde deve ser interpretado como um direito à igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde que determinada sociedade pode fornecer com os recursos disponíveis.<sup>337</sup>

Reitera que isto não significa que o Judiciário esteja impedido de se imiscuir na atuação do Executivo no tocante à efetivação das políticas públicas de saúde, mas a decisão deve levar em conta, além da situação específica do paciente e do medicamento pleiteado, as políticas públicas existentes para aquela enfermidade. Entendimento diverso pode levar o Judiciário a transformar-se em mero dispensador de medicamentos e tudo o mais que for pleiteado em nome da saúde, independentemente de análise mais acurada de cada caso concreto.

---

<sup>337</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Sobre direito à saúde e medicamentos. Artigo publicado na página A3, seção Tendências e Debates, do jornal Folha de S. Paulo. Edição de 10 ago. 2007. O autor é doutor em direito pela Universidade de Londres e professor de direito na Universidade de Warwick (Reino Unido). Foi assessor sênior de pesquisa do relator especial da ONU para o direito à saúde (2006).

Analisando a situação individual, é natural que, se alegado que o medicamento garantirá o direito à vida, que é certamente o mais fundamental dos direitos do homem, não há outro caminho ao julgador que o deferimento da tutela pleiteada, exigindo-se o fornecimento de forma imediata. No entanto, não obstante ser mais confortável conceder aos requerentes o que pleitearem tudo em nome do direito à saúde – pois assim não será o Judiciário o causador de agravamento da doença – o deferimento indiscriminado de todos os medicamentos e tratamentos reclamados, ao argumento de que o não fornecimento implica risco à saúde, não é sustentável nem mesmo em face do direito à saúde, previsto na CF.

Vários componentes contribuem para que haja uma boa saúde, como uma alimentação saudável, prática de atividade física, qualidade de ar, condições de higiene, residência em local salubre, qualidade do sono, paz espiritual, antecedentes hereditários favoráveis, salário digno etc., e podem ser considerados essenciais para a saúde do homem. Nota-se, pois, que a saúde não se liga apenas ao fato de o indivíduo ser portador de doença, mas também às condições psicológicas de cada um, pois o que pode ser considerado bom para uma pessoa, não necessariamente será percebido por outra da mesma forma.

Disto decorre que jamais será possível ao Estado garantir a presença de saúde plena, como sendo o estado de completo bem-estar físico, espiritual e emocional a todos, pois, como dito, nem sempre o preenchimento dos requisitos estarão ao seu alcance, especialmente os de natureza subjetiva.

Para o Poder Público, a saúde deve ser vista de forma objetiva, traçando-se as medidas tidas como relevantes e de sua responsabilidade, a partir dos anseios mais gerais da própria sociedade.

Talvez aqui caiba uma aplicação do que seria conhecido como *standart*, entendido como um padrão mínimo de garantia de direitos, cujo termo é utilizado na Europa como uma padronização de comportamento ou padronização de julgamento, para atingir um conceito de justiça pré-estabelecido, principalmente quando diz respeito à Europa unificada e sua necessidade de julgamentos legítimos para todo seu território, para que não parem contradições.<sup>338</sup>

Acredita que no Brasil também se verifica a necessidade de existência de uma regra aplicável de forma igualitária a todos os usuários do sistema público de saúde, que poderia ser

---

<sup>338</sup> FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais de Direito e os 'standarts' jurídicos no Código Civil*. Tese de doutorado em Direito Civil. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, p. 191-193.

a política pública já desenvolvida para o atendimento dessas pessoas; não cabendo ao Judiciário, sem quaisquer parâmetros, eleger as prioridades e determinar pontualmente o que deve ser fornecido pelo Estado, sem levar em conta as políticas públicas já desenvolvidas para o atendimento das necessidades da população.

Consoante Eduardo Appio cabe aos juízes “fazer com que as políticas públicas já aprovadas pelo Congresso sejam fielmente executadas, garantindo o acesso de todos os brasileiros, ricos ou pobres, ao sistema público de saúde, em igualdade de condições”.<sup>339</sup>

Entende-se que foi nesse sentido a decisão monocrática prolatada pela Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, ao deferir parcialmente o pedido de suspensão de tutela antecipada determinando o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, formulado pelo Estado de Alagoas, fundamentada nos seguintes termos:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “[...] e outros medicamentos necessários ao tratamento [...]” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.

Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “[...] a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n. 1318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, [...]” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “[...] execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, ou

---

<sup>339</sup> APPIO, Eduardo. *As políticas públicas de saúde no Brasil e o papel do Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=125](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=125)>, Acesso em: 07 dez., 2006.

*subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, [...] (fl. 11).*<sup>340</sup>

Não obstante as críticas que esta decisão ensejou, acredita-se que é sob este ângulo que o dever de assistência farmacêutica deve ser observado e exigido do Estado pelo Poder Judiciário. Em havendo política pública estabelecendo a dispensação e os requisitos a serem observados, há o dever legal de fornecer desde que preenchidas estas condições, admitindo-se, somente na recusa, a possibilidade do Poder Judiciário determinar o atendimento do pleito.

O Poder Judiciário também tem importante papel quando a provocação jurisdicional objetivar a sanar omissão existente na implementação de políticas públicas, especialmente através de decisões proferidas em ações de natureza coletiva, como ação civil pública e mandado de segurança coletivo. Desse modo, não haverá uma decisão discriminando (favoravelmente) somente o autor da ação, mas atingindo isonomicamente a todos que se encontrem na mesma situação e mediante um esquema organizado, planejado, sistematizado e inserido na política pública estatal.

A atuação do Judiciário nas ações individuais, ao invés de promover a saúde, muitas vezes acaba por provocar uma injusta distribuição de recursos, quando não de maneira ineficaz e perigosa para o próprio doente. Por exemplo, determinação de fornecimento de remédio sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA<sup>341</sup>, ou seja, sem que se tenha testado a eficácia e a segurança do medicamento que lhe foi receitado.

Conforme se extrai do ensinamento de José Reinaldo Lopes, quando concede medicamentos, o Judiciário acaba exercendo uma justiça distributiva<sup>342</sup>, que diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns que não deveriam ser definidas para um só caso, pois há o ar de injustiça nas decisões judiciais que contrariam as regras geralmente

---

<sup>340</sup> Decisão proferida no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 91 em 26 fev., 2007, disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, acesso em 28 jan. 2008.

<sup>341</sup> À ANVISA dentre outras atribuições incumbe a regulação, controle e fiscalização dos produtos que impliquem riscos à saúde pública, nelas incluída a aprovação de novos medicamentos após verificação de eficácia e segurança.

<sup>342</sup> Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, a justiça distributiva diz respeito ao bem comum e destaca que os temas que têm chegado ao Judiciário, ainda quando se apresentem alguns réus determinados (Estado, agência governamental, federação de patrões...), no mais das vezes dizem respeito à organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado. É neste momento que o Judiciário passa a enfrentar a dificuldade que é a discussão judicial e política sobre o signo de confronto de valores, interesses e atores individuais (ainda quando representados por sindicatos e corporações), quando uma política pública (industrial, regime de importações, educacional, de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referência plurilateral, e as disputas devem girar em torno de um bem comum, que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação, por se tratar de discussão de questões que nem o sistema representativo brasileiro, nem a sociedade têm conseguido resolver. *Direitos Sociais - Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 126-128.



estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça de que todos que pertencem à mesma classe devem ser tratados igualmente. Como o Judiciário só age se for provocado, de regra suas decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação e, assim, as decisões que visam a fazer a justiça distributiva acabam gerando tratamento desigual.<sup>343</sup>

Verifica-se que os julgamentos são realizados como se tratassem de direitos subjetivos individuais privados e não um direito social proveniente de recursos destinados a toda a população. Ora, o direito é eminentemente social, e, no caso da saúde, esta é garantida pelo Estado e pertencente a todos, motivo porque a análise não deveria ser feita sob a ótica privada. Salienta José Reinaldo Lopes que esta situação ocorre porque:

[...] a doutrina constitucional brasileira ainda está baseada no conceito de direito subjetivo individual e no Brasil não incorpora jamais o problema central de um regime democrático, qual seja o da universalidade, da simultaneidade do gozo e da isonomia abstrata e universal. Com isto, como já foi dito, não é difícil ver o desvio da proteção constitucional democrática converter-se em concessão de privilégios.<sup>344</sup>

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, colacionado por D. Enrique Ruiz Vadillo<sup>345</sup>, em artigo que trata do direito sanitário e o seu marco constitucional, de que a garantia de uniformidade das condições básicas no exercício dos direitos, a unidade de mercado e a afetação dos interesses que excedem o âmbito individual são limites que devem ser observados. (tradução livre)

A própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, estabelece a necessidade de o juiz, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige, bem como às exigências do bem comum.<sup>346</sup> E acredita-se que a concessão de medicamentos pela via judicial, numa análise que leve em consideração a sociedade que será atingida pela decisão, ao contrário do que se possa supor, não atende aos fins sociais a que o SUS se dirige.

<sup>343</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 132-133.

<sup>344</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais...*, p. 256.

<sup>345</sup> O autor é Magistrado do Tribunal Constitucional Espanhol. Texto original: “La garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de los intereses que exceden del ámbito autonómico son límites que deben tenerse presentes”, decisões do SSTC 71/1.982, de 30 de novembro. Em el mismo sentido STC 69/1.988, de 19 de abril. VADILLO, Enrique Ruiz. *El derecho sanitario y su Marco Constitucional. Lecciones de Derecho Sanitario*, vol. 47. SÁNCHEZ, Miguel Juane (Coord.). Coruña: Universidade da Coruña, 1999, p. 16.

<sup>346</sup> Também nesse sentido o artigo 6º do ECA; artigo 4º da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 ago. 2006); art. 44, da Lei do Idoso (Lei 10.741, de 01 out. 2003).

Ao analisar os pleitos referentes a medicamentos, deveria o Poder Judiciário verificar se existe política pública desenvolvida para a enfermidade e, em existindo, analisar a forma em que ocorre a dispensação do medicamento ou tratamento. Se constatado que, embora exista política pública prevendo o fornecimento do medicamento pretendido há injustificada recusa, deve o Judiciário impor o cumprimento do que já resta estabelecido.

Do contrário, não se tratando de medicamento ou tratamento dispensado pelo Poder Público, deve ser investigada a causa da omissão: inexistência de protocolo clínico<sup>347</sup> prevendo o medicamento, medicamento sem registro na ANVISA, medicamento com finalidade diversa da aprovada na ANVISA, existência de medicamento genérico ou similar, etc. e, após análise da situação específica da ação, proferir a decisão.

As ações judiciais propostas demonstram que as Políticas Públicas de Saúde existentes, especialmente no concernente à assistência farmacêutica, são desconhecidas não só da população em geral, como também dos membros do Poder Judiciário.<sup>348</sup>

Afora isso, não é de se ignorar que o grande número de ações judiciais demonstra que a assistência farmacêutica não tem atendido as necessidades da população. O fato deve ser objeto de investigação, para aferição quanto aos pontos em que apresenta deficiência, se na distribuição, se no dimensionamento das necessidades de compra, ou se na necessidade de atualização da relação de medicamentos, com aqueles novos que não possuam similares e que apresentem avanço, eficácia e segurança em relação aos existentes.

É importante que o rol dos medicamentos que compõem a assistência médica seja constantemente avaliado, assim como os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, com a devida informação da população e do Judiciário das regras existentes e válidas para toda a população.

Já o Secretário de Saúde de São Paulo, Luiz Roberto Barradas Barata<sup>349</sup>, defende que se faz necessária a efetiva regulação da Assistência Farmacêutica, pois:

---

<sup>347</sup> Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas aprovados pelo Ministério da Saúde estabelecem os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos, bem como estabelecem mecanismos de acompanhamento de uso e de avaliação de resultados, garantindo assim uma prescrição segura e eficaz. Informação extraída do site <[http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05\\_protocolos.pdf](http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf)>, acesso em 28 jun., 2007.

<sup>348</sup> Cf. reportagem, o direito à saúde é universal e integral, mas, nas palavras do advogado Carlos Eduardo Valdejão, 'São poucas pessoas que conhecem esse direito' e 'Quando sabem, acham que existem critérios na distinção entre os cidadãos. Não há. O direito é absoluto'. Diz a reportagem que o direito à saúde foi tema de cartilha distribuída pelo Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC, com o título "O SUS Pode ser o seu Melhor Plano de Saúde". (WESTIN, Ricardo. Os sem-remédio recorrem à Justiça. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 5 fev. 2006, p.A22)

Já tarda no país uma discussão em torno da regulamentação constitucional da assistência farmacêutica gratuita. Obviamente, o poder público não deve se furtar de fornecer medicamentos, pois isso seria inadmissível. Mas a regulamentação, com uma lista criteriosa, ampla e com protocolos definidos, é o melhor e mais saudável caminho para evitar que alguns sejam privilegiados em detrimento da maioria.<sup>350</sup>

Sem o conhecimento do que é disponível na rede pública de saúde, muitas vezes o Poder Judiciário é acionado desnecessariamente para compelir ao fornecimento de medicamento que já se encontra no rol de dispensação gratuita à população, através do Sistema Único de Saúde.

Conforme ressaltado por Silvia Marques e Sueli Dallari é de suma importância que o direito reconheça as políticas públicas formalizadas como elemento integrante dos direitos sociais e que o sistema jurídico garanta que os indivíduos tenham acesso ao serviço público de assistência farmacêutica ofertado pelo Estado e padronizado pela respectiva política pública.<sup>351</sup> Com a uniformização de critérios para a tutela do direito sanitário, e do acesso aos medicamentos, não haverá a quebra do princípio da isonomia e da universalidade prevista na Constituição Federal.

Portanto, a atuação do Judiciário na questão da saúde pública deve se pautar pela garantia do direito à saúde num patamar mais amplo e igualitário, considerando as consequências para toda a população<sup>352</sup>, sem se furtar de reconhecer a sua responsabilidade na viabilização e efetivação das políticas públicas de saúde, impondo o cumprimento das regras estabelecidas no tocante à assistência farmacêutica, zelando pelo acesso universal e igualitário do direito à saúde a toda a população.

Decisões proferidas descontextualizadas das políticas públicas implementadas, muitas vezes ensejam na aquisição de medicamentos ineficazes e inseguros e, em geral, acabam ensejando na compra de forma urgente, sem licitação, sendo mais oneroso ao erário; isto

---

<sup>349</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas. “Não. Regularizar é o melhor caminho”. Artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”, edição de 17 mar. 2007, p. A 3.

<sup>350</sup> Não obstante a tendência parcial em razão do cargo que o autor ocupa, a manifestação demonstra a preocupação governamental com a questão dos medicamentos.

<sup>351</sup> Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, Fev. 2007, vol. 41, no. 1, p. 101-107.

quando não ocorre de determinado medicamento previamente destinado a um paciente ser deslocado para atendimento judicial imperativo, atrasando o fornecimento ao doente regularmente cadastrado no SUS e impondo um tratamento desigual, com privilégio àquele que ingressou com ação judicial, em detrimento daquele que observou os trâmites administrativos.

Exemplo triste desta situação verificou-se com paciente candidata a transplante de fígado que se encontrava em primeiro lugar na lista, após aguardar vários anos e ter sido finalmente chamada para a realização do procedimento, teve o fígado que lhe era destinado transplantado em outra pessoa (que sequer se encontrava na fila de transplantes) por força de liminar em ação judicial<sup>353</sup>. Em razão disso, não realizou o transplante e acabou sendo excluída da lista, pois após alguns meses o tumor no fígado atingiu tamanho superior ao permitido para ingresso no sistema. Reputando que o prejuízo à saúde foi decorrente da decisão judicial que determinou que o fígado que lhe era destinado fosse transplantado em outra pessoa, ingressou com ação judicial informando que faria transplante pela modalidade *inter vivos*, tendo como doadora sua filha e pleiteou fosse mantida na “fila” de espera do órgão, garantindo-lhe o direito de submeter-se a retransplante, captado de doador cadáver, para a hipótese de intercorrência que prejudicasse o transplante *inter vivos* a que se submeteria.<sup>354</sup> Esta situação bem ilustra os riscos da análise particular da situação médica do indivíduo, sem a devida contextualização e a visão macro do sistema de saúde, incluídas as políticas públicas existentes.

Assim sendo, para uma justa decisão, numa visão que contemple não somente o indivíduo, mas também a sociedade, imprescindível que o comando judicial seja precedido não só da análise do caso concreto, mas da política pública desenvolvida para o atendimento do direito constitucionalmente garantido. Do contrário, o fornecimento de medicamentos, sem amparo em qualquer política pública, acaba por interferir no implemento da mesma, por redundar na necessidade de realocação de recursos para atendimento de dispensação, em

---

<sup>352</sup> De acordo Barradas Barata, Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, “... a Secretaria de Saúde gasta cerca de R\$ 300 milhões por ano para cumprir ações judiciais para distribuição de remédios não padronizados de eficácia e necessidades duvidosas. Com esse valor é possível construir seis hospitais de médio porte por ano, com 200 leitos cada.” (“Não. Regularizar é o melhor caminho”. Artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”, edição de 17 mar. 2007, p. A 3.).

<sup>353</sup> Proc. n. 1708/2006, que tramitou perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba, São Paulo.

<sup>354</sup> Proc. n. 583.53.2007.104412-0, n. de ordem 234/2007, em trâmite na 13ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

detrimento da execução dos programas de governo previamente orçados e planejados, que terão o cumprimento postergado ou inviabilizado.

Tal situação, ao invés de promover um maior atendimento à Saúde, acaba, numa análise mais abrangente, causando dano à saúde pública, principalmente para os mais necessitados, que não têm a opção de se dirigirem à iniciativa privada, através dos diversos planos de saúde, tampouco de adquirir os medicamentos junto aos estabelecimentos privados.

Este entendimento não se dissocia do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser interpretada de acordo e em consonância com o princípio da isonomia, sem se esquecer da meta constitucional de diminuição das desigualdades sociais.

## **5. Os serviços de saúde antes e depois da Constituição Federal de 1988 e as decisões do Poder Judiciário**

Antes da implantação do SUS, pela CF de 1988, verificava-se uma profunda desigualdade no quadro sanitário.

Conforme descrição realizada no discurso proferido por Jairnilson da Silva Paim<sup>355</sup> na 8ª CNS, as políticas sociais do Estado, no que diz respeito à oferta de serviços de saúde, deveriam dispor de uma função compensatória através de uma adequada distribuição dos recursos públicos, o que não ocorria, apesar de intensa presença do Estado no setor sanitário, pois esta era determinada pelas características sociais da clientela. Assim, os segmentos superiores da sociedade podiam comprar os serviços médico-hospitalares a preços do mercado, exercendo a livre escolha de profissionais prestigiados, consumindo a tecnologia de ponta ou recorrendo aos planos de saúde privados. Já, os trabalhadores urbanos e o restante da classe média utilizavam os serviços financiados pela previdência social. Por fim, os trabalhadores rurais e outros grupos sociais inseridos irregularmente no mercado de trabalho eram atendidos através de convênios do FUNRURAL ou eram assistidos precariamente pelos serviços públicos de saúde dos Estados e Municípios.

Prosseguiu aduzindo que, mesmo as iniciativas mais progressistas de universalização do atendimento e de unificação dos serviços, como no caso das Ações Integradas de Saúde

---

<sup>355</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *Direito à Saúde, Cidadania e Estado. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 52.

(AIS), não conseguiram reduzir essa estratificação na estrutura de prestação de serviços de saúde. Desse modo, anotou que as desigualdades nos acessos aos serviços de saúde no Brasil, na época (1986), expressavam-se através da discriminação de clientela, especialmente mediante a exclusão, na cobertura de serviços básicos de saúde, de uma população estimada em mais de 40 milhões de brasileiros.

O que se verifica atualmente é que o SUS não é utilizado pelas camadas mais altas da nossa sociedade, que continuam adquirindo os serviços médico-hospitalares a preço do mercado, com a livre escolha dos profissionais. A classe média, em sua maioria, recorre às diversas modalidades de assistência de saúde privada, através dos diversos planos de saúde postos à sua disposição no mercado. Quem efetivamente continua recorrendo aos serviços públicos de saúde é a população de baixa renda, que não pode arcar com os custos dos serviços privados, e tampouco podem arcar com as mensalidades dos planos privados de saúde.

Se de um lado é inegável que a situação dos hospitais e serviços de saúde públicos experimentou uma substancial melhora desde a época em que foi realizada a 8ª CNS, em 1986, de outro lado, é também inegável que nem a significativa modificação na visão do acesso ao direito à saúde trazida pela nova CF foi suficiente para modificar efetiva e significativamente a qualidade dos serviços de saúde públicos.

Como bem alertou Jairnilson Paim<sup>356</sup>, a democratização da sociedade brasileira requer um Estado moderno, que seja capaz de reorientar a distribuição de bens e serviços, mediante a implementação de políticas econômico-sociais consistentes e articuladas, com a opção por políticas sociais que não reproduzam as desigualdades criadas pela ordem econômica capitalista para, desta forma, elevar à condição de cidadãos os milhões de brasileiros excluídos dos benefícios do desenvolvimento. Este novo Estado deve rejeitar o recurso tentador à assistência social, que na área da saúde reduz-se à mera doação de alimentos, de remédios e de “medicina simplificada”.<sup>357</sup>

Já decorridos quase 20 anos do advento da CF, as modificações perpetradas não conseguiram implantar um direito sanitário amplo, universal e irrestrito a todas as camadas da

---

<sup>356</sup> PAIM, Jairnilson Silva. Direito à Saúde, Cidadania e Estado. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 54.

<sup>357</sup> O próprio Plano Beveridge já afirmava que “libertar o homem da miséria é algo que não pode impor-se à democracia, nem se a ela oferecido, mas que deve ser por ela conquistado”. *Plano Beveridge*. Tradução ANDRADE, Almir de. (Edição integral conforme o texto oficial publicado pelo Governo Britânico). Rio de Janeiro: José Olympio, 1943, p. 458.

população. Não obstante muitas doenças de difícil combate serem tratadas através do SUS, diante do exíguo número de vagas, das constantes greves nos setores públicos de saúde, da incapacidade de atender à demanda a contento, há a necessidade de enfrentar-se longas filas, sendo que o acesso da população aos serviços públicos de saúde é um privilégio de poucos, que em geral não têm outra opção.<sup>358</sup>

Nesse contexto, é possível que a mera dispensação dos medicamentos e tratamentos, ao invés de promover a igualdade buscada na CF, redunde na cristalização da estratificação social, do acesso à saúde. Em verdade, o Judiciário poderia auxiliar de forma mais efetiva na concretização do direito à saúde se a sua provocação fosse no sentido de ampliação de forma igualitária e universal dos serviços de saúde, determinando a adoção de providências políticas que possibilitassem ao sistema público de saúde atender a população de forma mais eficaz.

A mera dispensação de medicamentos pode vir a representar a reprodução das desigualdades existentes em 1986, quando da realização da 8ª CNS. As camadas mais pobres da população continuam a se submeter a filas e à precariedade do tratamento oferecido pelo SUS. A classe média continua a fazer uso dos planos de saúde, mas agora de maneira mais confortável, eis que o que não for coberto pelos planos de saúde, é pleiteado do Poder Público, através de ações judiciais, que determinam o pronto fornecimento, sem formular qualquer questionamento quanto à necessidade, eficácia, regularidade ou segurança do tratamento ou medicamento pleiteado. E a classe alta continua a arcar com os custos de remédio ou tratamento, com a opção de também se socorrerem ao SUS ou ao Poder Judiciário, a fim de que lhe sejam custeados os tratamentos de ponta oferecidos pelos maiores especialistas do país, a que têm acesso.

Assim, a população carente, por não ter condição financeira de adquirir um plano de saúde ou procurar atendimento privado, só pode ser atendida pelo SUS dentro das regras estabelecidas, o que significa que tem direito ao uso de tratamentos e medicamentos padronizados e registrados na Anvisa; ao contrário das classes média e alta, atendidas por serviços particulares ou planos de saúde, que têm acesso gratuito a todos os tipos de medicamentos e tecnologias, bastando se dirigir ao Poder Público através do Judiciário.

Não soa que esta tenha sido a finalidade buscada pelo constituinte quando da edição da nova Carta, ao garantir o direito à saúde de forma universal, pois, na situação descrita, há o

---

<sup>358</sup> Tanto é assim que a universalização do acesso à saúde, não acarretou na diminuição da procura pelos serviços privados de saúde, ao contrário, um aumento tão grande, que ensejou atuação governamental no seu controle, em prol de milhares de consumidores, realizada através da ANS.

acirramento da desigualdade de atendimento, justamente o oposto da meta do ordenamento constitucional, de acesso universal e “igualitário” às ações e serviços de saúde.

Quando a CF fala em acesso igualitário e universal à saúde, deve-se entender que o acesso tem que ser implementado através de políticas públicas, garantindo que todos os recursos médicos, inclusive os farmacêuticos, sejam fornecidos indiscriminadamente a todos os que se encontrem na mesma situação, independente da classe social, condição financeira, local de realização do tratamento, região que resida.

## **6. Influência do Poder Judiciário no incremento e na efetivação das políticas públicas de saúde**

Se por um lado o Judiciário tem concedido sistematicamente a tutela de pleito de medicamentos com base no direito à saúde, por outro lado, é inegável que suas decisões têm grande repercussão financeira e influenciam positivamente na implementação e aprimoramento das políticas públicas de saúde.

Diante do grande número de decisões judiciais ordenando o fornecimento de variados medicamentos, reconheceu-se que as disposições genéricas que regulam a dispensação, oriundas de diversas fontes, nem sempre claras nem objetivas, são fatores que justificam e tornam compreensível a resistência do Poder Judiciário em admiti-las como válidas e eficazes.

Na busca de normatização da dispensação de medicamentos, foi redigido um Anteprojeto de Lei Federal, “objetivando estabelecer procedimento e condições, para o fornecimento de medicamentos à população usuária do Sistema Único de Saúde”. Este Anteprojeto visa à regulação dos Medicamentos Excepcionais, em geral de custo elevado, estabelecendo as formas pelas quais deva ocorrer o fornecimento, buscando-se sanar o vácuo legislativo e tornar mais claras as condições existentes no SUS para a entrega do medicamento, destinados não só para os médicos, mas também para o Judiciário.

O anteprojeto dispõe claramente sobre a necessidade de o medicamento estar vinculado ao Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) relativo à enfermidade do paciente, consignando a expressa responsabilidade financeira da União pela dispensação de medicamento não previsto na tabela de Medicamentos Excepcionais ou sem PCDT. Também



existe a previsão de que nos processos judiciais visando medicamentos excepcionais, a apreciação da liminar seja precedida de manifestação da pessoa jurídica de direito público demandada, no prazo de 72 horas, bem como estabelece os documentos que a inicial deva trazer, quais sejam:

a) prova de cadastramento no SUS, com declaração de recusa de dispensação do medicamento pretendido;

b) receituário em papel timbrado, assinado pelo médico, contendo prescrição do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na falta, pela Denominação Comum Internacional (DCI), com a especificação da apresentação, dosagem e tempo de tratamento;

c) laudo médico justificando a prescrição, com a identificação das evidências científicas constantes do PCDT.

Consta das considerações do Anteprojeto que o mesmo foi formulado em razão da demanda judicial, especialmente dos medicamentos excepcionais, que enseja preocupação em todo o País, consoante se aferiu no Seminário Nacional realizado em 2004, na Cidade de Porto Alegre-RS, promovido pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS).

Também no âmbito do Estado de São Paulo, existem políticas públicas específicas adotadas em razão da demanda judicial, como é o atendimento especializado aos portadores de autismo dentro da saúde pública paulista<sup>359</sup>, decorrente de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo julgada procedente. Em razão desta ação foram criadas instituições públicas especializadas, denominadas Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, que são instituições com abordagem de reinserção psicossocial, familiar e escolar, com enfoques comunitários, integrando ações de promoção, prevenção, recuperação e reabilitação em cada atividade, oferecendo atendimento médico e psicológico às pessoas que sofrem com transtornos mentais severos e persistentes, inclusive autistas.

Da mesma forma, os portadores da Doença de Gaucher de caráter crônico, têm garantido o recebimento do medicamento Imiglucerase, nome comercial Cerezyme, por força de mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Paulista dos Portadores da Doença de Gaucher<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Ação Civil Pública, autos n. 27139/2000, que tramitou perante a 6ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

<sup>360</sup> Proc. N. 025347/2002, que tramitou perante a 11ª. Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Mais recentemente, o ingresso de centenas de ações pleiteando insumos, como agulhas e lancetas, para tratamento de diabetes, obrigou o Estado a agilizar a implementação de política pública para o atendimento da enfermidade, discriminando as competências da esfera estadual e municipal e disponibilizando os insumos pleiteados e insulinas com apresentações que antes não eram fornecidas nas unidades básicas de saúde e postos especificados.

Houve até mesmo uma modificação no sítio da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo<sup>361</sup>, promovida no final de 2006, discriminando no tópico da assistência farmacêutica os medicamentos fornecidos pelo Poder Público, nas variadas modalidades de dispensação, procurando, desta forma, levar ao conhecimento de toda a população os regularmente dispensados, sem a necessidade de se recorrer às instâncias judiciais.

Até mesmo o festejado tratamento dispensado no país aos portadores de HIV, tido como referência em todo o mundo, foi decorrente de ações judiciais, o que é comprovado com a reportagem de Ricardo Westin:

As primeiras conquistas foram conseguidas no início dos anos 90 pelos doentes de aids. Diante das sucessivas vitórias, o governo chegou à conclusão de que seria mais racional criar o Programa Nacional de Aids. Hoje, todos os doentes têm acesso aos anti-retrovirais. Como os remédios passaram a ser comprados em larga escala, o governo consegue preço (*sic*) mais baixos<sup>362</sup>

De acordo com artigo de lavra de Barradas Barata, Secretário da Saúde de São Paulo, cerca de 350 mil pessoas recebem regularmente remédios de dispensação excepcional, os chamados “medicamentos de alto custo”, para doenças específicas e tratamento prolongado, como Aids, esclerose múltipla, hepatite, doença renal crônica, que demandam investimento de R\$ 80 milhões ao mês, sendo que alguns deles custam o equivalente ao valor de um automóvel zero quilometro. O acesso ao programa aumentou, pois em 2003, o programa atendia 100 mil paulistas.<sup>363</sup>

Nota-se que, cada vez mais, o direito à saúde vem sendo incorporado pela população, que busca o atendimento por parte do Poder Público; o que é louvável, pois demonstra a conscientização do povo do direito que lhe é constitucionalmente garantido. No entanto, em

---

<sup>361</sup> O site da Secretaria da Saúde é <www.saúde.sp.gov.br> e a inclusão das informações foi decorrente também do fato de vários dos medicamentos pleiteados nas ações judiciais já constarem no rol de dispensação gratuita.

<sup>362</sup> WESTIN, Ricardo. Os sem-remédio recorrem à Justiça. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 5 de fev. 2006, p. A22.

<sup>363</sup> BARATA, Luiz Roberto Barradas. “Não. Regulamentar é o melhor caminho”. Artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”, publicado em 17 mar. 2007, p. A 3.

contrapartida, há a necessidade de destacar maiores recursos financeiros, e até mesmo de recursos materiais e humanos, para o atendimento em razão do aumento da demanda.

Vê-se que os valores envolvidos com medicamentos decorrentes de ordem judicial são elevados e podem interferir na implementação das políticas públicas. Assim, parece que realmente se faz necessária a regulamentação da assistência farmacêutica defendida por Barradas Barata, estabelecendo critérios bem definidos para haja a distribuição igualitária, abrangente, criteriosa e com protocolos definidos.

Aliado a isso, deve o Poder Judiciário reconhecer a sua responsabilidade na viabilização das políticas públicas de saúde, impondo o cumprimento das regras estabelecidas no tocante à assistência farmacêutica, zelando pelo acesso universal e igualitário do direito à saúde a toda a população.

Essas situações demonstram que as ações judiciais, em muitos casos, têm atuado de forma positiva, provocando a agilização das políticas públicas e também uma regulamentação no tocante à assistência farmacêutica; e que elas costumam ser mais efetivas se demandadas da forma coletiva, por atingirem grupos de população, possibilitando um tratamento mais igualitário.

## VI – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A POLÍTICA ACIONAL DE CONSUMO EM MATÉRIA DE SAÚDE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1. O Código de Defesa do Consumidor

As transformações havidas no processo produtivo desde a revolução industrial na segunda metade do século XVIII e, principalmente, com a revolução tecnológica, fenômeno decorrente do grande desenvolvimento técnico alcançado no período pós II Guerra Mundial, ocasionaram uma profunda alteração nas relações de consumo. A produção caracterizada pela elaboração artesanal de produtos e restrita ao âmbito familiar, passou a ser uma exceção, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, fulminando com o relativo equilíbrio existente entre as partes.

Essa nova configuração do mercado baseada na produção em massa, pelo domínio do crédito, marketing e práticas comerciais abusivas colocou o consumidor numa situação de extrema precariedade frente aos agentes econômicos, impondo-se uma transformação ou amenização deste sistema predatório.<sup>364</sup>

Diante dessa conjuntura percebeu-se que o consumidor estava desprotegido, necessitando de uma proteção legal, sendo utópica a possibilidade de autocomposição entre os integrantes das relações de consumo sem a intervenção estatal. Baseado nessa vulnerabilidade do consumidor, iniciou-se um movimento no âmbito internacional com o intuito de

---

<sup>364</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8<sup>ª</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 6.

reequilibrar as relações entre consumidores e produtores. No ano de 1985 a ONU pela resolução 39/248 reconheceu expressamente que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e de poder aquisitivo.

No Brasil, a CF de 1988 alçou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"), ao princípio da ordem econômica e previu no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Visualiza-se, assim, a vulnerabilidade do consumidor como fundamento dessa nova disciplina jurídica e através do CDC busca-se a proteção integral, sistemática e dinâmica, com o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam os pertinentes aos produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*.<sup>365</sup>

E, sendo esta vulnerabilidade ensejadora do advento do CDC, este veio para reequilibrar a relação de consumo, ora reforçando, quando possível a posição do consumidor, ora proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

As regras constantes na Lei n. 8.089 (CDC) são de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, sendo prevalente sobre todas as leis ou normas anteriores que com ela colidirem.<sup>366</sup>

Sendo a prestação de serviços de saúde um direito de natureza difusa, a mesma insere-se na categoria de bem de consumo, na medida em que pela população são "consumidos" serviços médicos, medicamentos, sendo justamente por isso, regulados e protegidos pelo Estado, também sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.<sup>367</sup> Nesse diapasão, a Lei 8.078/90, em diversos artigos, refere-se de forma expressa aos serviços de saúde, deixando claro que a legislação consumerista pode incidir sobre eles.

---

<sup>365</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Ibidem.*, p. 7.

<sup>366</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Direito material. (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 72.

<sup>367</sup> A Lei 8.078/90 é conhecida como Código de Defesa do Consumidor e tem essa nomenclatura dupla explicada por Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Dizem que o constituinte adotou a concepção de Código, mas na sua tramitação, o *lobby* dos empresários buscou por meio de manobra procedimental, impedir a votação do texto na legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, seria necessário respeitar um *iter* legislativo formal que não havia sido observado; o que foi contra-argumentado de que aquilo que a Constituição chamava de Código, assim não o era, e o Código foi votado com a nomeação de Lei. Alertam os autores que não obstante esta denominação, na realidade trata-se e um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático, tanto que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 8-9.

Antes de aprofundarmos no aspecto da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de saúde prestados pelo Estado através do SUS, relevante apontar algumas características deste chamado microsistema de defesa do consumidor.

Leciona José Carlos Maldonado de Carvalho que a Lei 8.078, de 11/09/1990, pela coerência e homogeneidade de seus fundamentos, é dotada de total autonomia, o que dá a certeza sobre sua natureza jurídica de legislação codificada. Diz que inspirado no Direito comunitário europeu, em especial nas Diretivas e nas legislações de Portugal e Alemanha, o CDC, em razão do seu caráter multidisciplinar, em alguns casos modifica e em outros apenas atualiza determinados instrumentos jurídicos, criando, assim, um verdadeiro microsistema jurídico.<sup>368</sup>

O próprio CDC estabelece, já no artigo 1º, que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, de forma que é permitido ao julgador conhecer de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, não se operando sobre ela o efeito da preclusão.<sup>369</sup>

Em seguida, no artigo 2º, vem o conceito de consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Sustenta Filomeno que o conceito adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, levando-se em conta tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que age desta forma para atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial. Acrescenta que um traço marcante da conceituação de ‘consumidor’ é a perspectiva de considerá-lo como vulnerável.<sup>370</sup>

No parágrafo único do artigo 2º consta que é equiparado a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Aqui, o que se tem em mira é a universalidade de consumidores, sobretudo os indeterminados e que tenham intervindo em dada relação de consumo, como é exemplo a classe dos interesses difusos, definida no artigo 81, inciso I, do CDC como “os transindividuais, de natureza

---

<sup>368</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor*. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 5.

<sup>369</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor...*, p. 4.

<sup>370</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 27-31.

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.<sup>371</sup>

Esses interesses seriam detectados na honestidade da propaganda comercial, na proscricção de alimentos e medicamentos nocivos à saúde, na adoção de medidas e segurança para os produtos perigosos etc.

Já no artigo seguinte (art. 3º.), nos é apresentada a definição de fornecedor, definido como:

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Verifica-se que a definição de fornecedor é bastante genérica, nele se incluindo todas as pessoas que de alguma forma tenham participado desde o início do processo de produção até a disponibilização do produto ou serviço no mercado. Da generalidade da definição de fornecedor, extrai-se que são assim considerados todos os que propiciarem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, para atendimento das necessidades dos consumidores.<sup>372</sup>

Destaca José Geraldo Filomeno que as relações de consumo nada mais são que relações jurídicas, de onde se pressupõe dois pólos de interesses: o consumidor-fornecedor e a

<sup>371</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 38-39.

<sup>372</sup> Ronaldo Porto Macedo Jr. noticia que uma das formulações mais influentes na área consumerista refere-se ao conceito de justiça distributiva, diante da idéia de que é possível e desejável realizar uma distribuição de riquezas e oportunidades através do acesso equitativo a serviços como saúde e educação; e o direito do consumidor poderia ser visto como uma tentativa de redistribuir poder e recursos dos fornecedores para os consumidores. O próprio autor refuta esta idéia, apontando dentre outros os problemas de representatividade, citando que diversos aspectos do *Welfare State*, especialmente relacionados à educação e serviços de saúde, beneficiaram primordialmente os grupos de renda média, em detrimento dos grupos de baixa renda, usualmente menos representados e organizados. Sustenta que é razoável supor que o mesmo tenha ocorrido no Brasil, de que seriam exemplos os gastos sociais com medicina curativa em detrimento da medicina preventiva e maior volume de recursos destinado ao ensino universitário em detrimento do ensino básico, inversões que favorecem os setores da classe média, em prejuízo dos grupos economicamente mais fracos e vulneráveis. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 292-299.

coisa, objeto desses interesses, que no CDC são produtos e serviços.<sup>373</sup> O produto deve ser entendido como “bens” e “é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final”. Serviços são as atividades fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração, exceto as decorrentes das relações de caráter trabalhista, de forma que estão excluídos os serviços remunerados através de tributos.<sup>374</sup>

Ronaldo Porto Macedo Jr. sustenta que a “proteção do consumidor pode ser vista como um mecanismo para o fortalecimento da segurança nas transações de mercado e fornecer fontes para o desenvolvimento de normas sociais de confiança e certeza”, de que seriam exemplos os dispositivos do CDC sobre o compromisso do fornecedor com a informação prestada e com a oferta apresentada ou naquilo que o direito contratual neoclássico costuma denominar como dever de lealdade e dever de cooperação.<sup>375</sup>

Ou seja, o CDC, além do inequívoco objetivo de proteção do consumidor, visa garantir a proteção e a segurança das transações de mercado, que estaria seriamente ameaçado se os consumidores não mais tivessem a confiança e a certeza de segurança dos produtos e serviços consumidos. Exemplo dessa insegurança é o recente episódio de descoberta de adição de soda cáustica e água oxigenada nos leites comercializados na embalagem longa vida, visando acobertar a adição de água nos produtos.<sup>376</sup> A situação causou um pânico e temor generalizado, que acarretou na drástica diminuição do consumo e desconfiança do mercado nos leites comercializados nessa embalagem, sendo que várias pessoas deixaram de consumir o produto essencial para a nutrição, com temor de dano à saúde.<sup>377</sup>

Isso demonstra que a proteção e a segurança das transações e dos produtos existentes no mercado são imprescindíveis para a harmonia do mercado, ensejando benefícios tanto para o consumidor como para o fornecedor.

---

<sup>373</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 46-47.

<sup>374</sup> *Idem*, p. 48-49.

<sup>375</sup> *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 302.

<sup>376</sup> MICHAEL, Andrea; SILVA, Luisa Alcântara e; SOLANO, Pablo. Soda é misturada ao leite há 2 anos, dizem funcionários, *Folha de São Paulo*, edição de 25/10/2007, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u339611.shtml>>, acesso em 02 fev., 2008.

<sup>377</sup> JUNIOR, Cirilo. Adulteração do leite diminui demanda e preço cai ainda mais, diz IBGE. *Folha de São Paulo*, edição de 07/11/2007, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u343468.shtml>>, acesso em: 02 fev. 2008.



## 2. Política nacional de relações de consumo do código de defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor

O CDC, visando à harmonia do mercado e das relações de consumo, destaca um capítulo concernente à Política Nacional de Relações de Consumo aonde, ao mesmo tempo em que demonstra a preocupação com o atendimento das necessidades básicas do consumidor, como o respeito à sua dignidade, saúde, segurança e seus interesses econômicos, com vistas à melhoria da sua qualidade de vida; também objetiva a pacificação das relações de consumo, através de atendimento de requisitos como as boas relações comerciais, proteção da livre concorrência, livre mercado, tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade.<sup>378</sup>

No artigo 4º do CDC estão definidos o objetivo e os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, que são o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência<sup>379</sup> e harmonia das relações de consumo; que deve ser atendido através de princípios vários, dentre os quais sobressaem: a) reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor<sup>380</sup>; b) ação governamental no sentido de proteger eficazmente o consumidor garantindo produtos e serviços com qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º, II, “d”); c) coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (art. 4º, VI); d) racionalização e melhoria dos serviços públicos.

---

<sup>378</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 60-61.

<sup>379</sup> O princípio da transparência se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos (complementado pelo dever de informar do artigo 5º., III) e, também, gera no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo (artigo 46). NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 105

<sup>380</sup> Diz Rizzato Nunes que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é a primeira medida de realização da isonomia garantida pela Constituição Federal, por ser ele a parte fraca da relação jurídica de consumo. Esta fraqueza é real e concreta, decorrendo de aspectos de ordem técnica (ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor, bem como a decisão da maneira de produzir) e de cunho econômico (concernente à maior capacidade econômica do fornecedor em relação ao consumidor). *Comentários ao Código de Defesa...*, p. 106.

Toshio Mukai critica o fato de a norma ditar estes princípios sem estabelecer uma sanção, apontando que isto a torna ineficaz.<sup>381</sup> Acredita, no entanto, que esse fato não os tornam inócuos, por se tratarem de princípios, que se prestam a estabelecer uma diretriz no momento de interpretação das demais normas constantes no CDC.

Assim, é justamente calcado no primeiro desses princípios, qual seja, a da vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo que este é a parte mais fraca e vulnerável na relação de consumo, que nos dispositivos seguintes do Código constatam-se alguns direitos básicos do consumidor referentes à facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, como a possibilidade de ter a inversão do ônus da prova decretada pelo juiz e o estabelecimento da responsabilidade objetiva.

No subsequente artigo 5º, estão relacionados alguns dos instrumentos para a execução e garantia destes princípios e objetivos estabelecidos no artigo precedente, visando à facilitação do acesso às instâncias legais, na busca da defesa de consumidores que sejam lesados em atos de consumo.

Compete ao poder público manter a assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente; instituir Promotorias de Defesa do Consumidor; criar delegacias de polícia especializadas para atendimento de consumidores lesados; criar juizados especiais de pequenas causas e varas especializadas para solução de litígios de consumo; e promover estímulos à criação e desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor.

Na opinião de Rizzato Nunes, cabe-lhe também regular o mercado<sup>382</sup>, nele atuando quando não houver atuação da iniciativa privada, intervindo quando houver distorções e zelando pela qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos oferecidos no mercado.<sup>383</sup>

Como bem lembra José Geraldo Brito Filomeno<sup>384</sup>, os princípios estabelecidos no art. 4º, do CDC, são comandos dirigidos à sociedade em geral, buscando a harmonia entre os consumidores e fornecedores, ao mesmo tempo em que se preocupam com o atendimento das

---

<sup>381</sup> MUKAI, Toshio. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11-12.

<sup>382</sup> Cf. Rizzato Nunes, verificada a necessidade de terminado produto ou serviço ao consumidor, justifica-se até mesmo a intervenção do Estado no domínio econômico para o suprimento desta necessidade, citando como exemplo casos de medicamentos únicos para doenças graves nos serviços públicos, ou até mesmo de aumento exagerado de preços impedindo o suprimento do consumidor. (*Comentários ao Código de...*, p. 104)

<sup>383</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de...*, p. 63.

<sup>384</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 59-61.

necessidades básicas dos consumidores, como o respeito à sua dignidade, saúde, segurança e seus interesses econômicos, buscando a melhoria da sua qualidade de vida; também estabelecem as boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, programas de qualidade e produtividade e várias outras medidas, tudo em prol de um harmonioso relacionamento entre consumidores e fornecedores.

Ou seja, não se destinam somente à proteção do consumidor, incluindo também a definição do papel dos fornecedores na formulação da política de relações de consumo, pois busca-se a harmonia nessas relações.

Os instrumentos a serem utilizados para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo dizem respeito às políticas públicas estatais, guardando uma relação com os comandos do artigo 4º do CDC, dirigidos aos governos, tais como, ação governamental no sentido de proteger o consumidor (inciso II), que poderá ser por:

- a) iniciativa direta;
- b) por incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) por meio da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;
- e) coibição e repressão eficiente dos abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal; e,
- f) racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Esses comandos têm sua origem nas Diretrizes para a Proteção do Consumidor das Nações Unidas, aprovadas pela resolução de nº 39/248 na Assembléia Geral de 9 de abril de 1985, que previa sob a forma de diretrizes gerais para a proteção do consumidor. Na elaboração dessa resolução, levou-se particularmente em conta os interesses e necessidades dos consumidores de todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento, reconhecendo que os consumidores freqüentemente enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais, jogo de forças e o direito que de ter ao acesso a produtos seguros.

As diretrizes arroladas na Resolução têm como objetivo:

- a) ajudar os países a alcançar ou manter uma proteção adequada à sua população como consumidores;
- b) facilitar a produção e distribuição de padrões de respostas para as necessidades e desejos de consumidores;
- c) encorajar níveis altos de conduta ética por aqueles encarregados da produção e distribuição de mercadorias e serviços para os consumidores;
- d) ajudar os países a coibir práticas comerciais abusivas em todos negócios nos níveis nacionais e internacionais que adversamente afetem os consumidores;
- e) facilitar o desenvolvimento de grupos de consumidores independentes;
- f) incentivar a cooperação internacional no campo de proteção ao consumidor;
- g) encorajar o desenvolvimento de condições de mercado as quais proporcionem aos consumidores uma maior opção de escolha a preços mais baixos.

Dentre os princípios gerais expressos na Resolução, vale destacar o compromisso dos Estados-Membros de desenvolverem, fortalecerem ou manterem uma forte política de proteção ao consumidor. Assim fazendo, cada governo deverá estabelecer como suas prioridades próprias para a proteção dos consumidores, as circunstâncias econômicas e sociais do país, e as necessidades de sua população, suportando os custos e benefícios visados com as medidas propostas.

Também vale destacar o compromisso dos governos em proporcionar ou manter uma infra-estrutura adequada ao desenvolvimento, além da implementação e monitoramento de políticas de proteção ao consumidor, tendo-se especial cuidado em assegurar que as medidas para proteção ao consumidor sejam implementadas em benefício de todos os setores da população, particularmente a população rural.

As necessidades dos consumidores, as quais essas diretrizes pretendem alcançar, são as seguintes:

- a) proteção dos consumidores contra perigos para sua saúde e segurança;
- b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) acesso dos consumidores à informação adequada que os habilitem a fazerem escolhas conscientes, conforme seus desejos e necessidades individuais;
- d) educação do consumidor;

- e) disponibilidade de assistência técnica eficaz ao consumidor;
- f) liberdade para organizar associações de consumidores e outros grupos ou organizações relevantes, e a oportunidade de tais organizações apresentarem suas visões em decisões que possam afetá-las.

Além disso, alerta Rizzato Nunes que não devemos nos esquecer que esses princípios são antecedidos pelos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da justiça, solidariedade, da isonomia, do direito à vida, da publicidade, da eficiência etc., que se completam com os princípios estabelecidos nos artigos 6º e 7º, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>385</sup>

Já o artigo 6º estabelece os direitos tidos como básicos do consumidor, que são:

a) proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Esses direitos se encontram em consonância com a intangibilidade da dignidade da pessoa humana estabelecida na CF<sup>386</sup>. Se os riscos de causarem danos forem elevados, compete ao fornecedor retirar os produtos ou serviços do mercado, comunicar as autoridades competentes a respeito dos riscos e reparar os danos eventualmente causados pelos mesmos;<sup>387</sup>

b) educação e divulgação sobre o consumo adequado, assegurando-lhe a liberdade de escolha e igualdade nas contratações. Ensina José Geraldo Filomeno que a educação deve ser encarada sob dois aspectos, a “formal”, disponibilizada através de cursos desde o ensino fundamental e a “informal”, de responsabilidade dos próprios fornecedores, que devem informar o consumidor sobre as características dos produtos e serviços colocados no mercado.<sup>388</sup> A liberdade de escolha está bastante relacionada com a devida informação que lhes permita efetivamente realizar a escolha do que lhe seja mais adequado.

Também não é possível estabelecer critérios diferenciadores entre os diversos consumidores que se encontrem na mesma situação, exceto se para conceder privilégios a pessoas que necessitem de proteção especial, como o idoso, a gestante, os portadores de deficiência e as crianças, em aplicação do princípio da isonomia material.<sup>389</sup>

<sup>385</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários...*, p. 104.

<sup>386</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código...*, p. 113.

<sup>387</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa...*, p. 137.

<sup>388</sup> *Idem*, p. 137-138.

<sup>389</sup> Compartilha desse entendimento: NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários...*, p. 113.

c) informação adequada e clara sobre produtos e serviços, especificando-se corretamente o produto e suas características, além dos riscos que apresentam. Conforme dito acima, somente com a correta e completa informação sobre o que está sendo oferecido pelo mercado, o consumidor terá possibilidade de fazer a escolha que melhor lhe atenda em suas necessidades ou até mesmo desistir da escolha, se verificada a sua desnecessidade.

d) proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Esse direito se relaciona diretamente com a boa-fé que deve ocorrer nas relações jurídicas em geral, encontrando-se prevista até mesmo no atual Código Civil. Diz Filomeno que, em consonância com esse direito, o CDC a partir do art. 30, quando trata da oferta, atribui-lhe o caráter “vinculativo”, de maneira que tudo o que se referir a respeito de determinado produto ou serviço deve corresponder à expectativa despertada ao público consumidor.<sup>390</sup>

e) modificação de cláusulas contratuais abusivas e possibilidade de revisão das mesmas em razão de fatos supervenientes que os tornem onerosos. Decorrente da boa-fé em que devem ser realizados os atos de consumo, o próprio CDC estabelece nos artigos 51 a 53, de forma exemplificativa, as cláusulas tidas como abusivas, reputando-as nulas de pleno direito; além disso, o artigo 47 estabelece que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, o que é possível ser aplicado de pronto em cláusulas obscuras ou polissêmicas.

No tocante à possibilidade de revisão, Rizzato Nunes sustenta que este direito encontra fundamento nos princípios da boa-fé, equilíbrio contratual, vulnerabilidade do consumidor, que decorrem da isonomia constitucional; não se caracterizando em cláusula *rebus sic stantibus*, pois a possibilidade existe em razão de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos.<sup>391</sup>

f) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e acesso aos órgãos judiciários e administrativos para preveni-los ou repará-los, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. A prevenção dos

---

<sup>390</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa...*, p. 139.

<sup>391</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários...*, p. 117-118.

Em sentido contrário, José Geraldo Brito Filomeno sustenta que nos contratos de consumo adota-se a cláusula *rebus sic stantibus*, de forma implícita, que pode ser apontada sempre que nos contratos houver imposição de obrigações iníquas ou excessivamente onerosas (*Código Brasileiro de Defesa...*, p. 140).

danos compete principalmente ao fornecedor e ao poder público, que deve ficar atento aos produtos e serviços colocados no mercado, impedindo o ingresso dos mesmos no mercado ou determinando a saída deles sempre que se mostrarem perigosos ou deletérios para o consumidor.<sup>392</sup>

Entende que quando foi afirmado que deve haver a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, não é possível interpretar no sentido de que a reparação restringe-se a estes danos, mormente porque hodiernamente outros danos são conhecidos pela norma e pela jurisprudência, como é o caso dos danos estéticos e à imagem. Numa interpretação integradora do CDC, com os demais dispositivos legais, inegavelmente todas as modalidades de danos estão amparados por este microssistema, devendo ser prevenidos e reparados.

g) facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Daqui se vê que é garantido de forma ampla o acesso aos órgãos judiciais e administrativos, tendo sido até mesmo retirados eventuais óbices de natureza financeira ou técnica, ao possibilitar a inversão do ônus probatório em favor do consumidor, quando comprovada a verossimilhança da alegação e o mesmo for hipossuficiente.

De se apontar que nem sempre será necessária a inversão do ônus da prova, na medida em que o próprio CDC estabelece algumas situações<sup>393</sup> em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, competindo ao consumidor tão somente comprovar o nexo causal entre o produto ou o serviço, a ocorrência do evento propiciador do dano e o dano para obter a sua reparação.

Quanto à expressão “critério do juiz”, a doutrina tem entendido que aqui não há poder discricionário do magistrado, de forma que em se verificando a verossimilhança da alegação

---

<sup>392</sup> Poderíamos imaginar que neste caso, competiria ao poder público extirpar do mercado a utilização de bebidas alcoólicas ou do tabaco, já que são produtos que comprovadamente têm aptidão para provocar danos à saúde da população. No entanto, toda norma decorre da sociedade e, no caso hábito do fumo e da bebida, decorrem de costumes sociais arraigados na sociedade desde longa data e não são tidos como produtos ilegais pela sociedade e conseqüentemente, pela norma pátria. Tal não impede que o poder público imponha restrições na utilização dos mesmos, como a proibição de fumo em ambientes fechados ou de dirigir alcoolizado e até mesmo fiscalize a qualidade desses produtos, dentro dos critérios existentes, determinando-se, por exemplo, a retirada do mercado de bebida alcoólica adulterada com adição de metanol, que tem o potencial de causar um efeito não esperado, como uma intoxicação, cegueira e até mesmo a morte.

<sup>393</sup> Exemplos dessa situação é a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço (art. 12 a 14), a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço (arts. 18, 19, 20, 21, 23 e 24).

ou apontada a hipossuficiência do consumidor, o mesmo “deve” determinar a inversão do ônus probatório em favor do consumidor. O vocábulo “ou” significa que não há necessidade do preenchimento das duas situações, basta a comprovação da hipossuficiência técnica do consumidor ou a demonstração da verossimilhança da alegação para que o juiz inverta o ônus probatório.

A verossimilhança deve significar elementos sólidos, que aparente ser a expressão da verdade real; e a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência e deve ser entendida no sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento, dos vários aspectos referentes ao produto ou ao serviço.<sup>394</sup>

Quanto ao momento da inversão do ônus probatório, a questão não é pacífica, existindo divergência doutrinária. Alguns autores entendem que seria no momento do julgamento da causa;<sup>395</sup> outros sustentam que a definição deveria vir antes do julgamento, num momento a partir da propositura da ação ou da resposta até o despacho saneador.<sup>396</sup>

A inversão do ônus da prova é importante tão-somente se por ocasião do julgamento, a pessoa a quem competia a comprovação dos fatos alegados não lograr êxito no intento. Assim, somente no caso de dúvida ou não comprovação dos fatos, a decisão será proferida de forma desfavorável à pessoa a quem competia provar o fato. Se competir ao autor, a ação será julgada improcedente; se ao réu, procedente. Portanto, a regra em nada prejudica a quem compete o ônus probatório se este conseguir demonstrar os fatos que lhe favorecem, pois o juiz deve proferir o julgamento de acordo com os fatos apontados e neste caso; se estes forem comprovados e não existirem dúvidas, deve proferir a decisão considerando as provas realizadas.

---

<sup>394</sup> De forma diversa, sustentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que a hipossuficiência referida no dispositivo legal “respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito”. (*Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 914).

<sup>395</sup> WATANABE, Kazuo (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores...*, p. 796; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 914.

Também neste sentido, entendendo que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é regra de julgamento, a decisão proferida no Recurso Especial n. 422.778-SP, rel. Min. Castro Filho, rel. para acórdão, Min. Nancy Andrighi. Recurso não conhecido por maioria de votos. Julgamento em 19 jun. 2007.

<sup>396</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários...*, p. 124-125; ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 80; MORAIS, Voltaire de Lima. *Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista do Consumidor*, vol. 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, jul.-set.



Em razão disso, não obstante existam opiniões em sentido contrário, entendo que o mais razoável é que a inversão do ônus da prova ocorra a partir do recebimento da inicial até o momento da prolação do despacho saneador, pois apesar de tratar-se de critério a ser aplicado no momento do julgamento, é importante que as partes saibam previamente sobre a quem recai o ônus probatório e a partir daí estabelecer as estratégias no processo. Do contrário, acredita que estará sendo violado o princípio da ampla defesa e do contraditório, se a parte for surpreendida, quando da prolação da sentença, de que houve ou não houve a inversão do ônus probatório. Tal se faz ainda mais evidente porque a regra da inversão do ônus probatório não se aplica automaticamente, dependendo do preenchimento das condições estabelecidas no CDC: Hipossuficiência ou verossimilhança das alegações da parte consumidora.

h) adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Este direito parece óbvio, pois decorre do próprio artigo 37 da CF que a Administração Pública deve observar princípios vários, dentre os quais se inclui o da eficiência, que se traduz exatamente na necessidade de que os serviços sejam prestados de forma adequada e eficaz.

Já no artigo 7º, estabelece que os direitos deste Código não excluem outros que se encontrem em normas diversas ou que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Explica Filomeno que o CDC é um microsistema jurídico, por conviver com outros institutos já preexistentes e encerrados nos corpos de outras normas, e por criar enfoque próprio e aperfeiçoar outros institutos jurídicos, como no caso dos vícios redibitórios, responsabilidade civil, teoria geral dos contratos e tutela coletiva dos consumidores.<sup>397</sup>

O parágrafo único do artigo 7º estabelece que “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. E, sendo objetiva a responsabilidade, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação no mercado.

Estabelecidas as principais características da Política Nacional do Consumo e os direitos básicos do consumidor, cabe agora assuntar quanto à atuação estatal nas relações de consumo.

---

<sup>397</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa...*, p. 157.

### 3. Atuação Estatal na Política Nacional de Relações de Consumo

Inarredável a inteira aplicação do disposto nos artigos 4º e 102, do CDC, que impõem a atuação estatal para impedir o uso e consumo de mercadorias e produtos que se revelem nocivos ou perigosos à saúde pública e à incolumidade pessoal. A aplicação desses dispositivos legais independe do fato de considerarmos se a prestação estatal de serviços de saúde se caracteriza ou não como relação consumerista, pois concernem ao dever estatal de oferecer segurança à população quanto aos produtos e serviços disponibilizados no mercado.

No âmbito da saúde, deve o Estado garantir que os serviços de saúde, bem como os medicamentos e equipamentos necessários para garantia e manutenção de boa qualidade de vida estejam com padrões adequados de qualidade, segurança, eficácia e durabilidade. Este dever decorre diretamente do mandamento constitucional, mais precisamente insculpidos nos artigos 5º, inciso XXXII, que estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e 170, inciso V, que dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, observado dentre os princípios elencados, o da defesa do consumidor.

Quando fala em qualidade, conforme assevera José Geraldo Filomeno, não se restringe à adequação do produto ou serviço às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente “a satisfação de seus destinatários, que têm sem sombra de dúvida o *direito subjetivo público* de exigir o seu efetivo cumprimento, com qualidade, presteza, segurança adequação, pontualidade etc.”.<sup>398</sup> Cabe-lhe, também, parte da responsabilidade, quando a atividade do fornecedor depender de autorização para a produção de bens ou prestação de serviços, assegurando que a atividade não cause danos à saúde, segurança e outros interesses dos consumidores.<sup>399</sup>

Para a garantia de produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º., II, *d*, do CDC), impõe-se ao Estado promover a proteção do consumidor através de uma atuação efetiva. Neste tópico, verifica-se que a atuação estatal visa não só a proteção do consumidor como igualmente preocupa-se com a questão da qualidade-produtividade-competitividade, a ser cumprida pelo:

---

<sup>398</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 97.

<sup>399</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 97-98.

a) SINMETRO – Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, constituído pelo CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, com tarefa de homologar as normas de segurança e qualidade, atualmente a cargo da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas; e,

b) INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, com funções executivas referentes à implementação, efetivação e fiscalização das normas de segurança e qualidade.

Conforme ressaltado por Filomeno, esse Sistema é de fundamental importância não só no tocante à segurança e atendimento das necessidades e expectativas do consumidor, como também para a competitividade de nossos produtos no mercado externo.

Algumas certificações, como as normas ISO – *International for Standardisation Organization*, traduzidas e adaptadas entre nós mediante as NBRs – Normas Técnicas Brasileiras, atestam que os produtos certificados atendem aos requisitos exigidos quanto à qualidade e segurança e certifica a conformidade de um produto ou serviço à norma respectiva que rege sua fabricação ou execução; o que proporciona maior competitividade ao fornecedor.<sup>400</sup>

A ação estatal para a defesa do consumidor vai desde a instituição de órgãos públicos de defesa do consumidor, como o PROCONSP<sup>401</sup>, existente também em quase todos os

---

<sup>400</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 67.

<sup>401</sup> Instituído pelo Decreto Estadual n. 7.890, de 06/05/1976, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor em São Paulo, depois consubstanciado na Lei Estadual n. 1903/78, quando passou a atender a reclamações dos consumidores e a orientá-los ao lado do Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor. Com a criação da Secretaria Estadual de Defesa do Consumidor em março de 1987, transformou-se em Departamento de Proteção ao Consumidor e passou a contar com maior estrutura, com setores de pesquisa e documentação, bem como passando a analisar produtos e divulgar os resultados para orientação dos consumidores, incluindo-se os valores dos produtos que compõem a ‘cesta básica’. Posteriormente esta Secretaria foi extinta e o órgão, mantendo a tradicional sigla PROCON passou a integrar a Coordenadoria Estadual de Proteção ao Consumidor, ligada à Secretaria de Justiça e da Cidadania. Por força da Lei Estadual Paulista n. 9.192, de 23/11/1995, o PROCON passou a ser fundação de Direito Público, o que lhe conferiu maior autonomia para o desempenho de suas funções, ganhando inclusive personalidade jurídica. Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 63-65.

Estados da Federação até o incentivo de criação de entidades civis, como associações de proteção ou defesa do consumidor, como a ADECON – Associação de Defesa do Consumidor, do Rio Grande do Sul e o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Em 1990, o Governo Federal criou a Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculado ao Ministério da Justiça, tendo destaque os Departamentos de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e de Defesa da Ordem Econômica (DDOE). À SDE cabe a execução não apenas da política de proteção e defesa do consumidor, como também o combate aos abusos do poder econômico, esta regida pela Lei n. 8.884, de 11/06/1994 e legislação complementar, onde se destaca a atividade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).<sup>402</sup> O CADE foi criado em 1962 e transformado em autarquia, com atribuição de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo. Analisa prévia e preventivamente atos que impliquem concentração econômica, e, repressivamente, aqueles que caracterizem abusos do poder econômico.<sup>403</sup>

E, outra forma de atendimento do dever constitucional de proteção ao consumidor e ao mesmo tempo garantir a prestação de serviços concernentes à saúde da população se verifica no papel das Agências Reguladoras.

---

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Fundação Procon-SP) tem por objetivo elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores do Estado de São Paulo e, para tanto, conta com o apoio de um grupo técnico multidisciplinar que desenvolve atividades nas mais diversas áreas de atuação, tais como: Educação para o consumo; recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços; orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo; fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor; acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas; estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor; pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor; suporte técnico para a implantação de Procons Municipais Conveniados; intercâmbio técnico com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, inclusive internacionais; disponibilização de Ouvidoria para o recebimento, encaminhamento de críticas, sugestões ou elogios feitos pelos cidadãos quanto aos serviços prestados pela Fundação Procon, com o objetivo de melhoria contínua desses serviços. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/linha/procon.htm>>, acesso em 23 jan. 2008.

<sup>402</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 66-67.

<sup>403</sup> Exemplo de atuação do CADE: “Cade adota Medida Cautelar em aquisição da Distribuidora Chinaglia. Nesta quinta-feira, 29 de novembro de 2007, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo adotou, de ofício, Medida Cautelar referente ao Ato de Concentração nº 08012.013152/2007-20, relativo à aquisição da empresa Fernando Chinaglia Distribuidora S.A. (FC) pelo Grupo Abril. Após a operação, foi criada a empresa Treelog, que passou a prestar os serviços de logística para a FC e para a Dinap (distribuidora do Grupo Abril). A Medida Cautelar tem como finalidade preservar as condições de reversibilidade da operação sob análise e evitar a prática de atos danosos à concorrência. Dentre as obrigações impostas estão a vedação à realização, sem autorização do Conselheiro Relator, de qualquer alteração de natureza societária que envolva as empresas; a designação de gestores independentes para administrar a Fernando Chinaglia e a Treelog; e a submissão de quaisquer alterações no padrão de negócios dessas empresas ao Conselheiro Relator, que deverá, se for o caso, comunicar sua oposição em até cinco dias.”. Extraído do site <http://www.cade.gov.br/noticias/vernoticia.asp?cn=234>, acesso em: 23 jan, 2008.

#### 4. Agências Reguladoras.

O Estado pode intervir no domínio econômico de maneira legítima para fazer com que se atenda a função social do serviço prestado à coletividade; aliás, não só pode como é dever do Estado a regulação da economia, bem como das atividades que tenham alguma relação com a atividade econômica, consoante disposto no artigo 174, da CF.<sup>404</sup>

Como já dito alhures, de um Estado absolutista, com poder absoluto e arbitrário<sup>405</sup>, passou-se para o liberal, liderado pela Revolução Francesa, que pregava o Estado mínimo. Posteriormente, o modelo se mostrou insuficiente, ensejando na intervenção maior do poder estatal, fazendo surgir o Estado Social. Agora, verificando que também este não consegue realizar com agilidade os objetivos sociais, existe a tendência de se buscar um com maiores características do liberalismo, fase esta também denominada de neoliberalismo.

Nos termos da Constituição vigente, o Brasil é um Estado Social Democrático de Direito, mas também se convencendo dos malefícios de um Estado inchado e burocrata, adota um sistema econômico com característica neoliberal. O enxugamento do Estado vem se efetivando após as reformas constitucionais, consolidadas<sup>406</sup> a partir de 1995, com as Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995 e 19 de 1998, que possibilitaram e têm possibilitado a realização de privatizações, extinções de alguns monopólios, liberação de alguns setores da economia e reserva de determinados mercados<sup>407</sup>, bem como passou a ser adotado o modelo de gestão gerencial.

Assim, as tarefas antes de atribuição única do Estado foram transferidas para a iniciativa privada, pela via da concessão, permissão dos serviços ou por fórmulas associativas

---

<sup>404</sup> Artigo 174, da CF: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”.

<sup>405</sup> Arbitrário, no sentido que cabia ao monarca fazer o que lhe aprouvesse, independentemente de ser o ato “justo” ou não.

<sup>406</sup> Desde 1979 havia no Governo Federal um Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740/79), que foi sendo aperfeiçoado com a criação do Conselho Interministerial de Privatização (Decreto n. 91.991/85), seguido de um Conselho Federal de Desestatização (Decreto n. 95.886/88), até a criação do Programa Nacional de Privatização, já sob a égide da nova ordem constitucional (Medida Provisória 155/90, convertida na Lei 8.031/90).

<sup>407</sup> Com as modificações na CF, seguida pelas Leis 9.491/97, 9635/98 e 9.700/98, delineou-se um novo papel para a Administração Pública, conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que identifica os seguintes setores de atuação do Estado: a) núcleo estratégico. b) atividades exclusivas; c) serviços não exclusivos; d) produção de bens e serviços para o mercado.

(parceria, colaboração e participação), ensejando um grande crescimento do chamado terceiro setor.

A atividade de cunho estatal passada para a iniciativa privada passou a ser controlada pelas agências reguladoras, que podem ter poder de polícia administrativa, de serviços públicos, de ordenar a economia ou de organizar a prestação de serviços à sociedade.<sup>408</sup> As agências reguladoras brasileiras, embora tenham sido adotadas no Brasil sob a influência do modelo americano, não têm a independência, nos mesmos moldes destes.<sup>409</sup>

As agências reguladoras surgiram nos Estados Unidos, onde têm funções legislativas, consubstanciadas na sua ação normativa (parte do poder regulamentar), funções executivas, relativas à promoção, fiscalização e representação do poder concedente, e funções semi-jurispcionais, na medida em que exercem mediação, como uma instância arbitral e proferem decisões sobre casos concretos do setor.

Há três tipos de agências públicas nos Estados Unidos: a) agências reguladoras independentes; b) agências reguladoras quase independentes; e c) agências executivas.

As agências reguladoras não se confundem com agências executivas. Estas são entes da administração, que operam sob contrato de gestão, apresentando autonomia administrativa reduzida. Já as agências reguladoras independentes, têm como característica marcante sua independência, como pressuposto de serem órgãos técnicos, neutros, não sujeitos a pressões políticas.

Embora parte da doutrina norte-americana defenda que não há agências independentes, há no sistema administrativo norte-americano agências públicas comumente conhecidas como *independent regulatory commissions* (comissão reguladora independente). O Congresso atribuiu a estes poderes semi-legislativos e semi-jurispcionais, e as agências devem empregar tais poderes para criar regras consideradas necessárias para regulação de setores específicos da economia.

---

<sup>408</sup> Para Alcides Tomasetti Júnior, a regulação estatal visa a melhoria da qualidade de vida das pessoas, com controle da atividade econômica, mediante regulação dos preços, evitando-se a formação de oligopólios, visando a expansão da quantidade e qualidade das informações, bem como a preservação da estrutura concorrencial. (A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC, *Revista Direito do Consumidor* n.º 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31

<sup>409</sup> Cf. Alexandre Santos de Aragão, as restrições à livre nomeação e exoneração do chefe das agências reguladoras foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar pedida na Adin n.º 1940-0, ante o teor do disposto no art. 52, III, “F”, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de a lei estabelecer outros casos em que a nomeação dependa de aprovação do Senado Federal (O princípio da proporcionalidade no direito econômico, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan. –mar., 2001, p. 203.).

Para evitar ingerências políticas indevidas nas decisões legislativas e judiciais dessas agências, o Congresso tomou certas medidas preventivas de caráter estrutural e procedimental: todas as agências são órgãos compostos de cinco e sete membros; os membros são indicados pelo Presidente com a aprovação do Senado, e não podem ser removidos salvo por justa causa (infração à lei); o Presidente escolhe os reguladores para um mandato fixo, e a composição majoritária não pode ser preenchida por pessoas pertencentes ao mesmo partido político.

Já as agências quase-independentes não têm a proteção estatutária contra afastamento de seu dirigente máximo pelo Presidente da República, e por essa razão, não podem ser consideradas independentes.

No Brasil, as modalidades regulatórias de serviços na atividade econômica estão previstas nos seguintes dispositivos constitucionais: serviços públicos (art. 175), atividades econômicas monopolizadas (arts. 176 e 177), atividades econômicas de interesse público (art. 170, parágrafo único) e atividades econômicas sujeitas ao poder de polícia (art. 170).<sup>410</sup>

Giza Paulo César Melo da Cunha que as agências reguladoras são integrantes da administração indireta e desenvolvem atividade normativa de autarquia, mas ultrapassam o seu conceito convencional, pois possuem competências legais e regimentais, não se limitando a controlar o segmento do mercado em que atua, sendo acometidas de atribuições para colaborar com o planejamento estatal e a sua atuação, exercendo funções próximas às do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Justamente em razão disso, as agências devem manter equilíbrio e controle visando à preservação do interesse coletivo, não podendo afirmar que tais entidades exerçam funções legislativas ou judicantes nos moldes dos poderes instituídos constitucionalmente.<sup>411</sup>

Através das agências reguladoras, o Estado compartilha da regulação do mercado de consumo, auxiliando na saudável regulação do mercado, para que ela seja equilibrada, não causando ônus exagerado nem ao fornecedor, nem ao consumidor.<sup>412</sup>

Dentre as agências, pertinente a este trabalho, cabe destacar a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), na regulação, controle e fiscalização dos

---

<sup>410</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico, cit., p. 203.

<sup>411</sup> CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p 146-147.

<sup>412</sup> Como exemplo dessa atuação com grande repercussão em toda a sociedade na área da saúde cita a participação da ANS na definição dos índices de reajuste dos planos de saúde privada aos possuidores de planos de saúde contratados antes de janeiro de 1999, ou seja, antes da vigência da Lei n. 9.656/98.

produtos que impliquem riscos à saúde pública; e, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na regulação dos serviços de planos de saúde privados.

#### 4.1. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA

A ANVISA foi criada pela Medida Provisória n. 1.791/98, posteriormente convertida na Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, para substituir a extinta Secretaria de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, e hoje ocupa, juntamente com o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Vigilância Sanitária, a trindade que deve desincumbir-se das ações desta natureza no país. Sua finalidade é administrar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, definida no art. 6º, § 1º, da Lei 8080/90 - Lei Orgânica da Saúde (LOS) como:

[...] 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 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 do controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

A ANVISA tem como objetivos precípuos a regulação, controle e fiscalização dos produtos que impliquem riscos à saúde pública<sup>413</sup>, sendo o seu espectro de ação bastante amplo, envolvendo não apenas o poder de polícia, mas também o poder de normatizar no âmbito de sua atuação.

Para a consecução de suas atribuições, a Lei 9.782/99 estabelece amplos poderes à Agência, que exprimem com clareza um novo perfil intervencionista para o Poder Executivo, no atendimento às demandas dinâmicas, cuja resolução muitas vezes escapa do ritmo lento das tramitações legislativas. Deste modo, são conferidos à ANVISA amplos poderes para que

---

<sup>413</sup> Tais como: medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias, alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários, cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes, saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos, conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico, equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem, imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados, órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições, radioisótopos para uso diagnóstico *in vivo* e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia, cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outros procedimentos ou ainda submetidos a fontes de radiação, cf. art. 7º, da Lei 9.782/99.



possa garantir a segurança dos produtos que possam implicar em riscos à saúde pública, sendo essencial que haja uma efetiva atuação desta agência em prol da segurança da sociedade, especialmente em face da circunstância dos novos produtos colocados no mercado, como os medicamentos e tratamentos oriundos de técnicas modernas de manipulação genética, em que são desconhecidos os efeitos colaterais ao longo prazo.

A atuação da ANVISA para o setor de medicamentos tem sido fundamental, com destaque para a implementação da Política de Medicamentos Genéricos, influenciando diretamente o mercado, e mais recentemente da regulação da venda fracionada dos medicamentos.

#### 4.2. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A incapacidade do Estado de garantir a saúde a todos possibilitou a constituição da atuação privada nos serviços de saúde, prestados através de planos de saúde privada, sociedades cooperativas e seguros de saúde, buscados por parcela significativa da população.

Ocorre que, em face de reiterados relatos de abusos dessas empresas, como recusa da prestação de serviços, descontrolado aumento das mensalidades em prejuízo aos consumidores, e ínfimo valor pago aos médicos credenciados, que geraram insatisfação em ambos os pontos (prestador do serviço-médico e consumidor-paciente), houve a necessidade de criação de órgãos fiscalizadores desses serviços.

É para esta finalidade que foi criado o Conselho de Saúde Suplementar e posteriormente a Agência Nacional de Saúde Suplementar, com infra-estrutura para regulamentar e fiscalizar a atuação dos planos de saúde.<sup>414</sup> A ANS foi criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, para promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Dentre as suas finalidades institucionais, encontram-se a proposição de políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) para regulação do setor de saúde suplementar, o estabelecimento das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras, a fixação de critérios para os

---

<sup>414</sup> “Planos de saúde” são designados de forma genérica, englobando as diversas formas desta prestação privada de saúde, tais como, sociedades cooperativas de médicos, seguros de saúde e planos de saúde privada.

procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços às operadoras, o estabelecimento de parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras, de normas para ressarcimento ao SUS e relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde.

Assim como a ANVISA, a ANS tem natureza jurídica de autarquia sob regime especial, onde se permite maior autonomia na gestão de seus recursos e estabilidade para os gestores que exercerão mandatos. Submetem-se às normas e à fiscalização da ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que visa garantir a cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica.

Dentre as imposições da ANS está a possibilidade dos planos de saúde somente poderem entrar em operação após autorização de seu funcionamento, bem como a necessidade das operadoras de planos privados de assistência de saúde, antes de operarem, registrarem-se junto aos Conselhos Regionais de Medicina e/ou Conselhos Regionais de Odontologia, dentre outros requisitos pertinentes à forma de prestação de serviços e a capacidade técnica, financeira e de pessoal. Tanto a CONSU como a ANS vêm atuando diretamente nesses planos de saúde, ampliando ou restringindo coberturas não previstas em lei, mediante expedição de resoluções.

Ainda que a Constituição tenha permitido a exploração da assistência à saúde pela iniciativa privada, não deixa o poder público de ser responsável pela sustentabilidade do exercício da atividade privada, por ser seu dever regular as atividades de consumo, que inegavelmente são os serviços de saúde prestados pela iniciativa privada.

Assim a ANS deve atuar em prol dos consumidores, garantindo a eficaz e correta prestação de serviço em cumprimento ao contrato tipicamente de adesão, estabelecido entre as partes e ao mesmo tempo, auxiliando a manutenção e o equilíbrio do mercado, de interesse até mesmo dos fornecedores.<sup>415</sup>

---

<sup>415</sup> Em sentido contrário, Lidia Hatsumi Yoshikawa aponta que a execução dos serviços de saúde compete ao Estado, não lhe competindo obrigar a iniciativa privada a executar os serviços de saúde, para cumprir um dever que é seu, pois as ações e serviços de saúde públicos são financiados pela sociedade. Diz, ainda, que a assistência à saúde, quando explorada pela iniciativa privada, deve ser livre, não demandando qualquer autorização por parte do poder público para ser exercida, se submetendo apenas à fiscalização pelo fato de serem os serviços de saúde, serviços de relevância pública. *Prestação de serviço público de saúde*, p. 64-66.

A atuação da ANS, por ora, infelizmente tem se mostrado mais presente no tocante aos percentuais de reajuste a serem aplicados pelas operadoras dos planos de saúde no valor das mensalidades pagas pelos usuários e dos limites das coberturas dos planos de saúde.

## VII - ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E RELAÇÃO DE CONSUMO

### 1. Prestação de serviço público

Antes de falar em serviço público de saúde, cumpre em primeiro lugar, ainda que de forma breve, abordar o que seria o serviço público, mormente porque mais adiante procurar-se-á discorrer quanto à prestação dos serviços públicos e a aplicabilidade da legislação consumerista.

A partir do conceito extraído da disciplina do direito administrativo<sup>416</sup>, José Cretella Júnior defende que serviço público é toda e qualquer atividade exercida pelo Estado, diretamente ou por quem lhe faça às vezes, com o fito de satisfazer necessidades públicas.<sup>417</sup>

Assim, em sentido amplo, serviço público é “toda atividade exercida pelo Estado através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”.<sup>418</sup>

Já para Hely Lopes Meirelles:

*Serviço Público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> É perfeitamente viável extrair conceitos de outras áreas do direito que tratem mais especificamente da matéria em comento, mormente porque o direito é uno, e a divisão por disciplinas, existe mais por motivos didáticos, para facilitação do estudo de determinada matéria, não se traduzindo em existência de áreas estanques.

<sup>417</sup> CRETILLA JUNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 207.

<sup>418</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

<sup>419</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 320.

Não é simples, no entanto, identificar as atividades que constituem “serviço público”, pois as necessidades dos Estados variam em conformidade com as exigências de cada povo e de cada época. Nem sempre são as atividades coletivas “vitais” que caracterizam os serviços, porque ao lado destas, existem outras, sabiamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como “serviço público”, por exemplo, as loterias do Brasil. Igualmente, não é a atividade em si que tipifica o serviço público, pois mesmo a de inegável interesse público pode ser exercido tanto pelo Estado, como pela iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, como é o caso do ensino e a prestação de serviços de saúde.

Verifica-se que o conceito de Hely Lopes Meirelles não é tão amplo quanto aos elaborados por Cretella Júnior e Edmir Neto de Araújo, supra mencionados, eis que ao referir-se unicamente à Administração Pública, afasta a atividade legislativa e judiciária, sem, contudo, distinguir os serviços públicos de outras atividades administrativas, como o exercício do poder de polícia.

Anota Maria Sylvia Zanella di Pietro que é mais restrito<sup>420</sup> que os dos autores anteriores o conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem o serviço público é a atividade prestada pelo Estado, direta ou indiretamente, que proporciona utilidade ou comodidade material capaz de atender os interesses da coletividade em geral, mas desfrutável diretamente pelos administrados, sob regime de direito público. Este conceito de serviço público se ampara em dois elementos:

a) material, consistente no oferecimento de comodidade material, como fornecimento de água, luz, telefone, colocados à disposição dos administrados em geral, mas fruível individualmente, prestados pelo Estado em razão de sua importância para a sociedade em dado momento histórico;

b) formal, que implica na submissão do serviço público a regime jurídico administrativo e aos princípios dele decorrentes, para o resguardo do interesse público, como a supremacia do interesse público sobre o particular, impessoalidade, continuidade, modicidade das tarifas etc.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95-96.

<sup>421</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 634 e segs.

Já Odete Medauar reconhece no serviço público a atividade prestacional realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, portanto, do Poder Executivo. A atividade é prestacional porque o Poder Público presta algo necessário à vida coletiva, proporcionando diretamente benefícios para os administrados. Tal não ocorre com relação às atividades instrumentais para o oferecimento do serviço público, conhecidas como atividades-meio, como a arrecadação de tributos e a vigilância de repartições públicas.<sup>422</sup>

Conforme se confere, não existe um conceito único do que seria serviço público, existindo doutrinadores que dão uma conceituação mais ampla, abrangendo todas as atividades exercidas pelo Estado no desiderato de satisfazer as necessidades públicas, e outros que a restringem às atividades exercidas pela Administração Pública (Poder Executivo) para proporcionar benefícios aos administrados.

Acredita que a conceituação mais restrita favorece o estudo da matéria, principalmente considerando-se a finalidade aqui buscada, qual seja a de estabelecer a relação entre a prestação de serviço público de saúde e a relação de consumo.

Desse modo, entende pertinente considerar serviço público a atividade desenvolvida pela Administração Pública, direta ou indiretamente, para oferecer à população comodidade ou utilidade que lhes sejam diretamente fruíveis.

A fruição da comodidade ou utilidade ofertada pela Administração Pública através de serviço público, consoante divisão feita por Hely Lopes Meirelles, pode ser feita pelo administrado de maneira:

a) *uti universi* ou gerais que são aqueles prestados pela Administração sem ter usuários determinados, atendendo a coletividade como um todo, como os de polícia, iluminação pública etc., que são indivisíveis e mantidos por imposto;

b) *uti singuli* ou individuais que têm usuários determinados e utilização particular mensurável para cada destinatário, como ocorre com os serviços de telefone, água e energia elétrica domiciliar, remunerados por tarifas.<sup>423</sup>

Essa classificação interessa para auxiliar a estabelecer as peculiaridades dos serviços públicos e definir se podem se submeter ou não à legislação consumerista, para beneficiar os usuários de seus serviços.

---

<sup>422</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 369.

<sup>423</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 271-272.

## 2. Prestação de serviço público e relação de consumo

Sustenta Marçal Justen Filho que o direito do consumidor foi concebido como instrumento de defesa da pessoa que se encontra subordinada ao explorador de atividades econômicas, organizadas empresarialmente para a produção e apropriação do lucro, e o serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, em que as condições unilateralmente fixadas pelo Estado refletem o modo de satisfazer o maior número de sujeitos, com o menor custo possível.

Prossegue dizendo que o direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos. Para corroborar o seu entendimento, menciona que o artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98 previu a elaboração, no prazo de 120 dias, de uma lei de defesa do usuário de serviços públicos, reconhecendo a inviabilidade de aplicação automática e indiferenciada do Código de Defesa do Consumidor ao âmbito dos serviços públicos.<sup>424</sup>

Manifestando entendimento diverso, Elaine Cardoso de Matos Novais defende que a alteração promovida pela referida Emenda Constitucional determinando a criação de lei de defesa do usuário de serviços públicos não tem o condão de afastar por completo a incidência do CDC sobre os serviços públicos, pois este microssistema é claro ao incluir os serviços públicos como possíveis objetos da relação de consumo e porque a lei referida visa, além de propiciar um maior detalhamento dos direitos e deveres dos usuários de serviços públicos, impulsionar a participação dos usuários na fiscalização dos serviços públicos prestados. Destaca que “todo consumidor de serviço público é também usuário, mas nem todo usuário é consumidor de serviço público”. Consumidores se restringem àqueles que utilizam, como destinatários finais, serviços públicos remunerados diretamente mediante tarifa, fornecidos pelo Estado, em um mercado de consumo; enquanto usuários de serviços públicos são as pessoas físicas ou jurídicas que utilizam ou possam utilizar, direta ou indiretamente os serviços prestados pela Administração Pública de forma direta ou indireta.<sup>425</sup>

---

<sup>424</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 501-502.

<sup>425</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 188-191.

Em sentido mais abrangente para o consumidor, o comentário de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ao artigo 22 do CDC, de que entrando em vigor a Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, determinada pelo artigo 27, da EC n. 19 de 04/06/1998, a essa matéria se aplicará subsidiariamente o CDC, que é norma principiológica geral de relações de consumo.<sup>426</sup>

Manifestando visão semelhante, Edmir Netto de Araújo defende que se tratando de serviço, definido como toda atividade fornecida no mercado de consumo, o Estado e seus delegados são “fornecedores” e os administrados são “consumidores” para efeito de aplicabilidade, a esse tipo de relação, das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Assim, independentemente de leis específicas sobre serviços públicos, o administrado tem garantido os direitos básicos do consumidor mencionados no artigo 6º, do CDC; contudo, ressalta que:

[...] as relações jurídicas decorrentes da observância desses direitos básicos, ao serem transpostas para o âmbito dos serviços públicos, poderão não operacionalizar-se de maneira idêntica às relações entre fornecedor e consumidor **privados**, em razão da natureza da pessoa jurídica do Estado, dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e da posição típica de predominância que o Poder Público tem em suas relações, inclusive contratuais (contratos **administrativos**) com os particulares.<sup>427</sup>  
[destaques do original]

Em seguida, ressalta que é inegável que os direitos do CDC, em princípio, devem ser respeitados, conforme ressaltado no inciso X, do artigo 6º, que inclui dentre os direitos básicos do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” e foi em decorrência da mesma que a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (artigo 7º), ao relacionar os direitos dos usuários dos serviços públicos, fez expressa referência às disposições da legislação consumerista.<sup>428</sup>

Como observa Suzana Catta Preta Federighi, existem disposições expressas na legislação consumerista, que versam sobre a prestação de serviços pelos órgãos públicos, tais como: a) o artigo 22, parágrafo único, que os obriga a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos; b) o artigo 6º, inciso X, que como norma principiológica, dispõe ser direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos

<sup>426</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 927-928.

<sup>427</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.111-112.

<sup>428</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Ibid.*, p. 112.



serviços públicos em geral; c) a proteção contra cláusulas e práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços, que também são direitos básicos.<sup>429</sup>

Prossegue pontuando que:

[...] todos os serviços divisíveis – e muitos não divisíveis – tais como o fornecimento de energia elétrica, coleta de lixo, telecomunicações são, sem sombra de dúvida, relações de consumo, considerado ‘fornecedor’ a empresa prestadora na forma do art. 3º do CDC e ‘consumidores’ os usuários, na forma do art. 2º e parágrafo único da norma consumerista.<sup>430</sup>

Realmente, não há como afastar de pronto e de forma genérica a aplicação dos dispositivos (expressos) do CDC aos usuários dos serviços públicos, e nem de acolhê-los de pronto e na integralidade, devendo ser observadas as peculiaridades e a maneira que esses serviços são prestados, que devem ser compatibilizados, principalmente sob a ótica do interesse público geral, numa visão publicista, social e multifacetária, diversa da privada e individual, que em muitas vezes se caracteriza a legislação consumerista.

Para a análise dessa questão, vale relembrar de forma muito breve, a já referida<sup>431</sup> divisão feita por Hely Lopes Meirelles, quanto à utilização dos serviços pelos administrados, em *uti universi*, os serviços prestados de forma indivisível pela Administração sem usuários determinados e mantidos por imposto; e *uti singuli*, cujos usuários são determinados e a utilização é mensurada e remunerada de acordo com o consumo, mediante tarifas.<sup>432</sup>

Para Luiz Antonio Rizzato Nunes, essa distinção é inócua, pois todo e qualquer serviço público se caracteriza como relação de consumo, independentemente de ser pago por tarifa ou por impostos. Aponta que a norma consumerista “abrange praticamente todas as situações envolvendo os serviços públicos” e o fato de não existir pagamento direto (por exemplo, estacionamento grátis em *shopping center*) não exclui a norma da relação, pois o que vale é o conceito de custo para a oferta do serviço e este é repassado direta ou indiretamente para o consumidor final.<sup>433</sup>

<sup>429</sup> FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coords.). Temas Atuais de Direito do Consumidor (1). *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP, APRODAB e Arte & Letra. Nov.-Dez. 2006, vol. 40, p. 72.

<sup>430</sup> FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos..., cit., p. 72-73.

<sup>431</sup> Vide sub-item 1 deste capítulo.

<sup>432</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 271-272.

<sup>433</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa...*, p. 316-318.

Se analisado sob essa ótica, não há como negar que todos os serviços públicos são remunerados, pois todos os serviços prestados pela Administração devem ser custeados de alguma forma, sendo certo que os *uti universi* são custeados por toda a população através de tributos; mas, acredita que não é apenas analisando sob esta ótica que podemos concluir pelo automático cabimento da legislação consumerista em todos os serviços públicos.

Conforme bem apontado por Elaine Cardoso de Matos Novais, quando o Estado “atua na prestação de serviços como saúde, educação e segurança públicas, cujas despesas são mantidas por alguns tributos, investe-se na posição de agente político, exercendo funções que extrapolam os interesses individuais, e não, de agente econômico”.<sup>434</sup> Ou seja, diversamente do que ocorre com o fornecedor do CDC, nesses serviços prestados *uti universi* não existe objetivo de lucro, mas de atendimento de direitos garantidos e deveres estipulados constitucionalmente, com vistas ao bem-estar e melhoria da qualidade de vida da população.

Destaca Claudia Lima Marques<sup>435</sup> que uma das grandes novidades do sistema do CDC foi a inclusão das pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, no caso dos serviços públicos que a elas competem, restando previsto expressamente no artigo 22 o dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou permissionárias, de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. Lembra que o direito administrativo já conhecia a *faute de service*, baseada na culpa e no dever de continuidade, mas o CDC inovou ao impor-lhes um dever legal de adequação, como a dos outros fornecedores. Prossegue dizendo:

Como consequência do art. 3º do CDC, os contratos firmados entre os fornecedores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas também podem, em princípio, ser considerados de consumo. O regime, porém, dos contratos concluídos com a administração é especial: mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação seu caráter dito de ‘verticalidade’, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato. Se poderão as normas do CDC reequilibrar, na prática, esta relação é uma pergunta difícil. Certo é que cabe à administração cumprir as leis, e, em realidade, o CDC impõe a ela e a seus concessionários, como fornecedores de serviços e eventualmente de produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato [...] A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.<sup>436</sup>

<sup>434</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157.

<sup>435</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2006, p. 561 e segs.

<sup>436</sup> MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.*, p. 562.

Verifica-se que a autora se refere aqui ao serviço público prestado pelo Estado *uti singulari*, conforme a distinção também feita por José Geraldo Filomeno<sup>437</sup> entre “serviço público derivado da atividade precípua do Estado, visando ao bem comum”, que seria a educação, saúde, saneamento básico, construção de estradas; e “serviço público ou de produção de bens com vistas ao atendimento de necessidades específicas e não cobertos pela iniciativa privada”, como o transporte coletivo de passageiros das cidades, serviços e fornecimento de eletricidade, telefonia, água, etc. Utilizando-se da mesma divisão feita por Meirelles acima anotada, o primeiro é resultado de tributos em geral da população, prestados *uti universi* e o segundo de tarifas ou “preços públicos”, prestados *uti singulari*.

No caso dos serviços públicos prestados *uti singulari*, seja pelo próprio poder público, seja através de suas concessionárias, permissionárias, é possível verificar a existência de relação de consumo, sendo aplicável o disposto na legislação consumerista, em algumas situações. Neste tópico, bem desenvolveu Elaine Novais<sup>438</sup> apontando a distinção entre serviços cobrados mediante taxas e tarifas. A fonte jurídica da taxa é a lei, que impõe ao usuário o seu pagamento, desde que o serviço tenha sido colocado à disposição, independentemente de sua vontade, ainda que o indivíduo não o tenha usufruído efetivamente<sup>439</sup>; e, tal ocorre porque a taxa é tributo cobrado do particular pelo Estado em benefício da coletividade. Já a tarifa não é tributo, a utilização do serviço é facultativa e a sua cobrança visa à remuneração pelo serviço que lhe foi prestado. Assim, sob forma diversa, a taxa como tributo e a tarifa como remuneração pela prestação de um serviço, ambas podem ser entendidas como instrumentos remuneratórios do serviço público, preenchendo deste modo o requisito para a caracterização da relação de consumo – remuneração.

Apona a autora que no tocante à taxa, apesar da remuneração individualizada pela prestação de serviço, não é possível vislumbrar-se o Estado atuando como fornecedor no mercado de consumo, pois “o caráter de autoridade ínsito ao Estado quando determina a cobrança de taxas não é conferido a nenhum fornecedor do mercado de consumo de modo a lhe autorizar a cobrança pelo potencial uso serviço”. Conclui que para aferir a existência de relação de consumo, “não basta perquirir a remuneração do serviço, mas principalmente quem o presta e sob quais condições”, destacando que “o Estado não pode ser fornecedor nas

---

<sup>437</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, p. 97-103.

<sup>438</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 163-174.

<sup>439</sup> Idem. A autora cita como exemplo a taxa cobrada pelo Município para construir a rede de coleta de esgoto de determinado bairro cobrado tanto dos que de fato utilizam o serviço, quanto dos que em o serviço a sua disposição, mas ainda não efetivaram a ligação à rede de esgoto. (*Serviços Públicos...*, p. 164).

relações em que se envolvem com o manto da *potestate* estatal”. Para arrematar, diz que a cobrança da taxa pelo uso, efetivo ou potencial do serviço público específico e divisível por parte do Poder Público ao usuário enseja uma relação tributária, aspecto também que afasta integralmente a aplicabilidade da legislação consumerista.<sup>440</sup>

O contrário ocorre no tocante à tarifa, onde se verifica uma relação de consumo, eis que neste caso o Estado ao instituí-la e cobrá-la não se reveste da autoridade estatal, bem como não se verifica uma relação jurídico tributária.

Assim sendo, em face da finalidade dos serviços prestados e cobrados mediante taxa, do caráter de autoridade (*potestate* estatal) de que se revestem esses serviços, não se tem como compatibilizar as regras estabelecidas no CDC a essa relação jurídica, ao contrário do que ocorre com os serviços cobrados mediante tarifa, onde é visível e patente a caracterização de uma relação de consumo.

Igualmente o serviço público prestado de forma universal, financiado por impostos (um tributo) como é o caso do serviço de saúde pelo Estado, caracterizando-se como serviço de atividade precípua do Estado visando ao bem comum, não há relação de consumo, não se caracterizando o ente público como sendo fornecedor, nos moldes do disposto no artigo 3º, do CDC.<sup>441</sup> Em consonância com a definição de serviços deste artigo, somente os serviços pagos, como afirma o § 2º, “mediante remuneração”, terão incidência das normas do CDC.<sup>442</sup> Como apontado por Claudia Lima Marques, numa interpretação literal da norma, “os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC”.<sup>443</sup>

Conforme destacado por Elaine Novais, o microsistema do CDC foi criado visando regulamentar as relações de consumo, com vistas à proteção do consumidor numa sociedade

<sup>440</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos s. *Serviços Públicos & Relação de Consumo...*, p. 169-171.

<sup>441</sup> Zelmo Denari tem entendimento diverso, sustentando que a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre de falta, mas do fato do serviço público, adotando-se a teoria do risco administrativo. In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 214-218.

<sup>442</sup> A remuneração aqui é de ser entendida a direta como a indireta, como seriam os serviços incluídos a título gratuito quando da oferta do produto pelo fornecedor, pois neste caso os custos estariam embutidos no preço do produto. Aqui também pode ser incluída a hipótese de amostra grátis, que inclui a prestação de serviço, que estaria desempenhando um papel de propaganda do produto, em benefício do fornecedor. Nestes casos incide a legislação consumerista, especialmente se os serviços causarem danos ao consumidor, que deve ser ressarcido dos prejuízos sofridos.

<sup>443</sup> MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.*, p. 564. No mesmo sentido: NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 142

de consumo marcada pelo crescimento exacerbado das necessidades, muitos dos quais artificialmente criados pelos instrumentos de publicidade e *marketing*, bem como pela patente vulnerabilidade do consumidor diante de táticas de competição e concorrência adotadas pelos fornecedores.<sup>444</sup>

Ou seja, a legislação do consumidor veio para intervir no mercado de consumo e proteger o consumidor do fornecedor de produtos e serviços que, em razão de sua posição privilegiada, pode prejudicar o consumidor. Daí se vê que a hipossuficiência do consumidor e sua conseqüente vulnerabilidade subentendida no CDC deriva da economia de mercado, não sendo, em regra, aplicável nas relações diretas entre o administrado e o Estado, mormente em se tratando de serviço fornecido *uti universi*, como ocorre no serviço de saúde pública.

Cumprе ressaltar, no entanto, que alguns princípios constitucionais, pelo simples fato de estarem também positivados nos textos infra-legais, não tornam exclusivos destes. Por exemplo, não é porque o CDC, em seu artigo 4º, prevê a necessidade de ação governamental para proteção do consumidor pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, e que deve haver a racionalização e melhoria dos serviços públicos, que estes deveres deixam de ser aplicáveis quando a prestação de serviço não se subsumir à legislação consumerista. Estes deveres não são exclusivos desta legislação, constando expressamente do artigo 37, da CF, que a Administração Pública deve observar, na sua atuação, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ora, a eficiência pressupõe a prestação do serviço público com qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, exercido de forma racional e visando sempre a sua melhoria.<sup>445</sup>

Vê-se que é perfeitamente possível, mesmo nos casos de serviços que não se caracterizem como relações de consumo, exigir-se que os mesmos sejam prestados da mesma forma, em decorrência de atendimento de regra ou princípio superior, constante na Constituição Federal. Isso vem a corroborar o argumento de que há interferência entre as várias áreas do direito, de forma que as mesmas exigências constantes no CDC de que os serviços sejam prestados com qualidade, segurança, durabilidade, desempenho e exercidos com racionalidade, com vistas à sua constante melhoria, podem ser feitos nos serviços

---

<sup>444</sup> NO VAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 159.

<sup>445</sup> Também neste sentido: NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 185-187.

públicos prestados *uti universi*, em aplicação analógica do CDC, calcado no dever de eficiência, constante do comando constitucional.

Assim sendo, é possível a utilização de alguns ditames ou princípios do CDC, quando da omissão dos dispositivos legais administrativos ou da ordem tributária, pois os microsistemas, assim como o direito em geral não são espaços ou divisões estanques, havendo permanente interpenetração e conjugação na interpretação das leis, especialmente nos casos de lacunas. Desse modo, existe a possibilidade de utilização do CDC nos serviços públicos remunerados mediante taxas e impostos, desde que não colidam com os princípios próprios das áreas atinentes ao direito administrativo e tributário.

### **3. Serviço público de saúde e relação de consumo.**

Vimos que, em regra, os serviços públicos do Estado, prestados *uti universi*, pagos mediante tributos pelos contribuintes e não mediante remuneração, nos termos do § 2º, do art. 3º, do CDC, estão excluídos da relação de consumo.

Esta é a situação do serviço de saúde, prestado diretamente pelo SUS, que é remunerado por meio de tributos, de maneira que também com relação a esse serviço, não se aplica a legislação protetiva do consumidor.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça ao decidir quanto à competência para o julgamento de ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo. O acórdão foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Hipótese de discussão do foro competente para julgar e processar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo.

2. O conceito de ‘serviço’ previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º., § 2º., do CDC).

3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde

prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade de incidência das regras de competência contidas na legislação específica.

5. Recurso especial desprovido.<sup>446</sup>

Na esteira do que já foi exposto, o entendimento adotado foi de que, por ser o serviço prestado por hospital público, realizado sem remuneração direta, feito pelo Estado e dirigido a toda a coletividade, de maneira universal, não é possível a individuação e mensuração da remuneração específica, o que impossibilita a utilização das regras de competência previstas na legislação consumerista.

A partir do mesmo raciocínio, se não é possível a utilização das regras de competência processual da legislação protetiva do consumidor, igualmente também não é possível a aplicação das regras nela constante ao paciente do SUS atendido em hospital público.

Cumprir notar que a prestação de serviços de saúde não é feita exclusivamente através do SUS, existindo outras formas de prestação de serviços de saúde, que merecem especificação. Não obstante a prestação de serviços de saúde seja de responsabilidade do Estado e deva ser efetivado através do SUS, nos termos da Lei Orgânica da Saúde (LOS), também à iniciativa privada é facultada a prestação dos serviços de saúde, através de duas modalidades:

- a) Empresas que não são vinculados ao SUS, respaldados pela liberdade que a CF de 1988 confere à iniciativa privada no setor, feitas as restrições no concernente ao capital estrangeiro, conforme o § 3º, do art. 199, da CF; e,
- b) Empresas que mediante convênio prestam serviço complementar de saúde no SUS.

Os serviços relacionados à saúde realizados sem vínculo com o SUS, ou seja, os serviços privados de saúde são totalmente regulados pelo CDC, conforme previsão expressa deste, sendo remansado o entendimento de que são considerados como de consumo a relação na esfera privada existente entre médico, paciente e hospital.

---

<sup>446</sup> REsp 493181/SP. Acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Foi relatora a Ministra Denise Arruda. Julgado no dia 15/12/2005, publicado no DJ de 01/02/2006, p. 431.

No entanto, com relação aos serviços de saúde prestados pelo SUS, seja diretamente, seja através de convênios com entidades privadas, existe boa discussão quanto à submissão ou não aos ditames do CDC.

Partindo-se da premissa de que há distinção entre os serviços de saúde prestados pelo Estado e os realizados pela iniciativa privada (nesta há relação de consumo conforme previsão expressa do CDC), existem serviços de saúde que não são prestados diretamente pelo Estado, mas mediante convênios com entes privados, com ou sem fins lucrativos, como Organizações Não Governamentais (ONGs), as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS).

Neste tópico, pertinente trazer a lume o entendimento trazido por Maria Luciana O. F. Podval, ao discorrer quanto à aplicação dos princípios e regras do CDC às associações sem fins lucrativos e às ONGs, defendendo que:

[...] menos importa o nome ou a natureza jurídica do ente privado. Imperioso observar as condições e o modo como essa atividade é objetivamente oferecida para saber se ela submete-se ou não aos princípios e regras do CDC. Caso ela ocorra dentro do mercado de consumo, com igual comportamento e em concorrência com sociedades comerciais, aberta a um público indeterminado e mediante remuneração continuada, inafastável o reconhecimento da existência de uma relação de consumo.<sup>447</sup>

Prossegue a autora dizendo que, quando a entidade privada, com ou sem fins lucrativos, presta os serviços de saúde no SUS em concomitância com a rede privada de saúde, através de convênios ou contratos de direito administrativo, com previsão de remuneração pelos serviços ofertados ao paciente do SUS, a este não se pode negar a condição de consumidor. Neste caso, o ente privado é um só, sendo incompatível com a nossa ordem constitucional a idéia de tratamento desigual em relação aos pacientes “particulares” do hospital somente pelo fato do tratamento do paciente ser financiado pelo SUS.<sup>448</sup>

Entende pertinente e razoável esse entendimento, pois não deve ser admitido que unicamente em razão do serviço ser financiado pelo SUS, o paciente tenha tratamento diverso do dispensado ao paciente particular, tratado no mesmo estabelecimento. Os serviços

---

<sup>447</sup> PODVAL, Maria Luciana Oliveira Facchina. *Serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p. 108.

<sup>448</sup> PODVAL, Maria Luciana Oliveira Facchina. *Serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 111-112.



prestados pelos profissionais e empresas de saúde através do SUS, em concorrência com o mercado, devem ser executados com a mesma atenção, cuidado e responsabilidade, bem como deve ser dispensado idêntico tratamento profissional dedicado aos pacientes “particulares”, possibilitando-lhes a realização dos mesmos procedimentos médicos dispensados a estes. Deste tratamento igualitário decorre a sujeição desses profissionais e empresas de saúde à legislação consumerista, da mesma forma que acontece quando os serviços são prestados aos pacientes “particulares”.

Atenta contra a dignidade da pessoa humana a existência de diversidade no atendimento do serviço médico entre pacientes particulares e de convênios e os que são atendidos pelo SUS; mormente se esta forma de atendimento for utilizada para aferição de existência de vagas para internação. A partir do momento em que o nosocômio se habilita como conveniado do SUS, deve dispensar idêntico tratamento profissional, incluindo os procedimentos médicos, exames e tratamentos médicos. A única diferenciação admissível seria a contábil, na medida em que, com relação aos pacientes do SUS, as despesas seriam pagas pelo Estado e não pelo paciente ou pela empresa com que este mantém convênio médico.

Na realidade, soa injusto até mesmo o recebimento do paciente do SUS em acomodação distinta do paciente particular. No entanto, não devemos nos descontextualizar da realidade da sociedade capitalista em que vivemos, em que a oferta destas acomodações diferenciadas, às vezes, vêm a ser o diferencial a possibilitar um maior número de pacientes particulares e maior sucesso do estabelecimento médico junto à população.<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> “Suítes luxuosas, ambientes iluminados e planejados por decoradores e paisagistas, música ao vivo com pianista, serviço de concierge, cardápio elaborado por chefs de cozinha. Essas e outras comodidades já são encontradas, quem diria, dentro de alguns hospitais brasileiros e vieram para substituir as tradicionais paredes brancas, refeições insossas, enfermeiras carrancudas e quartos escuros e sem vida. Apelidados por alguns de Daslu da medicina, os hospitais cinco estrelas de São Paulo se desdobram para agradar aos pacientes. A diária de algumas suítes chega a custar o equivalente à do hotel Ritz, de Paris (cerca de R\$ 1.500) [...] Para o médico Milton Glezer, coordenador da organização de procura de órgãos do Hospital das Clínicas e vice-diretor clínico do hospital Albert Einstein, os mimos vêm para ajudar a justificar os gastos com equipamentos médicos de última geração ‘Todo o investimento em modernas aparelhagens não é visível para um leigo. O paciente não sabe se o tomógrafo é de primeira ou de quinta geração. Então, os hospitais investem em luxos, como TV de plasma, porque isso é mais palpável’. (OLIVEIRA, Ana Paula de; MANTOVANI, Flávia. Hospitais de São Paulo oferecem suítes cinco estrelas. *Folha de São Paulo*. Edição de 23 jun. 2005, caderno Equilíbrio).

Não obstante a convicção pessoal abomine a discriminação entre os leitos disponibilizados às diversas categorias de pacientes (do SUS, de convênios e planos de saúde e particulares), tratando-se de uma realidade, ela somente deve se restringir às formas de acomodação, como existência ou não de televisão a cabo, suítes, ante-salas, frigobar, tecidos da roupa de cama etc., mas jamais quanto à atividade fim do atendimento médico, como os tratamentos médicos, os medicamentos e os exames.<sup>450</sup> Além disso, todas as acomodações, desde as mais simples devem obviamente atender aos requisitos de higiene, de locomoção, de atendimento e repouso do paciente, necessários para a sua recuperação, incluindo até mesmo a acomodação de acompanhantes aos pacientes que dela necessitarem.<sup>451</sup>

Eventual dificuldade do hospital de ser reembolsado pelos serviços prestados ou exames realizados deve ser dirimida entre o estabelecimento médico conveniado e o SUS,

---

“A Beneficência atende 325 mil pacientes por ano e é um dos hospitais com maior volume de cateterismo e angioplastia no mundo -12 mil procedimentos por ano. Também é referência em transplantes. Segundo a gerente administrativa do São José, Fermina Mendonça Borges, o novo hospital também vem cobrir uma necessidade explicitada pelo corpo clínico da Beneficência. Muitos dos pacientes dos nossos médicos se internavam em outros hospitais em busca de mais conforto. O hospital também está se preparando para entrar na rota do turismo de saúde, afirma Borges... Dos quartos com poltronas Lafer ao carrinho de transportar refeições com tecnologia francesa, que mantém os pratos na temperatura ideal, tudo no São José foi pensado para atender um público acostumado ao luxo e ao conforto...” (COLLUCCI, Cláudia. *Capital paulista ganha novo hospital top de linha*. Disponível em:

<[http://www.dialogomedico.com.br/servicos/aceso\\_pesquisa\\_clinica/noticias/capital\\_paulista\\_hospital\\_linha\\_PT.htm?freetextitem1page=2](http://www.dialogomedico.com.br/servicos/aceso_pesquisa_clinica/noticias/capital_paulista_hospital_linha_PT.htm?freetextitem1page=2)>, acesso em: 19 jan. 2008.

“Este mercado trabalha voltado para um nicho específico, um público de poder aquisitivo alto. Falar em serviço de luxo em saúde no Brasil, onde 80% do sistema é público e que existem problemas graves de custo, parece perigoso e fútil. Pode-se perceber, no entanto, que este tipo de serviço já está disponível, é um segmento da economia no setor de saúde e com potencial de crescimento. O serviço é personalizado e por isso de luxo, visa atender a necessidade do ser humano de ser percebido como indivíduo social, importante enfatizar que isso independe da classe sócio-econômica. A contribuição que o mercado de luxo para os outros será este conceito, porém, é onerosa a adaptação da estrutura atual para esse perfil de serviço, não sendo assim muito simples a sua aplicação.” Flemming, Liane; Gomes, Ana Paula. A ‘des-hospitalização’ e as novas propostas dos ambientes hospitalares na sociedade de consumo. Trabalho apresentado no 4º. *Congresso Internacional de Pesquisa em Designer*. Rio de Janeiro, 11 a 13 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.anpedesign.org.br/artigos/pdf/A%20%93des-hospitaliza%E7%E3o%94%20e%20as%20novas%20propostas%20dos%20ambientes%20%85.pdf>>, acesso em 19 jan. 2008.

<sup>450</sup> Recentemente o STF, ao julgar o recurso extraordinário n. 262.268-5/RS reconheceu a possibilidade do paciente do SUS de utilizar “acomodação superior” em hospitais, arcando pelos custos originados desta opção, o que era vedado pela Resolução 283 do INAMPS, que veda pagamento pelos serviços prestados pelo SUS. A decisão confirmou decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, argumentando que o direito à saúde assegurado na CF não deve sofrer embaraços impostos por autoridade administrativa, no sentido de reduzi-lo ou dificultar o acesso a ele. No mesmo sentido, consta a decisão de desembargador federal Luiz Carlos de Castro Lugon, do TFR da 4ª. Região, no julgamento da ação civil pública proposta pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) contra a Prefeitura de Carazinho/RS – Agravo de Instrumento n. 2003.04.01.036011-7/RS.

<sup>451</sup> Uma hipótese em que entende essencial a possibilidade de acompanhante é o caso de internação de crianças e idosos, cuja existência de um ente querido acompanhando é essencial para a aceleração do processo de recuperação.

através dos meios legais disponíveis, não se permitindo a diferenciação no tratamento entre pacientes do SUS e particulares.

Nessas situações, em que o tratamento é realizado por estabelecimento médico por meio do SUS, em concorrência com o mercado, em ocorrendo erro no atendimento e dano ao paciente é totalmente possível exigir-se que a reparação seja realizada com base nas regras estabelecidas no CDC.

Já com relação aos hospitais que fazem atendimento exclusivo e direto pelo SUS, de forma universal, sem atendimento particular, ou seja, sem concorrência com o mercado, entende que se assemelha à prestação feita diretamente pelo SUS e não se configura em relação de consumo. Nesta hipótese, apesar de igualmente existir a possibilidade de se exigir a reparação de dano, esta não pode ser exigida com base nas regras estabelecidas no CDC.

#### **4. Assistência farmacêutica e legislação consumerista**

Delineado que os serviços prestados diretamente pelo SUS e pelas empresas conveniadas que prestam atendimento exclusivo não se subsumem às regras do CDC, passa-se a esmiuçar a questão da assistência farmacêutica, entendida como sendo o fornecimento de medicamentos.

Conforme já foi dito no Capítulo IV, integra o atendimento integral do SUS o fornecimento de medicamentos aos seus usuários, em razão da reconhecida importância dos mesmos, para o restabelecimento, manutenção e prevenção da saúde.

Os medicamentos são fornecidos através de diversos programas que compõem a assistência farmacêutica e mesmo nesta esfera, apesar do reconhecimento da responsabilidade tripartite<sup>452</sup> no tocante ao SUS, da União, dos Estados e Municípios, existe divisão quanto à responsabilidade de determinados medicamentos, conforme já foi exposto no capítulo mencionado.

Da conclusão concernente ao entendimento de que o auxílio farmacêutico integra a atividade do SUS, extraem-se várias situações, das quais passa a citar algumas das hipóteses

---

<sup>452</sup> Não obstante a responsabilidade seja tripartite, é praticamente consenso na jurisprudência, conforme já visto no Capítulo IV, que a responsabilidade é solidária, cabendo às três esferas de governo garantir a prestação dos serviços de saúde de forma integral, inclusive a farmacêutica.

que acredita poderem ensejar questionamentos quanto ao dever de fornecimento e à subsunção à legislação consumerista, no caso de sua negativa.

a) Medicamento receitado a paciente usuário de serviço de saúde prestado pelo SUS ou rede conveniada de atendimento exclusivo aos pacientes do serviço público.

O fornecimento de medicamentos integra o serviço de saúde prestado pelo Estado, de forma que toda vez que os remédios forem receitados pelo SUS ou pela rede conveniada que faz atendimento exclusivo, compete-lhe, diante da finalidade de realizar o atendimento integral, fornecer o medicamento.

Se houver negativa no fornecimento do medicamento é possível questionar o ato nas várias instâncias, administrativa ou judicial, mas não com fundamento na legislação do consumidor.

Conforme já foi dito, na prestação de serviço feita pelo SUS diretamente ou através da rede credenciada exclusiva, por se integrarem na atividade precípua do Estado visando ao bem comum e por serem fornecidos *uti universi*, com remuneração mediante tributos, não é possível aplicar-se a legislação do consumidor.

Tratando-se o fornecimento de medicamento de atividade que integra o dever de prestação de saúde pelo SUS, a dispensação igualmente não se insere nas regras do mercado, pois os remédios são adquiridos com o dinheiro de tributos, arrecadados de toda a população e destinados a todos os que dela necessitarem em razão de receita médica subscrita por médico do SUS.

Assim, o fornecimento dos medicamentos, bem como os serviços de saúde à qual integram ou complementam não podem se subsumir à legislação consumerista, porque não há que se falar em relação de consumo entre o paciente a quem foi receitado o medicamento e o profissional médico prestador de serviço do SUS que lhe receitou.

b) Paciente portador de receita médica decorrente de atendimento particular realizado em clínicas ou hospitais da rede privada de saúde.

Na relação paciente e empresa privada de saúde existe um exercício de atividade mercadológica de saúde, que é colocado à disposição do paciente para fruição.

Tratando-se de empresa atuante no mercado de saúde, o prestador do serviço é inegavelmente fornecedor e o paciente é consumidor e, conseqüentemente, todo questionamento pode ser feito com base na lei protetiva do consumidor, incluindo-se eventual pleito de fornecimento de medicamentos.

É certo que em regra dentro da rede privada de saúde não é de praxe a inclusão de atendimento na amplitude do SUS, abrangendo o fornecimento de medicamentos, exceto no que se refere aos utilizados durante a internação.

Nada impede, no entanto, que o contrato preveja o fornecimento de medicamentos, insumos ou equipamentos como próteses, pinos e parafusos; e nesses casos podem as empresas ser compelidas a fornecerem o quanto necessário, em razão da previsão constante no seu contrato de prestação de serviço, calcado na lei consumerista.

De se lembrar que no âmbito do direito privado, vigora a regra da ampla liberdade contratual, com a conseqüente possibilidade de formalização de contrato sem limitação de forma e conteúdo, exceto se houver vedação legal expressa, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (artigo 5º, II, CF)<sup>453</sup> Assim, perfeitamente possível a existência e realização de avença contratual na prestação de serviço que inclua o fornecimento de medicamentos.

Desse modo, se por estipulação entre as partes houver o dever da rede privada de saúde fornecer medicamentos, ou quaisquer outros materiais e estes forem negados, será possível o reclamo pelo fornecimento com fundamento na legislação consumerista.

Da mesma forma, também é cabível buscar o fornecimento de materiais e medicamentos que integrem o contrato junto aos planos de saúde, com base na legislação protetiva do consumidor.

c) Medicamentos receitados por empresa conveniada ao SUS, mas que também faz atendimento particular no mesmo local.

---

<sup>453</sup> A validade do negócio jurídico somente requer: I – Agente capaz; II – objeto lícito, possível determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

Vimos acima, que se a prestação de serviços médicos ocorrerem dentro do mercado de consumo, com igual comportamento e em concorrência com sociedades comerciais, aberta a um público indeterminado e mediante remuneração continuada, a esses serviços aplicam-se as regras da legislação do consumidor, ainda que esteja atendendo um paciente cuja remuneração é realizada através de convênio com o SUS.

Essa situação em nada altera para o paciente do SUS, no concernente ao fornecimento de medicamentos, pois o mesmo tem direito ao atendimento integral que inclui o direito de recebimento da assistência farmacêutica. O hospital que realiza a prestação de serviço deve-lhe este atendimento integral e o usuário poderá questionar e reclamar o recebimento do medicamento calcado na legislação consumerista.

Eventual inexistência de medicamentos, seja por “culpa” do SUS, seja por mau gerenciamento do estoque não exime a entidade médica do dever de fornecer o medicamento, ainda que através de aquisição no mercado de consumo; e esta atitude pode ser exigida pelo paciente, acionando a unidade hospitalar privada por meio das regras estabelecidas no CDC.

Posteriormente, o valor despendido deverá ou poderá ser objeto de “acerto” entre o ente hospitalar conveniado e o SUS, mas o paciente, por fazer jus ao atendimento integral, não deve ficar sem receber o medicamento que lhe foi receitado.

d) Pleito de medicamento calcado em receita médica subscrita por paciente de clínica ou hospital da rede privada de saúde.

O entendimento dominante na Administração Pública é que, apesar do Estado ter o dever legal de garantir a saúde da população, tal não implica que todos devem necessariamente ser atendidos pelo SUS, pois o texto constitucional pátrio permite o exercício privado da atividade médica.

Disso decorre que não obstante o medicamento lhe tenha sido receitado por entidade particular, não é inviabilizado a busca do mesmo junto ao poder público.

O fornecimento, entretanto, deve se submeter às mesmas regras do atendimento público, que exige regular cadastramento, apresentação de receita médica e relatório médico que discorra sobre a enfermidade e justifique a necessidade do medicamento. Esses documentos se fazem necessários para aferimento de consonância da receita com a enfermidade do paciente, garantindo-se que o fornecimento seja seguro e eficaz; e o

cadastramento é imprescindível para o controle de estoques, planejamento da dispensação e elaboração de listas para aquisição de medicamentos, mediante licitação.

Ainda que o medicamento pretendido seja de valor elevado, previsto na lista de medicamentos excepcionais, o paciente de entidade de saúde privada tem direito ao recebimento gratuito do medicamento, desde que demonstrado que o mesmo é adequado para a fase em que se encontra a enfermidade, nos termos das indicações constantes no protocolo clínico e diretrizes terapêuticas, que conforme já dito, traduz o melhor tratamento a partir de “consenso” com a comunidade médica mais atualizada e especializada.

Neste caso, não obstante a receita médica possa ter sido emitida por profissional da rede privada de saúde, o medicamento nele constante não pode ser reivindicado do sistema público de saúde calcado na legislação consumerista, pelos mesmos motivos expostos que impossibilitam a utilização desta legislação especial aos pacientes do SUS, qual seja, porque a assistência farmacêutica não se encontra no “mercado”, e são custeados por tributos, arcados por toda a sociedade.

## **5. O consumidor e o direito à assistência farmacêutica.**

Das situações expostas extrai-se que todas as pessoas têm garantido o acesso universal ao serviço público de saúde, podendo utilizá-lo na integralidade ou parcialmente, buscando-se, por exemplo, somente a aquisição do medicamento. Isto porque, tendo a CF estabelecido expressamente a possibilidade de a iniciativa privada atuar nos serviços de atenção à saúde (art. 199), pode a população utilizar um ou outro serviço.

Se houver recusa ou defeito na prestação dos serviços ou na prestação da assistência farmacêutica aos usuários do SUS, estes poderão reclamar da prestação perante o órgão competente, seja na via administrativa ou judiciária, mas não com fundamento na lei do consumidor.

A lei consumerista somente pode ser utilizada pela população para reclamo decorrente de prestação de serviço realizado por clínicas ou empresas de saúde administradas pela iniciativa privada, ainda que tenham prestado o atendimento através do SUS, em razão de convênio ou outra forma de avença contratual; e o fundamento é o fato de estarem no

mercado e a escolha do estabelecimento ter ocorrido em consonância com as regras de mercado.

A dispensação de medicamentos deve observar as mesmas regras existentes para o fornecimento aos pacientes diretamente atendidos pelo SUS, não sendo possível o atendimento de forma diversa para os pacientes originariamente atendidos pela iniciativa privada. Isto significa que, conquanto tenham sido os medicamentos receitados por médicos remunerados de maneira distinta (com verba do SUS ou com verba do setor privado), os pacientes devem observar as mesmas filas e aos mesmos devem ser aplicadas as mesmas regras e critérios de fornecimento de medicamentos utilizados para os pacientes da rede pública de saúde.

No caso de negativa do fornecimento de medicamentos pelo SUS (não importa quem lhes tenha receitado os medicamentos), os pacientes podem reivindicá-los junto ao poder público, administrativa ou judicialmente, mas sem fazer uso das regras de direito do consumidor.

Estas as respostas encontradas para a indagação motivadora da realização desta dissertação. Como anunciado na introdução, além de concluir-se quanto à incidência ou não das regras consumeristas nos serviços de assistência farmacêutica de incumbência do SUS, é interessante conhecer, tentar visualizar, meditar ou apenas refletir sobre algumas conseqüências dessa conclusão.

O direito à saúde, da qual decorre o direito à atenção farmacêutica, dirigido a toda a população brasileira é um direito social e, como característica deste direito, tem também como objetivo promover a correção das desigualdades sociais; possuindo, portanto um intento de realização da justiça distributiva.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que deve dirigir a aplicação de todas as regras estabelecidas na Constituição e todos os atos praticados pela população e pela administração pública. Assim, ela permeia a realização de todos os atos, devendo ser observados por toda a sociedade, o que inclui tanto as pessoas comuns, como o poder público.

Desse modo, tanto o direito à saúde como a garantia de resguardo da dignidade da pessoa humana têm como destinatário final as pessoas mencionadas no artigo 5º, da CF, que são todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país; ou seja, toda a população brasileira.



Já a legislação consumerista, apesar de ter o seu fundamento e reconhecida importância expressamente prevista na CF, somente é destinada a proteger essas mesmas pessoas numa relação de consumo. Se for verdade que é praticamente inconcebível no mundo atual pensarmos em alguém que não pratique atos de consumo, também é verdade que nem todos os atos realizados pelos mesmos são de consumo. Assim, muitas vezes ao adquirir, negociar, locar etc., não se pratica um ato de consumo, pois a relação estabelecida não se configura no que o próprio CDC estabelece como ato de consumo.

Disso temos que toda pessoa é potencialmente consumidora, mas nem todos os atos praticados pela mesma são atos de consumo; e, sob este aspecto, a legislação consumerista tem uma abrangência limitada.

Desde logo ressalta que não é pelo fato de não se aplicar o CDC que se deixará de ter os direitos e garantias fundamentais assegurados, especialmente no que toca na observância da garantia da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, estes direitos independem da condição de consumidor e decorrem do fato de ser pessoa humana, cuja dignidade é garantida desde a concepção, pela nossa Carta Magna.

No que tange à dignidade e o direito à vida, bem como no que concerne às garantias e direitos fundamentais, eles não são menos merecedores de atenção que o consumidor. São apenas modalidades distintas e a proteção específica do consumidor decorre do fato do constituinte ter entendido necessário assegurar de forma mais contundente e específica alguns direitos e garantias, pois na economia de mercado onde se realizam as atividades de consumo, muitas vezes os acontecimentos se lhe mostraram perniciosos.

Assim, não é porque foi criada uma proteção específica que o consumidor deixa de ser merecedor de proteção constitucional. O que ocorre é que a legislação consumerista, atendendo à realidade fática e a velocidade e contundência com que são apresentados os novos produtos e as novas necessidades de consumo, com algumas das necessidades criadas pelo fornecedor (como as grifes de mercadorias já existentes), veio para tentar regulamentar e garantir de forma mais clara e específica alguns direitos aos consumidores e ao mesmo tempo resguardar o próprio mercado de consumo.

O CDC não atende somente ao anseio do consumidor carente de proteção em face dos fornecedores, mas também assegura e estabelece claramente os deveres destes e garante para o consumidor a confiabilidade dos produtos comercializados, ao mesmo tempo em que exclui

ou mesmo dificulta o acesso ao mercado os fornecedores incapazes de observar suas regras na comercialização de seus produtos.<sup>454</sup>

Neste sentido, esclarece José Geraldo Brito Filomeno que o CDC, além da proteção ao consumidor em razão do reconhecimento constitucional de sua vulnerabilidade no mercado de consumo:

[...] cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de *desenvolvimento econômico e tecnológico*, viabilizando-se os *princípios da ordem econômica* de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e *educação – informação de fornecedores e consumidores* quanto aos seus *direitos e obrigações*.

Nesse sentido é que tem fundamental importância [...] o *incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços*, assim como de *mecanismos alternativos de solução e conflitos*; e aqui estão inseridos, porque de relevância manifesta, os chamados *‘departamentos ou serviços de atendimento aos consumidores como uma via de duas mãos’*.

Ou mais precisamente: no atendimento de *reclamações*, mas também no recebimento de sem dúvida valiosas *sugestões* dos próprios consumidores, beneficiando-se com isso, ambas as partes das relações de consumo.

[...] Mencionada *harmonia* que se visa alcançar mediante a implementação e efetiva execução do Código de Defesa do Consumidor também é buscada, ainda sob a inspiração do art. 170 da Constituição da república, pela *coibição de abusos* como a *concorrência desleal* nas práticas comerciais, pela *racionalização* dos serviços públicos e pelo *estudo constante* das modificações do mercado de consumo.<sup>455</sup>

Desse modo, ainda que em algumas situações, não seja aplicada a legislação consumerista, como na relação estabelecida entre o paciente e o SUS, esse não será prejudicado em seus direitos, seja no Judiciário, seja na seara administrativa.

Ou seja, apesar dos direitos da população não estarem inseridos no manto protetivo especial da legislação consumerista, quando o atendimento é feito exclusivamente pelo SUS, os destinatários dos serviços não serão prejudicados diante dos demais princípios constitucionais que protegem a pessoa humana, garantindo-lhes um tratamento digno.

O direito ao tratamento digno, à informação, ao tratamento igualitário e todos os princípios estabelecidos na CF, muitos deles também inseridos no CDC, abrangem toda a

<sup>454</sup> Podem ser citados como exemplos desta situação os produtos caseiros como queijos, requeijões, compotas, geléias, xaropes ou mesmo lingüiças e peças de carne, sem qualquer higiene ou inspeção sanitária, que em época não tão remota, eram facilmente comercializados em locais públicos; e este tipo de comércio foi bastante reduzido após o advento do CDC, justamente em razão das novas regras estabelecidas neste microsistema.

<sup>455</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 17-18.

população. Já a legislação do consumidor abrange somente parte deste universo, ou seja, as pessoas que se caracterizarem como consumidores, realizando atividade de consumo.

Cabe aqui reiterar que a inaplicabilidade da legislação consumerista se refere somente aos tópicos em que colidem com os regramentos aplicáveis à Administração Pública, sendo, portanto, aplicáveis a referida legislação quando as regras que não são colidentes e são complementares. Tanto que é perfeitamente possível o ingresso com ação coletiva, nos moldes do disposto no artigo 81 para o pleito de medicamentos, em razão da necessidade de que os produtos e serviços sejam fornecidos de forma adequada, segura, eficiente e, se essenciais, de forma contínua (art. 22), impondo-se a reparação dos danos no caso de descumprimento total ou parcial dessas obrigações (parágrafo único, do art. 22).

A partir das decisões francamente majoritárias dos Tribunais do país, tem-se entendido que cabe ao Estado conceder todos os medicamentos que forem receitados ao paciente através do profissional que lhe atende, independente de ser o prescriptor vinculado ou não ao SUS, porque a CF teria assumido como responsabilidade estatal o dever de saúde. As decisões são proferidas com fundamento no direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

O fato de a relação entre o paciente e o SUS, consoante entendimento aqui esposado, não se caracterizar como de consumo não tem influenciado nas decisões judiciais, nos pleitos de medicamentos formulados. Isto ocorre porque as decisões não têm sido tomadas a partir de produção de provas de recusa ou necessidade dos fármacos, de hipossuficiência técnica ou econômica do postulante, e sim calcadas no princípio da dignidade da pessoa humana, de onde se extrai que tudo o que possa estar ao alcance do Estado deve ser fornecido ao postulante, para salvar ou melhorar a sua vida.

No SUS existem regras de dispensação entre os vários tipos de medicamentos fornecidos aos pacientes do sistema, e o fornecimento dos mesmos ocorre através de regular credenciamento, observando-se critérios previamente estabelecidos. As decisões judiciais, contudo, não consideram as regras de dispensação existentes e assim, acabam determinando o fornecimento de medicamentos em condição de desigualdade em face dos pacientes regularmente cadastrados e atendidos pelo Estado.

O tratamento desigual para pessoas que se utilizam dos serviços do SUS promovido por decisões judiciais pode ocasionar injustiças, em desfavor justamente dos mais necessitados, já que o acesso ao Poder Judiciário, apesar de constitucionalmente garantido,

ainda não é uma realidade em todo o País, existindo grande parcela da população que se encontra desamparada desse direito.

Essa desigualdade no tratamento dos pacientes provenientes do Judiciário e do SUS ocasiona não só o descontrole na aquisição de medicamentos, muitos dos quais não previstos para dispensação, como também na previsão orçamentária; situações que podem alterar de forma prejudicial os planos de ação inicialmente previstos, de abrangência geral à população, como a vacinação em massa, o combate das doenças tropicais ou a prevenção de doenças como a dengue e a febre amarela; que podem causar danos a um número indeterminado de pessoas.

Como vimos, todos são potenciais usuários dos serviços do SUS (que não lhes podem ser negados) e são consumidores (ainda que não dos serviços do Poder Público), e estes que também são consumidores dos serviços que se encontram no mercado de consumo podem vir a ser prejudicados pela distribuição desigual dos serviços públicos que alterem, por exemplo, os recursos destinados à prevenção.

Tratando-se de direitos multifacetários decorrentes de um sistema distributivo que caracteriza os direitos sociais, nos quais se incluem as ações de saúde, a falta de recursos preventivos pode ocasionar prejuízos a todos. Neste sentido, pode ser mencionado como exemplo, o desvio de recursos destinados ao combate à febre amarela, que possibilite o alastramento da enfermidade para os centros urbanos, ocasionando danos em grande parte da população.

Assim, também sob a ótica da proteção pretendida pelo direito do consumidor, o agente de sua relação pode vir a ser prejudicado em razão de má ou desigual distribuição dos recursos da saúde, o que apesar de parecer que não se trate de “problema” de sua alçada, não deixa de sê-lo, se pensado no objetivo maior do constituinte de garantir o respeito da dignidade da pessoa humana em todo o ordenamento legal, no qual se insere a legislação consumerista.

Efetivar o direito e dever constitucional de promoção da saúde é dever de todos, e os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo devem procurar implementá-lo ou auxiliar na implementação, combatendo os desvios. É o que tem se verificado no decorrer dos anos, com o Executivo tentando aos pouco desenvolver as políticas públicas de saúde, garantindo a saúde da população, o Legislativo através de edição de leis assegurando mais concretamente o direito dos menos favorecidos da sociedade, *ex vi* a edição do Estatuto do Idoso, e ao

Judiciário forçando a Administração a cumprir o seu papel, impondo a realização de tratamento pleiteado judicialmente, bem como o fornecimento de medicamentos.

E, para conhecimento dos direitos assegurados, há necessidade de estabelecimento de regras mais claras, a fim de que todos saibam exatamente a dimensão outorgada pelo legislador em favor da população e as políticas públicas adotadas no setor da saúde. Isto porque, apesar da amplidão estabelecida pelo constituinte no que concerne ao direito à saúde, ela não deve ser entendida como ampla e irrestrita, devendo estar limitada na capacidade e na segurança do atendimento ao usuário.

Esses limites são as políticas públicas estabelecidas nas diversas áreas da saúde, em especial no tocante ao fornecimento de medicamentos, que devem ter a segurança e eficácia atestadas através de registro na Anvisa para a finalidade especificada, e que estejam contemplados nos planos de dispensação, a fim de que não se resvalém no princípio do atendimento igualitário previsto na Constituição.

A proteção da dignidade é afirmada dentro do próprio plano constitucional e, a partir dessas regras, tem-se que o correto seria que o acesso aos direitos sociais ocorra de forma universal e igualitária. Esse entendimento não importa em concluir que eventual regra geral que não contemple determinado medicamento para uma enfermidade, redunde em violação desse princípio. Ao contrário, eventualmente uma concessão indiscriminada é que pode redundar na sua violação, na medida em que os demais usuários do SUS poderão ser afetados pela concessão em desconformidade com as regras existentes.

A prestação de serviço de assistência farmacêutica deve ser feita de forma igualitária pela Administração Pública quando da efetivação das políticas públicas de saúde, bem como deve ser dado conhecimento ao Poder Judiciário das regras existentes. Por sua vez, cabe a este resguardar que seja observado o tratamento igualitário no acesso aos medicamentos, com observância das regras de dispensação já existentes, permitindo-se o fornecimento de forma diversa somente em casos excepcionais, a partir de demonstração de incorreção das regras existentes.

Acredita que esse tratamento igualitário seria melhor alcançado pelo Poder Judiciário se as decisões fossem tomadas dentro de processos coletivos, como a ação civil pública ou

mesmo o mandado de segurança coletivo, que tornariam as decisões mais abrangentes e igualitárias, atingindo um maior número de pessoas que se encontrem em idêntica situação.<sup>456</sup>

A concessão judicial de todo e qualquer medicamento que esteja no mercado não implica necessariamente em garantia desses direitos constitucionais, que pertencem a todos (incluídos obviamente os consumidores). Analisado sob a ótica do dever de promoção e garantia de saúde que deve ser efetivado pelo Estado com verbas limitadas, a distribuição não planejada das mesmas pode redundar em prejuízos a um número indeterminado de pessoas, que em razão disso podem ter violados justamente esses direitos garantidos constitucionalmente, que são o direito à vida e a garantia da dignidade, que justificam os pleitos judiciais.

---

<sup>456</sup> Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 240-241.

## VIII – CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado no presente trabalho, é possível deixar assentadas as seguintes conclusões:

1. A saúde, inicialmente entendida num conceito negativo, como ausência de doenças, a partir do entendimento firmado pela OMS, passou a ter uma concepção positiva, sendo entendida não só como ausência de doenças, mas também associada a um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

2. Este conceito foi adotado no Brasil, pela CF de 1988, a partir da decisão tomada na 8ª. Conferência Nacional de Saúde, que concluiu que o direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições de uma vida digna e acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a toda a população brasileira, com vistas a buscar o desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

3. Sendo saúde condição de uma vida digna, não é possível dissociar o direito à saúde da dignidade da pessoa humana, que conforme anunciado por Kant, deve ser entendida como um valor intrínseco que faz do homem um ser especial, único, dotado de consciência racional e moral, o que impede que tenha a sua vida desrespeitada ou aviltada, por qualquer ente ou pessoa.

4. A CF colocou o homem e a dignidade que lhe é intrínseca como um de seus fundamentos e o foco principal de seus comandos, estabelecendo direitos sociais vários para diminuir as desigualdades sociais e regionais, possibilitando e garantindo o bem-estar da sociedade. Em razão disso, com a elevação da dignidade da pessoa humana ao ponto máximo,

todo o sistema constitucional deve ser interpretado, tendo-se como linha mestra, a observância desse princípio.

5. Buscando justamente resguardar a dignidade da pessoa humana, já no Título II, da CF, foram estabelecidos os direitos e garantias fundamentais que, na irreparável definição de Canotilho<sup>457</sup>, se prestam a impedir a ingerência dos poderes públicos na esfera jurídica individual protegida e concede o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais e exigir omissões dos poderes públicos, evitando-se agressões lesivas por parte dos mesmos.

6. Ao lado da dignidade, o principal coadjuvante para assegurar a sua prevalência é o princípio da isonomia, que deve ser interpretado na acepção mais ampla, justamente para buscar atingir a finalidade exposta no artigo 3º, da CF, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminações.

7. A Constituição brasileira exige uma atuação governamental dirigente, para implementação do Estado do bem-estar que se obriga à satisfação de prestações sociais variadas, como a saúde, educação, segurança, amparo à infância e à velhice; mas ao mesmo tempo o Brasil tem retomado alguns princípios do liberalismo e, aos poucos, tem procurado repassar várias atribuições que lhe eram exclusivas, para a iniciativa particular, tendência esta que se verifica até mesmo na área da saúde.

8. O dever do Estado na prestação dos serviços de saúde deve ser efetivado através de implementação de políticas públicas, que são instrumentos de ação dos governos que devem visar, não só a efetivação do direito à saúde, como também que sejam diminuídas as desigualdades sociais.

9. O argumento da reserva do possível não isenta o Estado da necessidade de efetivar direitos sociais e somente em hipóteses localizadas e excepcionais podem ser invocadas, mas não devem servir de “muleta” para justificar a omissão estatal.

10. O surgimento do direito sanitário está vinculado ao desenvolvimento histórico da seguridade social, sendo que os princípios da universalidade, igualdade, equidade, integralidade, descentralização político-administrativa e participação da sociedade integram o

---

<sup>457</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.



conceito de Sistema Único de Saúde, em decorrência da incorporação constitucional da visão reformista sobre o papel do Estado, baseado no princípio do *welfare state*.

11. Em decorrência da integralidade no atendimento que é uma das características do SUS, nela se inclui a assistência farmacêutica, cuja implementação é realizada por meio de uma Política Nacional de Medicamentos, efetivada mediante ações articuladas entre a União, os Estados e os Municípios. Existem vários programas de dispensação, abrangendo medicamentos considerados comuns, que atendem as enfermidades mais corriqueiras, medicamentos que atendem a programas de atenção estratégica, e programas que atendem enfermidades específicas que demandam necessidade de medicamentos de alto custo.

12. Existem critérios para seleção de medicamentos, especialmente os de alto custo, objetivando-se a utilização adequada dos mesmos, considerando e sopesando os riscos e benefícios que podem apresentar à saúde. Para orientar a correta prescrição e aquisição dos medicamentos, são formulados e publicados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas de diversas enfermidades, elaborados a partir de consenso entre grupos e instituições independentes de conflitos de interesses.

13. O Poder Judiciário vem sendo chamado para garantir o fornecimento de medicamentos ao argumento de que é direito garantido constitucionalmente e que a negativa no fornecimento fere a dignidade da pessoa humana. A resposta do Judiciário tem sido, na gritante maioria dos casos, de concessão sem quaisquer questionamentos, entendendo-se que o direito à saúde é garantido na CF, devendo o Estado fornecer tudo o que for pleiteado pelo requerente. Não são consideradas as políticas públicas de saúde desenvolvidas no Estado e aplicados no âmbito do SUS aos seus pacientes, o que acarreta numa atenção desigual entre estes pacientes e os demandantes na esfera judicial, que em geral, pretendem recebimento gratuito de medicamentos que não estão incluídos na lista oficial de dispensação.

14. As ações judiciais têm demonstrado que não existe o conhecimento das políticas de medicamentos por parte da população, dos médicos que os prescrevem, bem como do Poder Judiciário, o que mostra a necessidade de esclarecimento de todos quanto à sua existência, a finalidade e a abrangência. As decisões judiciais deveriam considerar não só o indivíduo, mas a sociedade que será atingida pela decisão, já que não se trata de uma relação bilateral entre o Estado e o demandante, mas de uma relação multilateral em que a decisão tomada entre essas partes pode afetar indeterminado número de pessoas que não integram a relação processual.

15. Na solução de direitos sociais, como é o caso da saúde, a justiça não pode ser considerada de forma comutativa, mas distributiva, eis que se trata de repartição de um bem a que todos fazem jus, e o recebimento a maior ou de forma desproporcional por uns podem acarretar em diminuição para outros, o que não raras vezes acarreta em injustiça e desigualdade no acesso a esses bens.

16. As decisões do Poder Judiciário ao mesmo tempo em que redundam em grande repercussão financeira decorrente da necessidade de aquisição de medicamentos não previstos no orçamento e proporcionem uma desigual distribuição dos direitos sociais, têm também influenciado positivamente na implementação e aprimoramento das políticas públicas de saúde, como é o caso dos medicamentos para Aids e diabetes.

17. O CDC em diversos artigos se refere de forma expressa aos serviços de saúde, deixando claro que a legislação pode incidir sobre eles. No tópico concernente à Política Nacional de Relações de Consumo existem disposições que impõem ao Poder Público uma atuação efetiva e realização de diversas ações para garantia e efetivação dos direitos do consumidor, dentre as quais se inclui a garantia de que os produtos e serviços do mercado tenham padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. A atividade protetiva do consumidor é realizada de várias formas, dentre as quais, mais recentemente, através de agências reguladoras, que no caso da saúde conta com a atuação destacada da Anvisa, com o papel de administrar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e o objetivo precípuo de regulação, controle e fiscalização dos produtos que impliquem riscos à saúde pública; e a ANS, que tem a atribuição de regulamentar e fiscalizar a atuação das empresas de planos de saúde.

18. Cabe à Administração Pública, por si ou por seus delegados, a prestação de serviços públicos para satisfazer as necessidades da população, e dentre estes serviços se inclui a prestação dos serviços de saúde, os quais abrangem a assistência farmacêutica. Esses serviços são utilizados pela população de duas formas: a) *uti universi*, com usuários indeterminados, dirigidos à toda a coletividade, sendo indivisíveis e mantidos por tributos; b) *uti singuli*, com usuários determinados e utilização particular, mensurável e remunerados por tarifas.

19. Nos serviços prestados *uti universi*, como os de saúde, educação e segurança pública, as despesas são mantidas por tributos e o Estado exerce funções que extrapolam os interesses individuais, investindo-se na posição de agente político, e não de agente econômico. Diversamente do que ocorre com o fornecedor do CDC, não existe o objetivo de

lucro, mas de atendimento de deveres prestacionais estipulados constitucionalmente, com vistas ao bem-estar da população. Em razão disso, o serviço de saúde prestado pelo SUS não se insere na relação de consumo.

20. Isso não significa que os deveres legais previstos no CDC não devem ser cumpridos pelo Estado, ao contrário, devem ser cumpridos e o descumprimento enseja na possibilidade de impor-se o atendimento pelas regras vigentes no sistema legal, desde que não colidam com as regras administrativas existentes, que são próprias da Administração Pública. Assim, não é possível exigir-se o cumprimento de deveres de assistência farmacêutica, com fundamento no regime protetivo do consumidor, pois não se discute relação de consumo e porque existem regras e princípios específicos da Administração Pública que são colidentes, como a supremacia do interesse público sobre o particular, a presunção de legalidade dos atos administrativos, da impessoalidade etc.

21. O serviço público de saúde realizado diretamente pelo SUS ou através de empresa conveniada que faça o atendimento exclusivo do SUS não pode ser questionado aplicando-se as regras da legislação do consumidor; contudo, será possível a utilização do CDC em se tratando de prestação de serviço realizado por empresa ou clínica médica dentro do sistema privado, ou mesmo atendimento do SUS em concorrência com o sistema privado, por se inserirem nas regras do mercado. Com relação aos medicamentos exigidos do Poder Público, independente de a receita médica ter sido subscrita por médico do SUS ou do sistema privado, não podem ser reclamados com base na legislação consumerista.

22. É possível, entretanto, exigir-se de empresa conveniada do SUS, que também faça o atendimento privado, o medicamento que lhe seja devido, com base nas regras do CDC, por se tratar de empresa inserida no mercado de consumo. Tal não significa que a empresa deva arcar com os valores sem direito a ressarcimento, no caso dos medicamentos não estarem disponíveis no local para dispensação; pois a mesma pode buscar o reembolso do valor despendido perante o SUS.

23. Em razão do entendimento hoje esposado em grande parte dos Tribunais de Justiça do país, o fato de a relação entre o paciente e o SUS não se caracterizar como de consumo não tem influenciado nas decisões judiciais, que têm sido no sentido de concessão de tudo o que seja pleiteado, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

24. Ao conceder acesso a medicamentos aos que ingressam no Poder Judiciário com regras diversas das aplicadas às pessoas que dele necessitem em razão do atendimento no

SUS, não raras vezes acaba proporcionando um tratamento desigual entre os que ingressam com ação judicial e os que não ingressam. Entende que essa situação não é justa, especialmente porque o acesso ao Judiciário ainda não é amplo como seria desejável.

25. A decisão do Judiciário que determina o fornecimento de qualquer medicamento que é pleiteado pode vir a influenciar as políticas públicas de saúde e ocasionar desequilíbrio no atendimento realizado pelo SUS, o que pode ser prejudicial à população, que pode vir a ser atingida reflexamente pela ação judicial, em razão de desvios das verbas orçamentariamente previstas.

26. Todos são potenciais usuários dos serviços do SUS, cujo acesso que não lhes pode ser negado, e também consumidores e podem vir a ser prejudicados pela distribuição desigual que venha a ser realizada, que altere, por exemplo, os recursos destinados à prevenção. Tratando-se de direitos multifacetários decorrentes de um sistema distributivo que caracteriza os direitos sociais, nos quais se incluem as ações de saúde, a falta de recursos preventivos pode ocasionar prejuízos a um número indeterminado de pessoas. Como exemplo, pode-se citar o desvio de recursos para o combate à febre amarela, que possibilite o alastramento da enfermidade para os centros urbanos, ocasionando danos a grande parte da população.

27. Toda pessoa humana tem a garantia da dignidade estabelecida diretamente na Constituição e merece proteção dentro de todo o sistema legal, no qual se insere a legislação consumerista. Independe de realizar ato de consumo, o consumidor antes de tudo é uma pessoa humana e tem a dignidade que lhe é inerente garantida, e uma das formas de garanti-la é tendo acesso à saúde e aos medicamentos fornecidos pelo Estado de forma igualitária e universal.

28. Essa meta deve ser buscada não só pela Administração Pública quando da efetivação das políticas públicas de saúde, como também pelo Poder Judiciário, que deve resguardar que haja o tratamento igualitário, com observância das regras de dispensação de medicamentos já existentes. A dispensação somente poderia ocorrer fora dessas regras se demonstrada a incorreção das mesmas.

29. O tratamento igualitário seria melhor alcançado pelo Poder Judiciário se as decisões fossem tomadas dentro de processos coletivos, como a ação civil pública ou mesmo o mandado de segurança coletivo, que tornariam as decisões mais abrangentes e igualitárias, atingindo um maior número de pessoas que se encontrem em idêntica situação.

30. A concessão judicial de todo e qualquer medicamento que esteja disponível no mercado não importa necessariamente em garantir o direito à vida e à dignidade humana, pois se o dever de saúde do Estado deve ser destinado a todos, a distribuição não planejada das verbas para o cumprimento desse dever pode redundar em prejuízos a um número indeterminado de pessoas, que em razão disso podem ter violados justamente esses direitos garantidos constitucionalmente – vida e dignidade – que justificam as decisões judiciais.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Livros, dissertações e teses

ADAS, Melhem. *Geografia: o mundo subdesenvolvido – 7ª. Série, 5ª ed.*, São Paulo: Moderna, 2006

AGUIRRE, Juan-Luis Beltrán. *Legislación sobre Sanidad*. \_\_\_\_\_ (Coord.) 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Corde, 1994.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2000.

- \_\_\_\_\_. O reajustamento dos benefícios em manutenção. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (Coord.). *Temas Atuais de Previdência Social*, homenagem a Celso Barroso Leite. São Paulo: LTr, 1998.
- BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida* (ética ciência e saúde). Trad. ORRICO, Maria Patrícia de Saboia; PORRU Mauro; GONÇALVES Shirley Moraes. Salvador; São Paulo; Londrina (PR): APCE – HUCITEC – CEBES, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 1996.
- BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Leis dos planos e seguros de saúde: comentada e anotada: artigo por artigo, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação de caráter excepcional/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2004
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. \_\_\_\_\_ (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003,

- CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis n ° 8.080/90 e 8.142/90)*. 3ª ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor*. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- CASTANHEIRO Ivan Carneiro. *Planos de Saúde e dignidade da pessoa humana*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005.
- CHAVES, Marily Diniz do Amaral. *A saúde suplementar à luz da Constituição*. Monografia de doutorado em direito. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COHN, Amélia (et. al.). *A Saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. Planejar o desenvolvimento. A perspectiva institucional. In: *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- \_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8ª, Brasília, 1986. Anais. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.
- COSTA, Marcelo Martin. *Da tutela relativa aos deveres de fazer em face do Estado, à luz da jurisprudência pátria: enfoque nos direitos sociais*. Dissertação de mestrado, em Direito Processual Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



- CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde*. Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 258.
- DEL NERO, Carlos R. O que é Economia da Saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco e VIANNA, Solon Magalhães (Orgs.). *Economia da Saúde: Conceito e Contribuição para a Gestão da Saúde*. Brasília: IPEA, 1995.
- DENARI, Zelmo (et. al.) *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. Salvador-Bahia: Podivm, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo : Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002.
- DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA CALDAS AULETE. GARCIA, Hamilcar de. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Delta. Direitos autorais adquiridos de E. Pinto Basto Cia. Ltda. Lisboa-Portugal, 1980.
- DICIONÁRIO AURÉLIO BÁSICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.
- FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade da pessoa humana. In. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais de Direito e os 'standarts' jurídicos no Código Civil*. Tese de doutorado em Direito Civil. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.
- FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. V. 2 – arts. 104 a 250. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. São Paulo: MP Ed., 2006.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARCIA, Hamilcar de. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete*, 3ª. Ed.. Rio de Janeiro: Delta. Direitos autorais adquiridos de E. Pinto Basto Cia. Ltda. Lisboa-Portugal, 1980.
- GIACOMONI, Jame. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2005.
- GIAMBIAGI, Fabio Giambiagi e ALÉM, Ana Claudia. *Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- GONZÁLEZ-POSADA, Juan Garcia. La organización del sistema sanitario español. *Lecciones de Derecho Sanitario*, vol. 47. SÁNCHEZ, Miguel Juane (Coord.). Coruna: Universidade da Coruña, 1999.
- GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de (et. al.) *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editores : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 5ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. QUINTELA, Paulo. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KERTZMAN, Ivan Mascarenhas. *Curso prático de Direito Previdenciário*. Salvador: Jus PODIVM, 2005.
- KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- LAMB, Lore; SANTOS, René José Moreira dos. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. – Brasília: CONASS, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais. *Direitos Humanos. Visões contemporâneas*. Publicação especial em comemoração aos 10 anos da Fundação da Associação Juizes para a Democracia. São Paulo: Método, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Sociais - Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MARTINEZ, Adilsen Claudia. *A infância e o direito difuso à saúde*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002.
- MANUS, Maria Eugenia Olivier Moreira Manus. *Medicamentos no âmbito da relação jurídica de consumo*. Monografia de Mestrado em Direito do Consumidor. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001, p. 7.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 8<sup>o</sup> vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

- MASSA-ARZABE. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEDICI, André Cezar. Aspectos Teóricos e Conceituais do Financiamento das Políticas de Saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães Vianna (Orgs.). *Economia da Saúde: Conceito e Contribuição para a Gestão da Saúde*. Brasília: IPEA, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros editores, 2003, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde: Saúde como Direito de todos e dever do Estado*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.
- MOCCIA, Maria Hermínia Penteadó Pacheco e Silva. *Direito à saúde e a responsabilidade do Estado*. Dissertação de mestrado em Direito Administrativo. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MUKAI, Toshio. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Remédios Constitucionais*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2002.
- PAIM, Jairnilson Silva. Direito à Saúde, Cidadania e Estado. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca. *Os interesses organizados na saúde e a resistência à mudança*. Dissertação de Mestrado em Administração. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, (s.d.).
- PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães (Orgs.). *Economia da Saúde: conceitos e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília: IPEA, 1995.
- PLANO BEVERIDGE. ANDRADE, Almir de (Trad.) Edição integral conforme o texto oficial publicado pelo Governo Britânico. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- PODVAL, Maria Luciana Oliveira Facchina. *Serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.
- PONNTAROLLI, Deise Regina Sprada; GONTIJO, Maria Helena Lemos. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004.

- PORT, Otávio Henrique Martins. *A eficácia dos direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002.
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- RIBEIRO, Renato Jorge Brown Ribeiro. *AFO – Administração Financeira e Orçamentária*. Vestcon: Brasília/DF, 2003.
- ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência no direito das relações de consumo*. Dissertação de mestrado em direito do consumidor. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3<sup>a</sup> ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SICHES, Luis Recasens. *Vida Humana, sociedad y derecho*. Fundamentación de la Filosofía del Derecho. México: Fondo de Cultura Economica, 1963.
- SILVA, Enio Moraes da. *O Estado Federado na defesa dos interesses transindividuais*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2005.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SINGER Paul; CAMPOS, Oswaldo; OLIVEIRA, Elizabeth Machado de. In: ALMEIDA, Fernando Lopes de e FERNANDES, Francisco Rego Chaves (Seleção e Coord.). *Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.

PIRES, João Batista Fortes de Souza. *Contabilidade Pública*. Brasília: Franco & Fortes, 2002.

PLANO BEVERIDGE. Tradução de ANDRADE, Almir de. (Edição integral conforme o texto oficial publicado pelo Governo Britânico). Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

PORT, Otávio Henrique Martins. *A eficácia dos direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito à saúde. In: MORAIS, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado social: o direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, vol. 1, 2003.

VIEIRA, Walderês Martins. *A atuação do Estado na implantação do direito à saúde*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito e do Estado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

VOCABULÁRIO JURÍDICO. SILVA, Plácido e. 9<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WATANABE, Kazuo (*et al*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

YOSHIKAWA, Lidia Hatsumi. *Prestação de serviço público de saúde*. Dissertação de mestrado em direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000.



ZAJAC, Rosely. *Direito à Saúde: distinção entre prevenção e tratamento, ações e serviços*. Dissertação de Mestrado em Direito Previdenciário. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

ZARZUELA, José Lopes. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.) *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

## 2. Artigos e periódicos

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan.–mar. 2001.

BALERA, Wagner. O Direito Constitucional à Saúde. *Revista de Previdência Social*. São Paulo, 16 (134), 1992.

BERGEL, Salvador Dario. Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 9, jul./dec. 1998

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coords.) *Temas Atuais de Direito do Consumidor (1)*. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo: IBAP, APRODAB e Arte & Letra. Vol. 40, Nov.-Dez. 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2001

MARQUES, Silvia Badin; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, Fev. 2007, vol. 41, no. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lei Positiva e Lei Natural*. *Cadernos de Direito Natural* n. 1, 1<sup>a</sup> ed. Centro de Estudos Jurídicos do Pará: Pará, 1985.

MORAIS, Voltaire de Lima. Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, vol. 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, jul.-set.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista Direito do consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 28-32, abr./jun. 1995.

VADILLO, Enrique Ruiz. El derecho sanitario y su Marco Constitucional. SÁNCHEZ, Miguel Juane (Coord.). *Lecciones de Derecho Sanitario*, vol. 47. Coruna: Universidade da Coruña, 1999.

### 3. Artigos em jornais e revistas

BALTHAZAR, Ricardo. Economia aflige americanos e domina o debate eleitoral. Artigo publicado no jornal *Valor Econômico*. Edição de 20 dez. 2007

BARATA, Luiz Roberto Barradas. “Não. Regulamentar é o melhor caminho”. Artigo publicado em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”. *Folha de S. Paulo*. Edição de 17 mar. 2007, p. A 3.

CEBRAP. Igualdade Como Ideal. Entrevista com Ronald Dworkin. *En publicacion: Novos Estudos*, no. 77. CEBRAP, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, Rio de Janeiro, Brasil: Brasil. Março. 2007.

COLLUCCI, Claudia. “Ministério da Saúde bancará homeopatia e acupuntura”, consoante Portaria n. 971 que pode ser acessada no site <[www.in.gov.br/materias/sml/do/secao1/2117398.sml](http://www.in.gov.br/materias/sml/do/secao1/2117398.sml)>. *Folha de S. Paulo*. Edição de 9 maio, 2006, p. C 6.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Sobre direito à saúde e medicamentos. Artigo publicado na página A3, seção Tendências e Debates. *Folha de S. Paulo*. Edição de 10 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. De quem é o SUS? A interpretação inadequada dos princípios do SUS pode gerar um sentimento negativo de que o direito à saúde é uma promessa utópica. Artigo no jornal *Folha de S. Paulo*. Edição de 20 dez. 2007

JUNIOR, Cirilo. Adulteração do leite diminui demanda e preço cai ainda mais, diz IBGE. *Folha de S. Paulo*. Edição de 07 nov. 2007.

MICHEL, Andrea; SILVA, Luisa Alcântara e; SOLANO, Pablo. Soda é misturada ao leite há 2 anos, dizem funcionários. *Folha de S. Paulo*. Edição de 25 out. 2007.

OLIVEIRA, Ana Paula de; MANTOVANI, Flávia. Hospitais de São Paulo oferecem suítes cinco estrelas. *Folha de S. Paulo*, Edição de 23 jun. 2005, caderno Equilíbrio.

RODRIGUES, Karine. ANS admite falhas e encerra adaptação de planos antigos. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 15 jan. 2005, Caderno 1, p. 13.

SANT'ANNA, Lourival. O mito de boa saúde pública – Imagem positiva se mantém proibindo-se estrangeiros de entrar em hospitais para cubanos. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 04 maio 2003.

SEMER, Marcelo. “Sim. Garantindo o exercício dos direitos”. Artigo publicado em resposta à indagação: “É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?”. *Folha de S. Paulo*. Edição de 17 mar. 2007, p. A 3.

REUTERS E AFP (Extraído de agências de notícias internacionais pelo jornal). China debate mais investimento em saúde, notícia publicado no Jornal *O Estado de São Paulo*. Edição de 08 mar. 2007.

WESTIN, Ricardo. Os sem-remédio recorrem à Justiça. *O Estado de S. Paulo*. Edição de 5 fev. 2006, p.A22.

\_\_\_\_\_. Justiça manda Estado pagar por supérfluos. *Jornal da tarde*. Edição de 15 mar. 2006.

### **3. Sites consultados**

ANS. Regulação feita pela ANS atrai chineses ao Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portalv4/site/noticias/noticia\\_24124.asp?secao=Home](http://www.ans.gov.br/portalv4/site/noticias/noticia_24124.asp?secao=Home)>, acesso em 09 mar. 2008.

APPIO, Eduardo. *As políticas públicas de saúde no Brasil e o papel do Poder Judiciário*. Disponível em:

<[http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=125](http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=125)>,

Acesso em: 07 dez. 2006.

ARTEAGA, Oscar. “Sistema de Salud Chileno” apresentado no *Seminário Políticas de Saúde Pública no Chile e Brasil*. Realizado nos dias 9 e 10 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/detalheseventos.cfm?EventoId=3704>>, acesso em 09 de mar. 2008.

BARATA, Luiz Roberto Barradas. *Remédio na dose certa*. Disponível em: <[http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD\\_CHAVE=30602&btImprimir=SIM](http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=30602&btImprimir=SIM)>, acesso em 22 fev. 2007.

BITTAR, Rodrigo. “Líderes vão definir regulamentação da Emenda 29 no Senado”, *Agência Câmara*, pauta 06/02/2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=116906>>, acesso em 08 mar. 2008.

CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/vernoticia.asp?cn=234>>, acesso em 23 jan. 2008.

CESCR General Comment 14 (E/C 12/2000/4). *Committee on economic, social and cultural rights: The right to the highest attainable standart of health*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>>, acesso em 08 mar. 2008.

CHAN, John. “Tumulto na China contra a deterioração da saúde pública”, publicado originalmente em inglês, na *World Socialist Web Site* <[www.wsws.org](http://www.wsws.org)>, em 27 nov. 2006. Disponível em: <[http://www.wsws.org/pt/2006/dec2006/por5-d07\\_prn.shtml](http://www.wsws.org/pt/2006/dec2006/por5-d07_prn.shtml)>, acesso em 09 mar. 2008.

COLLUCCI, Cláudia. *Capital paulista ganha novo hospital top de linha*. Disponível em: <[http://www.dialogomedico.com.br/servicos/acesso\\_pesquisa\\_clinica/noticias/capital\\_paulista\\_hospital\\_linha\\_PT.htm?freetextitem1page=2](http://www.dialogomedico.com.br/servicos/acesso_pesquisa_clinica/noticias/capital_paulista_hospital_linha_PT.htm?freetextitem1page=2)>, acesso em 19 jan. 2008.

COMMUNE DE MORSANG-SUR-ORGE. Disponível em: <[http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_la47.shtml#](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la47.shtml#)>, acesso em 09 mar. 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. “A Constituição Alemã de 1919”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>, acesso em 09 mar. 2008.

CONASSENS. Conselho Nacional de Secretários de Estado. Disponível em <<http://www.conass.org.br>>.

CONSTITUIÇÃO ALEMÃ. Traduzida para a língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/Startseite.html>>, acesso em 09 mar. 2008.

CONSTITUIÇÃO DE CUBA. Site oficial da embaixada de Cuba. Disponível em: <<http://embacu.cubaminrex.cu/Default.aspx?tabid=2214>>, acesso em: 16 jan. 2008.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Disponível em: <<http://www.msal.gov.ar>>, acesso em 09 mar. 2008.

CONSTITUTION OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA. Versão em português (não-oficial). Disponível em: <<http://www.imprensa.macao.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>, acesso em 09 mar. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição para a Justiça social*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/damoldallari/dallari\\_justsoc.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/damoldallari/dallari_justsoc.html)>, acesso em 22 mar. 2007.

FLEMMING, Liane; GOMES, Ana Paula. A ‘des-hospitalização’ e as novas propostas dos ambientes hospitalares na sociedade de consumo. Trabalho apresentado no 4º. *Congresso Internacional de Pesquisa em Design*. Rio de Janeiro, 11 a 13 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.anpedesign.org.br/artigos/pdf/A%20%93des-hospitaliza%E7%E3o%94%20e%20as%20novas%20propostas%20dos%20ambientes%20%85.pdf>>, acesso em 19 jan. 2008.

INDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DOS PAÍSES MEMBROS DA ONU. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/pobreza\\_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde](http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde)>, acesso em 09 mar. 2008.

JUNIOR, Antonio. Assessoria de Imprensa da Comissão de Seguridade Social e Família. “Temporão: só a regulamentação da Emenda 29 não resolve”, 12/09/2007. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/comissoes/cssf/temporao-so-a-regulamentacao-da-emenda-29-nao-resolve>>, acesso em: 08 mar. 2008.

LASSEY, M. L.; LASSY W. R. ; JINKS, M.J. Health Care Systems around the World. Cracteristics, Issues, reforms. Usa, Prentice-Hall, Inc., 1997, *apud* AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 8. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/portal/upload/aans/publicacoes/livro\\_regulacao\\_e\\_saude.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/aans/publicacoes/livro_regulacao_e_saude.pdf)> , acesso em 30 abr. 2006.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas*. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05\\_protocolos.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf)>, acesso em 08 mar. 2008

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

PROCON. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/linha/procon.htm>>, acesso em 23 jan. 2008.

PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS. Disponível em: <[http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05\\_protocolos.pdf](http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf)>, acesso em 28 jun. 2007.

RESOLUÇÃO MINISTERIAL da Argentina. Disponível em: <[http://www.msal.gov.ar/htm/Site/pngcam/normas/94\\_282.htm](http://www.msal.gov.ar/htm/Site/pngcam/normas/94_282.htm)>, acesso em 09 mar. 2008.

SANTOS, Lenir dos. Saúde: ilegalidades e inconstitucionalidades . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6897>>. Acesso em 08 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. A quem pertence o SUS? Artigo disponível em: <<http://www.cutrs.org.br/index.php?option=content&task=view&id=2940&Itemid=83>>, acesso em: 27 mar. 2008.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em:  
<[www.saude.sp.gov.br](http://www.saude.sp.gov.br)>.

SILVA, Silvio Fernandes da. A saúde na Espanha e comparação com o Brasil (texto preparado pelo Núcleo de Relações Internacionais do CONASEMS). Disponível em:  
<[http://www.conasems.org.br/files/Saude\\_Espanha\\_comparacao\\_Brasil\\_jul\\_07.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Saude_Espanha_comparacao_Brasil_jul_07.pdf)>, acesso em 14 mar. 2008.

SILVEIRA, Luiz da. (Relator) Parecer da Procuradoria Geral da República de Portugal. Disponível em:  
<<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/cef5659fd428518b8025661700420807?OpenDocument>>, acesso em 09 mar. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em:  
<[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)>.

VACINA ANTI-AMARÍLICA. Quem deve tomar. Disponível em:  
<<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/febreamarela/index.php>>, acesso em 28 jan. 2008.

#### **4. Constituições e legislações consultadas.**

Código Civil.

Código de Defesa do Consumidor.

Código de Processo Civil.

Constitución Política de La República del Chile, de 1980.

Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar).

Constituição Alemã de 1949.

Constituição da Argentina, de 1994.

Constituição da Espanha, de 1978.

Constituição das Pessoas da República da China, de 1982.

Constituição de Cuba.

Constituição do Brasil.

Constituição do México de 1917.

Constituição dos Estados Unidos da América.

Constituição Política da República do Chile, de 1980.

Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estatuto do Idoso.

Lei da Ação Civil Pública.

Lei de Patentes.

Lei Orgânica da Saúde.



# 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](#)