

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Karina Bozola Grou

**O acesso a medicamentos como direito humano fundamental**

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

Karina Bozola Grou

**O acesso a medicamentos como direito humano fundamental**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.

SÃO PAULO

2008

**Banca Examinadora**

---

---

---

### **Agradecimentos**

Muitas pessoas têm minha profunda gratidão e muitas delas não caberão aqui:

Aos meus pais, Humberto e Marlene, pelo suporte e pela incansável torcida ao longo da vida e também agora;

Ao Estevão e à Mara pelo incentivo;

Ao Alfredo, pelas acolhidas encorajadoras em grande parte deste caminho;

Ao Mário e à Lígia, pelo exemplo;

Ao João, pela alegria durante as aulas e sempre;

À Juju, pelo apoio constante e pela amizade;

À Andrea, por todas as razões.

Àqueles que não estão aqui, meu sincero obrigada.

Gostaria de agradecer especialmente ao meu orientador, professor Vidal, pelas lições precisas, pela generosidade em compartilhar idéias, livros e conhecimento, e pelo privilégio da amizade.

Também à professora Flávia Piovesan, pelos ensinamentos valiosos, pelo apoio e pelo exemplo.

Aos professores Roberto Baptista Dias da Silva e Luciana Temer Castelo Branco, pelas contribuições cuidadosas e valiosas durante a qualificação deste trabalho.

## Resumo

Este trabalho dedica-se à análise do acesso aos medicamentos como parte essencial do direito à saúde e, conseqüentemente, do direito à vida, incluindo o atual debate acerca do papel do Poder Judiciário para sua efetivação. O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia jurídica permitem identificar a estreita ligação entre o seu núcleo essencial e o direito à saúde. Direito social da segunda geração de direitos humanos fundamentais, o direito à saúde está garantido pela Constituição Federal de 1988 de forma privilegiada, que reconhece sua relevância pública, a aplicabilidade imediata das normas que o abrigam e a solidariedade dos entes públicos no dever de cuidar da saúde das pessoas.

A partir do ordenamento jurídico vigente, as principais objeções à atuação do Poder Judiciário podem ser superadas. São elas: o princípio da separação dos poderes, a discricionariedade administrativa na eleição daqueles medicamentos integrantes das listas públicas, os princípios e as regras orçamentárias que regem as receitas e despesas públicas e os limites orçamentários para implementar os direitos sociais, “reserva do possível”. Por meio do estudo do mínimo existencial e de sua intrínseca relação com o núcleo da dignidade da pessoa humana, onde está obrigatoriamente incluído o direito à saúde, conclui-se que o direito à saúde e o acesso a medicamentos são direitos públicos subjetivos, podendo ser exigidos judicialmente. Mais do que isso, sendo necessário preservar a saúde e a vida digna, o Judiciário deve garantir que o Sistema Único de Saúde forneça o medicamento em questão, ainda que não pertencente às listas públicas, sob pena de descumprir a essência da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** direito humano fundamental; dignidade da pessoa humana; direito à saúde; medicamentos.

## **Abstract**

This study was aimed to analyse the access of medicines as an essential part of the right to health and, consequently, the right to life, including the current debate regarding the Judiciary role to implement them. The content of the human dignity principle and its legal effectiveness allow identifying the close link between its essential nucleus and the right to health. Social right of the second generation of the fundamentals human rights, the right to health is privilegedly guaranteed by the Federal Constitution of 1988, which recognizes its public relevance, the immediate applicability of the norms that assure the right to health, and the solidarity of the public authorities in their obligation to take care of people's health.

By the legislation in force, it is possible to verify that the main objections concerning the Judiciary performance can be surpassed. They are: the principle of separation of powers, discretionarity of public administration in choosing which medicines integrate the public lists, budgetary principles and rules that guide the public revenues and expenditures and budgetary limits to implement social rights. Through the study of the minimum threshold and its intrinsic relation to the core of human dignity, which includes the right to health, it is concluded that the right to health and the access to medicines are subjective public rights and may be required judicially. More than that, if it's necessary to preserve the health and the worthy life, the Judiciary must guarantee that health public system (Unified Health System) supplies the medicine demanded, even if it does not integrate the health public system list of medicines, under penalty of violating the essence of the Federal Constitution.

**Keywords:** human rights; dignity of the human person; right to health; medicines.

## Índice

Introdução .....	10
<b>1 O DIREITO À VIDA, O DIREITO À SAÚDE E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>15</b>
1.1 Direitos humanos fundamentais: a nomenclatura adotada neste trabalho .....	15
1.2 O princípio da dignidade humana e os direitos humanos fundamentais .....	18
1.2.1 Princípios jurídicos: características e força vinculante .....	18
1.2.2 O princípio da dignidade humana .....	25
1.3 Vida e saúde: direitos humanos fundamentais .....	32
1.3.1 As gerações de direitos humanos fundamentais e os direitos à vida e à saúde .....	32
1.3.2 A Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos fundamentais .....	41
1.3.3 Vida e Saúde na Constituição Federal de 1988 .....	47
1.4 O direito à saúde e o acesso aos medicamentos .....	56
1.5 Direitos humanos fundamentais: indivisibilidade e interdependência .....	59
<b>2 A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS GARANTIDORAS DO ACESSO AOS MEDICAMENTOS .....</b>	<b>65</b>
2.1 As normas constitucionais quanto à eficácia: algumas classificações doutrinárias .....	65
2.2 A eficácia jurídica e a força vinculante das normas constitucionais .....	70
2.3 Algumas notas acerca da eficácia jurídica dos direitos sociais, e, em especial, do direito à saúde .....	76
2.4 As normas infraconstitucionais sobre acesso aos medicamentos .....	90
<b>3 A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A FORMA FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO .....</b>	<b>98</b>
3.1 O federalismo e a repartição de competências na Constituição Federal de 1988 .....	98
3.2 União, Estados e Municípios: competências em matéria de saúde .....	102

3.3 Os princípios do Sistema Único de Saúde .....	112
3.4 A divisão de competências no Sistema Único de Saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos .....	120
3.5 Ciclo do fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde .....	124
3.5.1 As etapas administrativas para a dispensação de medicamentos .....	124
3.5.2 O anterior registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária .....	129
<b>4 AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AO ACESSO AOS MEDICAMENTOS POR MEIO DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE .....</b>	<b>130</b>
4.1 Considerações iniciais .....	130
4.2 A Tripartição de Funções: Executivo, Judiciário e Legislativo .....	131
4.3 A Discricionariedade Administrativa .....	138
4.4 Princípios Orçamentários .....	145
4.5 A Reserva do Possível .....	153
<b>5 A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA SOBRE INTERESSES ADMINISTRATIVOS E FINANCEIROS .....</b>	<b>157</b>
5.1 O mínimo vital .....	157
5.2 A dignidade humana e o mínimo vital ante as supostas objeções ao acesso aos medicamentos .....	166
5.2.1 A fundamentalidade da dignidade da pessoa humana e da saúde .....	182
5.3 O Supremo Tribunal Federal .....	187
5.4 O caso dos anti-retrovirais .....	197
5.4.1 Os autores das ações judiciais e os prescritores das receitas médicas ..	200
5.4.2 Alternativas administrativas para garantir o acesso aos anti-retrovirais ..	203
Conclusões .....	209
Bibliografia .....	217

## Introdução

Um dos maiores desafios da atualidade é manter a coerência entre o direito posto e a realidade, sobretudo diante dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde.

No Brasil, ao lado dos duros questionamentos e críticas quanto ao desempenho dos Poderes Públicos na implantação de políticas relacionadas aos direitos humanos fundamentais, que quase sempre ficam muito aquém do necessário e esperado, ainda subsistem controvérsias no que diz respeito à eficácia jurídica e à aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Mesmo a aptidão para possibilitar a exigência, inclusive por meio judicial, de sua plena realização, é por vezes colocada no centro das discussões. Estaria o Judiciário impedido de avaliar e determinar o cumprimento dos direitos sociais?

Também chamados de direitos prestacionais, os direitos sociais colocam luzes na questão da (in)suficiência de recursos financeiros para a realização dos mesmos, o que pode se agravar em uma sociedade ainda em desenvolvimento, que sofre com a falta de condições dignas de existência. Apesar de algumas vezes apontarem que a necessidade de recursos financeiros também é uma das condições para a concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, é atrelada à segunda geração (direitos sociais) que a questão financeira ganha maior destaque, muitas vezes sendo vista como verdadeiro limite fático à realização de um direito social, como é o caso do direito à saúde. A alegação de falta de recursos pode justificar o não atendimento ao socorro necessário à saúde e à vida de uma pessoa? Como fica esta questão no cenário brasileiro, onde se vêem desperdício de recursos, fraudes e desvios de verbas públicas?

O tema aqui abordado, acesso a medicamentos como direito humano fundamental, passa, desse modo, pelas discussões acerca do conteúdo jurídico do direito à saúde e das medidas necessárias para sua concretização. Seria possível

limitar, *a priori*, quais prestações de saúde o Estado estaria obrigado a fornecer? Quem faria tal escolha e sob quais diretrizes? Especificamente em relação ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), insumos essenciais à saúde e à vida das pessoas, o acesso via “judicialização” ganhou, mais recentemente, novos contornos diante das discussões que passaram a ser travadas sobre os eventuais limites ao direito dos cidadãos de acesso aos medicamentos, especialmente àqueles de alto custo.

Diversos secretários e gestores de saúde passaram a defender a necessidade de uma regulamentação restritiva dos pedidos judiciais, vinculando o direito às relações públicas de medicamentos. As justificativas são o comprometimento da organização do SUS e da dispensação regular de medicamentos, que poderia ficar prejudicada em virtude da necessidade de remanejamento de vultosos recursos para atender a pedidos isolados e individuais. Muitos gestores estaduais têm alardeado nos veículos de imprensa o crescente número de pedidos judiciais e o igualmente crescente montante de recursos destinados a atendê-los. Até mesmo o Poder Judiciário, que majoritariamente se posiciona favoravelmente ao pleito dos usuários, começa a se sensibilizar, de certo modo, com a tese dos gestores e de alguns doutrinadores. Será que o atendimento aos pedidos judiciais pode de fato comprometer o fornecimento de outros medicamentos? Será que o Estado não poderia remanejar tais recursos de setores menos prioritários do que o da saúde? Podem mesmo ser colocados na balança, de um lado, a suposta saúde de muitos e, de outro, a saúde e a vida de um? O alto número de pedidos judiciais não indicaria alguma(s) falha(s) administrativa(s) que mereceria(m) correção diferente da simples limitação dos pedidos judiciais?

Em sentido oposto àqueles que desejam coibir o direito de acionar a Justiça para cobrar o acesso aos medicamentos há outro movimento em curso, que defende a educação continuada dos profissionais de saúde voltada à prescrição responsável e à prevenção de desvios que possam existir, soluções administrativas que se antecipem às ações judiciais e, além disso, a destinação de mais recursos para o SUS. Aqui estão os que consideram inadmissível, ante o conteúdo da dignidade da

pessoa humana, deixar de atender a quem precisa de um medicamento mais caro, condenando-o por vezes à morte, supostamente para assegurar o atendimento de um grupo maior de pessoas.

O tema escolhido é complexo e intrincado, envolvendo muitas facetas, o que praticamente inviabiliza um tratamento integral e definitivo. Ciente desta limitação, este trabalho partirá da Constituição Federal que, ao determinar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impôs a universalidade, a igualdade e a integralidade das ações e serviços de saúde, o que inclui o acesso aos medicamentos. O direito à saúde, corolário do direito à vida, é direito humano fundamental, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tem eficácia e aplicabilidade imediata, vinculando os Poderes Públicos à necessidade de sua concretização.

Com base no direito positivo brasileiro, pretende-se sustentar que as objeções que se colocam ao acesso aos medicamentos por meio do SUS são superadas a partir de interpretação sistemática das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que rege a organização e o funcionamento do SUS, especialmente a que se dedica ao fornecimento de medicamentos. A unidade e os princípios específicos do Sistema guardam perfeita correspondência com a Constituição Federal. Em termos gerenciais, certamente, a regulamentação específica é de grande valia para o funcionamento da rede pública de saúde. Contudo, não pode sobrepor-se à lei e à Constituição de modo que dificulte ou a impeça a garantia do direito humano fundamental à saúde.

Não há como negar a insuficiência de recursos, que se agrava diante da falta de regulamentação adequada da Emenda Constitucional 29, cuja pretensão é definir, de uma vez por todas, a composição do orçamento da saúde. Contudo, não se pode perder de vista que o direito à saúde e o direito à vida assumem posição prioritária, integrando o núcleo da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem esta garantia, todas as outras perdem sentido. É neste contexto que a falta de recursos

deve ser trabalhada pelos operadores do direito, e não como limite fático à preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas.

Sustentando este entendimento, a primeira parte deste trabalho se dedica a expor o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 aos direitos humanos fundamentais, com destaque para o direito à vida e o direito à saúde, dos quais decorre o direito aos medicamentos. A relação umbilical com o princípio da dignidade humana está exposta desde o início deste trabalho, bem como a extensão de sua eficácia jurídica, que acabará vinculando a eficácia do direito à saúde. A seguir, serão abordadas a eficácia plena e aplicabilidade imediata dos dispositivos constitucionais que tratam da saúde. E a exigibilidade do acesso aos medicamentos será explicitada a partir da exposição das normas que cuidam especificamente da assistência farmacêutica.

O federalismo brasileiro e os princípios específicos do SUS serão tratados conjuntamente, de modo que se verifique a perfeita correspondência com o federalismo de equilíbrio. Explicitando a organização do SUS, o ciclo da assistência farmacêutica será traçado, ou seja, o caminho detalhado percorrido por determinado medicamento desde a sua seleção para compor as listas públicas de medicamentos até a dispensação ao usuário.

Por fim, estão os contornos das principais objeções ao acesso aos medicamentos por meio do SUS, suscitadas especialmente quando a questão do acesso é posta diante do Poder Judiciário. O conteúdo jurídico da tripartição de poderes, da discricionariedade administrativa, dos princípios orçamentários e demais normas pertinentes ao orçamento público e da “reserva do possível” será exposto, iniciando-se, já nesta primeira abordagem, as linhas da superação de tais objeções quando se trata de direito à saúde. Como se vê, assumem grande importância as considerações acerca do papel do Poder Judiciário em relação ao amparo das pretensões positivas. Ou seja, se estariam os magistrados aptos a tutelar tais pretensões ou estariam eles limitados em face dos discursos da separação dos

poderes, discricionariedade administrativa, “reserva do possível”, negando-lhes, assim, competência para apreciar medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários?

Este trabalho será finalizado com capítulo específico que cuidará de demonstrar a prevalência da dignidade humana sobre interesses administrativos e financeiros do Estado. Por meio de abordagem acerca do mínimo vital ou existencial procurar-se-á evidenciar que, ao integrá-lo, a saúde passa a ter posição prioritária, consistindo em direito subjetivo público das pessoas. Nesse sentido, qualquer medição que se pretenda fazer acerca da satisfação do direito à saúde, ou seja, qualquer avaliação buscando saber se algum limite pode ser admitido na concretização deste direito depende da análise do caso concreto e das peculiaridades envolvidas, o que deverá ser feito pelo Poder Judiciário sempre que acionado para tanto.

# 1 O DIREITO À VIDA, O DIREITO À SAÚDE E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Direitos humanos fundamentais: a nomenclatura adotada neste trabalho

Inicialmente, cumpre anotar que quando o tema é direitos humanos fundamentais a terminologia adotada pela doutrina é diversificada, encontrando-se também expressões como liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Muitas vezes esses termos são utilizados indiscriminadamente, convergindo para um mesmo sentido. Contudo, grande parte da doutrina<sup>1</sup> aponta diferenças entre eles e a adoção de uma ou outra nomenclatura acaba indicando a preferência do autor por ressaltar um ou outro aspecto relacionado ao tema.

Por exemplo, a expressão *direitos do homem* contém sentido eminentemente histórico, remontando à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os *direitos do homem* pertenceriam ao homem enquanto tal e os *direitos do cidadão* caberiam ao homem enquanto ser social, vivendo em sociedade e detentor de direitos políticos.<sup>2</sup>

As *liberdades públicas* visariam defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado, reclamando a não interferência estatal. O termo *direitos humanos*, por sua vez, guardaria relação com as declarações e convenções internacionais, referindo-se ao ser humano enquanto sujeito global de direitos, ao mesmo tempo que os *direitos fundamentais* seriam os direitos positivados no

---

<sup>1</sup> Sobre a terminologia cf. CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 393 e ss.; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 33 e ss.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 393-394.

ordenamento jurídico interno, direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.<sup>3</sup>

Em que pesem os debates doutrinários acerca das questões terminológicas,<sup>4</sup> no presente trabalho adotou-se a expressão direitos humanos fundamentais<sup>5</sup> por ser considerada a mais abrangente e a mais adequada diante do tema que se pretende abordar. O direito à saúde (e ao acesso a medicamentos), corolário do direito à vida, está positivado tanto em documentos legais internacionais, ratificados pelo Brasil, como também na Constituição Federal de 1988. E, como se verá adiante, não cabe na concepção mais restritiva de *liberdades públicas*, demandando prestações positivas por parte do Estado.

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 36.

<sup>4</sup> Embora as características associadas aos diferentes termos possam contribuir para uma definição de direitos humanos, cumpre ressaltar que defini-los não se trata de tarefa simples, mais sim de árduo trabalho doutrinário. Norberto Bobbio pondera se tratar de expressão muito vaga nos seguintes termos: “Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.’ Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.’ Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.’ E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. [...] Portanto, permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria de direitos que tenha contornos nítidos” (*A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17 e 18). Antonio Enrique Pérez-Luño, atentando para a dimensão histórica dos direitos humanos, também asseverada por Bobbio, ensina que “Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional” (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Segunda Edición. Madri: Tecnos, 1986. p. 48, tradução livre). Para Ingo Sarlet, “[...] os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”. Nesse diapasão, o autor pondera que qualquer definição que pretenda abranger de “forma definitiva, completa e abstrata o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada”. Isto porque, embora haja categorias que possam ser tidas como universais e consensuais no que se refere à fundamentalidade, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, o contexto exato é dado por cada Estado, estando suscetível a “uma valoração distinta e condicionado pela realidade social e cultural concreta”. E levando em conta essas considerações, Ingo Sarlet propõe o seguinte conceito: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 61, 88 e 89).

<sup>5</sup> A mesma terminologia é adotada por Manuel Gonçalves Ferreira Filho e também por Alexandre de Moraes.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o termo “direitos humanos fundamentais”, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado), revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando-se, nesse sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais [...].<sup>6</sup>

A expressão adotada aqui foi escolhida não para trazer à discussão a pertinência das distinções que possam existir entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas sim por reunir as características de ambas, refletindo o objetivo deste estudo.

Vale também lembrar que a própria Constituição Federal de 1988 adota expressões diversas para designar tais direitos. Contudo, conforme apontam alguns autores<sup>7</sup>, utiliza-as indistintamente, muito pela falta de técnica do legislador constituinte, sem pretender indicar quaisquer das diferenças acima referidas. O Título II, por exemplo, emprega a expressão *direitos e garantias fundamentais*.<sup>8</sup> No artigo 4º, inciso II, encontramos a expressão *direitos humanos* e o artigo 34, VII, “b”, por sua vez, adota

---

<sup>6</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 39.

<sup>7</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 203, p. 1-10, jan./mar. 1996; VELLOSO, Carlos Mário. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais e a reforma tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 69, p. 208-228; MENDES, Gilmar. Os limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 21. Editora Revista dos Tribunais, out./dez. 1997.

<sup>8</sup> Dentro dele estão o capítulo I, com a denominação “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, o capítulo II, “Direitos Sociais”, o capítulo III, “Da Nacionalidade”, o capítulo IV, “Direitos Políticos”, e o capítulo V, “Dos Partidos Políticos”.

a expressão *direitos da pessoa humana*. E ainda, no inciso IV, § 4º do artigo 60, temos a expressão *direitos e garantias individuais*.<sup>9</sup>

## 1.2 O princípio da dignidade humana e os direitos humanos fundamentais

### 1.2.1 Princípios jurídicos: características e força vinculante

A compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da interpretação dada às demais normas aqui aventadas passa pelo entendimento da posição, do papel e, mais importante, da força normativa atribuídos atualmente aos princípios jurídicos.

O debate acerca dos princípios jurídicos ganha cada vez mais espaço desde a Constituição de 1988, quando se iniciou a concepção de diversas classificações doutrinárias orientadas por variados critérios como importância, especialidade e a matéria tratada, dependendo do autor tomado como referência.<sup>10</sup> Ao lado das classificações seguiram-se a formulação de características hábeis a identificar um princípio dentre as normas<sup>11</sup> constitucionais, ou seja, a traçar as diferenças entre regras e princípios, o que influencia na compreensão de sua eficácia jurídica e da posição em que investem o particular.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Embora não esteja diretamente relacionada com a questão terminológica pontuada acima, vale lembrar a diferença entre direitos e garantias. Jorge Miranda afirma que: “Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” (*Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 88-89). J.J. Gomes Canotilho, por sua vez, ressalta que “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de métodos processuais adequados a essa finalidade [...]” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 398).

<sup>10</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005. p. 91 e ss.; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 151 e ss.

<sup>11</sup> A expressão normas jurídicas é adotada aqui como gênero do qual regras e princípios são espécies.

<sup>12</sup> A eficácia das normas constitucionais e a posição em que colocam os jurisdicionados estão tratadas no capítulo seguinte.

Vários critérios são utilizados pela doutrina na tentativa de identificar os princípios como o conteúdo ou a fundamentalidade, a abstração ou estrutura lingüística, a função no ordenamento jurídico e seu modo de aplicação. Joaquim José Gomes Canotilho bem resume:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito **norma**, entre **regras e princípios**, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de indeterminabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *“Proximidade” da idéia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.<sup>13</sup>

Quanto à função no ordenamento jurídico e especificamente sobre os princípios constitucionais, que ao lado das regras constitucionais formam o sistema constitucional,<sup>14</sup> Luís Roberto Barroso enfatiza três atribuições dos referidos princípios: i) condensar valores; ii) dar unidade ao sistema; iii) condicionar a atividade do intérprete, ensinando:

<sup>13</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1160-1161.

<sup>14</sup> Esta é a visão de Luís Roberto Barroso: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel central” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 340). Confira também CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1159.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação de regra concreta que vai reger a espécie.<sup>15</sup>

Robert Alexy distingue princípios e regras de acordo com suas diferentes estruturas lógicas, o que também significa forma de aplicação diversa.<sup>16</sup> Nesse sentido, leciona que o conflito de regras jurídicas é solucionado pela declaração de invalidade de uma das regras, e com isso sua eliminação do ordenamento jurídico, ou com a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, eliminando o conflito.<sup>17</sup> As colisões de princípios, por sua vez, são resolvidas de modo distinto, ou seja, um dos princípios tem que preceder o outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Desse modo, a solução da colisão de princípios se estabelece por uma relação de precedência condicionada (*relación de precedencia condicionada*), prevalecendo aquele com maior peso diante de determinadas circunstâncias.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 327. No entendimento de Canotilho, os princípios exercem função *normogenética* e função *sistêmica*, uma vez que são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ligar todo o sistema constitucional. Ele explica que a concepção tendencialmente “*principalista*” do sistema constitucional fornece suportes para a solução de problemas metódicos, como a colisão de direitos fundamentais, além de permitir-lhe respirar, por meio da “*textura aberta*” dos princípios. Possibilita também a legitimação do sistema constitucional – já que os princípios consagram valores fundadores da ordem jurídica (liberdade, democracia, dignidade) – e o seu enraizamento, o que é possível porque os princípios trazem referência sociológica a valores, programas, funções e pessoas (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1163).

<sup>16</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 31.

<sup>17</sup> Na mesma linha, Ronald Dworkin aponta que enquanto as regras são válidas – devendo ser aceitas as respostas que oferecem a determinados fatos, ou inválidas – quando em nada contribuem para a decisão, os princípios funcionam de modo diverso. Os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, de modo que quem vai resolver eventual conflito entre princípios tem de levar em conta a força relativa de cada um (*Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeiras. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-42).

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 87-92. Para o autor, o conceito de validade jurídica não é graduável como o de validade social ou de importância de uma norma. Quando uma regra é válida e aplicável a um caso, a consequência jurídica dela advinda também o é. Ensina ainda que “a determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada diversamente” (*Teoría... cit.*, p. 86, tradução livre).

Virgílio Afonso da Silva contribui para a compreensão desta teoria:

Segundo Alexy, *princípios* são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro.<sup>19</sup>

Ana Paula de Barcellos propõe ainda outra distinção, que se soma às demais.<sup>20</sup> Para a autora, “as regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos”. A partir da complexidade de seus efeitos, as regras podem demandar uma única conduta ou condutas diversas, que variam em função dos fatos subjacentes. Os princípios, para Barcellos, estão divididos em duas categorias. A primeira congrega aqueles que descrevem efeitos relativamente indeterminados, “cujo conteúdo, em regra, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas”.<sup>21</sup> A segunda traz aqueles princípios que descrevem fins determinados, aproximando-se das regras, mas a dificuldade está em identificar, a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas, as condutas exigíveis entre as diferentes condutas possíveis.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, cit., p. 32.

<sup>20</sup> O novo critério, ressalva a autora, depende da compreensão de três elementos: (i) distinção entre enunciado normativo e norma, compreendendo-se pelo primeiro o conjunto de frases, os signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional. A norma, diversamente, “*corresponde ao comando específico que dará solução ao caso concreto*”, encontrando seu fundamental principal em um ou mais enunciado normativo; (ii) a pretensão de todo enunciado normativo, isoladamente ou com outros, de produzir efeitos sobre a realidade; e (iii) a identificação das condutas necessárias para realização desses efeitos e que podem ser exigidas (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56-61).

<sup>21</sup> Como exemplos da primeira categoria de princípios a autora indica a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, sobre cujos efeitos haverá opiniões diversas dependendo das posições religiosas, filosóficas, políticas, etc. A segunda é exemplificada por meio do enunciado que determinada à ordem econômica a busca do pleno emprego. O efeito é claro: que todos tenham emprego. Contudo, os meios hábeis a produzi-lo são diversos, variando conforme as diferentes posições político-ideológicas que podem ser adotadas.

<sup>22</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 61-63. Completa a autora: “Os dois grupos de princípios que se acaba de descrever têm sua indefinição – no primeiro caso, indefinição de efeitos, e, no segundo, das condutas – associada a disputas entre valores diversos, concepções morais e filosóficas e/ou diferentes opções político-ideológicas, sendo que, repita-se, a escolha entre esses elementos não decorre de um juízo puramente jurídico” (*A eficácia...*, cit., p. 65).

Sobre a indeterminação que caracteriza a classe dos princípios, Ana Paula Barcellos explica a utilização da expressão *efeitos relativamente indeterminados*:

E isto porque, a despeito de todas as indeterminações, é possível afirmar, com frequência, que certos efeitos estão contidos de forma inexorável na descrição do princípio, até por força de uma imposição lingüística, já que toda expressão haverá de ter um sentido mínimo. Esse conjunto de efeitos forma um núcleo essencial de sentido do princípio, com natureza de regra, uma vez que se trata agora de um conjunto de efeitos *determinados*. Igualmente, muitas vezes será possível afirmar que certas condutas são absolutamente indispensáveis para a realização do fim indicado pelo princípio.<sup>23</sup>

Virgílio Afonso da Silva aponta que a teoria de Alexy e as demais distinções tradicionais não podem ser utilizadas lado a lado, conjuntamente. Para Virgílio, a adoção do critério estrutural de Alexy não leva em consideração nem a fundamentalidade, nem a abstração, nem a generalidade presente nas demais distinções. Como consequência, “muito do que é tradicionalmente considerado como princípio fundamentalíssimo – a anterioridade da lei penal é um exemplo esclarecedor – , segundo os critérios propostos por Alexy, é uma regra e não um princípio”.<sup>24</sup>

Não se trata, como o próprio autor admite, de discutir qual definição é a mais acertada e, no que se refere ao presente trabalho, pode-se dizer que todos os critérios de distinção entre regras e princípios acima referidos contribuem para seu propósito: desenhar a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente, sua relação com o direito à saúde e ao acesso aos medicamentos. De um modo geral, também pode-se dizer que existe um certo consenso na doutrina referida neste trabalho de que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional de relevância ímpar, permeando e atribuindo sua coloração a todo o

---

<sup>23</sup> *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 67. A autora ressalta que este núcleo com natureza e clareza de regra é apurado após um processo de interpretação, não estando mais no plano dos enunciados normativos.

<sup>24</sup> *A Constitucionalização do Direito*, cit., p. 30.

ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, possui um núcleo essencial, um núcleo mínimo que, além de vedar sua violação, exige sua concretização, funcionando como verdadeira regra jurídica.<sup>25</sup>

Pelas características acima expostas pode-se afirmar com segurança que os princípios jurídicos e, em especial, os princípios constitucionais têm eficácia normativa, ainda quando se caracterizam por um maior teor de abstração, o que quer dizer que devem ser aplicados, cumpridos e observados.<sup>26</sup> Desse modo, sua importância para o deslinde de todo e qualquer conflito é inegável, constituindo o início, orientando o desenrolar e vinculando o resultado final da atividade interpretativa. Mais do que isso, a concepção principialista do sistema constitucional, utilizando expressão de Canotilho, permite maior concretização e constante atualização das mensagens constitucionais, ou seja, dos valores e ideais nelas fixados.<sup>27</sup>

Ana Paula Barcellos destaca que as três modalidades de eficácia jurídica dos princípios reconhecidas tradicionalmente pela doutrina são a eficácia interpretativa, a negativa e a vedação do retrocesso. A eficácia interpretativa, ainda mais nítida nos princípios constitucionais que gozam da hierarquia própria da Constituição, indica que as disposições constitucionais e infraconstitucionais deverão ser interpretadas de modo que realizem o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria. A eficácia negativa, por sua vez, funciona como uma “barreira de contenção”, impedindo que “sejam praticados atos, editados comandos ou aplicadas normas que se oponham aos

---

<sup>25</sup> Robert Alexy entende existirem duas normas de dignidade da pessoa humana, ou seja, um princípio e uma regra da dignidade da pessoa humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em relação aos princípios opostos decide sobre o conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana. Em resumo, se no nível dos princípios precede a dignidade humana, então, no nível das regras a dignidade é lesionada. Como exemplo, o autor cita a prisão perpétua que, dependendo das condições indicadas, como a periculosidade do indivíduo e a necessidade de se proteger a comunidade, não viola a dignidade visto que o princípio de proteção da comunidade estatal precede o princípio da dignidade da pessoa humana. Em circunstâncias diferentes, a relação de precedência pode ser fixada de modo diferente e configurar lesão à regra da dignidade (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 108).

<sup>26</sup> A força vinculante das normas constitucionais também está comentada no capítulo seguinte.

<sup>27</sup> Daí a clássica advertência de Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...)”. (*Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 230). Para o autor, os princípios constitucionais são como “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais” (*Elementos*, cit., p. 230).

propósitos do princípio” e, se praticados, autoriza que sejam declarados inválidos. E a vedação do retrocesso, “ligada especialmente àqueles princípios que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais”, evita que “o legislador vá tirando as tábuas e destrua o caminho porventura já existente, sem criar qualquer alternativa que conduza ao objetivo em questão.”<sup>28</sup>

A eficácia jurídica apontada para os princípios constitucionais se aproxima, como se verá no capítulo seguinte, daquela delineada para grande parte das normas constitucionais ditas programáticas ou que indicam fins e objetivos a serem conquistados pelo Estado. Apesar do grande avanço de se reconhecer a força normativa dos princípios, as omissões na realização de seus efeitos, por vezes, ficam sem conseqüências, não havendo como reclamá-las. Este não é o caso do princípio da dignidade humana, que exige não só abstenções, mas também ações estatais, conferindo a prerrogativa de exigí-las pela via judicial.

Desse modo, há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que se impõe como regra. Como se verá adiante, este núcleo da dignidade está intrinsecamente ligado ao que se convencionou chamar de mínimo vital ou mínimo existencial. Na explicação de Barcellos:

Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por

---

<sup>28</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 107-108. Ensina a autora que as regras caracterizam-se pela eficácia positiva ou simétrica, criando direito subjetivo, ou seja, caracterizam-se pela “possibilidade que oferecem de exigir-se, diante do Judiciário, exatamente o tal efeito definido por seu enunciado, e em particular as condutas que o concretizam”. Ao lado da eficácia positiva, as regras podem estar associadas a outras modalidades de eficácia, como a nulidade, a anulabilidade, a ineficácia e a eficácia interpretativa (*A Eficácia...*, cit., p. 104). A modalidade de eficácia jurídica nulidade opera no campo da validade e impede a produção de um efeito indesejado pelo comando normativo, permitindo exigir a declaração de nulidade de ato que viole determinado dispositivo normativo. A ineficácia autoriza que se possa ignorar atos praticados em desconformidade com o enunciado normativo, desconsiderando os efeitos que possam produzir, a exemplo das disposições sobre fraude à execução. A anulabilidade, por sua vez, também impede que o ato praticado em contrariedade ao enunciado normativo produza efeitos, mas é cercada de algumas restrições, como o tempo durante o qual pode ser suscitada e os legitimados para suscitá-la. E a penalidade, forma de eficácia jurídica mais primitiva, “tem a missão de influenciar a vontade do indivíduo responsável pelo cumprimento da norma” (*A Eficácia...*, cit., p. 73-102).

meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.<sup>29</sup>

É neste contexto que se passa a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional com indiscutível caráter normativo e de extrema relevância para todo o ordenamento jurídico e em especial para os direitos humanos fundamentais, estando intrinsecamente ligado ao direito à saúde e ao acesso aos medicamentos.

### 1.2.2 O princípio da dignidade humana

De extrema importância mais esta inovação da Constituição Federal de 1988 que previu, na parte inaugural, a dignidade da pessoa humana entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil,<sup>30</sup> que são os núcleos informativos e básicos de todo o ordenamento jurídico, critérios de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.<sup>31</sup>

A dignidade implica, como ensinou Kant, que o homem não possui um valor relativo, sendo um fim em si mesmo, ou seja, toda pessoa é um fim em si mesma, não devendo jamais ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas.<sup>32</sup> Nicola Abbagnano, lançando mão das lições kantianas, assim define dignidade:

<sup>29</sup> A *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 226.

<sup>30</sup> Além do inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana também foi objeto de previsão do legislador constituinte quando ficou estabelecido que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna (artigo 170, *caput*); entre os princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º); e quando assegurado à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*).

<sup>31</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

<sup>32</sup> Cf. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, Coleção Textos Filosóficos, 2007.

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio” (*Grundlegung zur Met. der Sitten, II*). Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por ex., um preço), mas intrínseco, isto é, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*; o que é superior a todo preço, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma D.” Substancialmente a D. de um ser racional consiste no fato de que ele “não obedece a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da D. do homem e moralidade e humanidade são únicas coisas que não têm preço.<sup>33</sup>

Apesar dos contornos vagos e imprecisos, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é algo real. É fácil identificar claramente as muitas situações em que a dignidade da pessoa humana é agredida e violada, ainda que não seja possível estabelecer um elenco exaustivo dessas violações.<sup>34</sup> Procurando destacar a faceta intersubjetiva e relacional e a sua dimensão simultaneamente negativa e positiva (prestacional), Ingo Sarlet apresenta a seguinte definição:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982. p. 259.

<sup>34</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

<sup>35</sup> *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 60-61.

O conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os direitos humanos fundamentais, como se vê. O princípio da dignidade da pessoa humana se perfaz em elemento fundante e informador dos direitos humanos fundamentais, o que, aliás, condiz com sua função de princípio fundamental. De outro lado, os direitos humanos fundamentais constituem concretizações e desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana. Para José Afonso da Silva, trata-se de “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos humanos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>36</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as gerações ou dimensões, podendo-se dizer que todos os direitos e garantias fundamentais remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, guardando alguma ligação, em menor ou maior intensidade, com a noção de dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

A ligação entre as noções de liberdade – autonomia e autodeterminação – e dignidade<sup>38</sup> talvez seja a que mais salte aos olhos. Esta liberdade, contudo, depende necessariamente dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, da garantia de condições mínimas à existência e à vida digna, o que vai além do sobreviver.

A doutrina tem insistentemente reforçado que os direitos econômicos, sociais – onde se encaixa o direito à saúde e ao acesso a medicamentos – e culturais

---

<sup>36</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 105.

<sup>37</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 78 e ss.

<sup>38</sup> A dignidade, entretanto, existe e merece respeito mesmo quando ausente a autodeterminação. A este respeito, preciosas são as lições de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, a dignidade na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autônômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 49).

constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. José Afonso da Silva ilustra esta interpretação, lançando mão dos famosos constitucionalistas portugueses Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira:<sup>39</sup>

Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-los para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a, quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.<sup>40</sup>

Partindo da concepção do direito de viver com dignidade, que demanda ao mesmo tempo atuação negativa e positiva dos Estados e ressalta a dupla dimensão do direito à vida, pertencente tanto aos direitos civis e políticos como aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem construindo o que denominou direito a um projeto de vida.

Ao não garantir à comunidade e aos seus membros a faculdade de viver conforme sua particular forma de vida, o Estado também está violando o direito à vida,

<sup>39</sup> Cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 58 e 59.

<sup>40</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 105. Na mesma linha Ingo Wolfgang Sarlet: “Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade no sentido de uma vida saudável (como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra) ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 92 e 93).

segundo a Corte. O direito à vida também tem como componente essencial o direito de dar sentido à existência. A forma distinta de cada ser humano estar e viver no mundo dá sentido à vida e marca um horizonte e um futuro, sobre os quais são pensados e realizados os projetos e planos de vida. Sem eles, a vida se torna vazia.<sup>41</sup>

O Juiz Cançado Trindade, em voto proferido no caso de *Gutiérrez Soler versus Colômbia* ensina:

O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O conceito de projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à idéia de relação pessoal integral. Ou seja, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opiniões que parecem acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.

É por isso que a brusca ruptura desta busca, por fatores alheios causados pelo homem (como a violência, a injustiça, a discriminação), que alteram e destroem de forma injusta e arbitrária o projeto de vida de uma pessoa, reveste-se de particular gravidade, e o Direito não pode quedar-se indiferente a isto. A vida – ao menos a que conhecemos – é uma só, e tem um limite temporal, e a destruição do projeto de vida acarreta um dano quase sempre verdadeiramente irreparável, ou uma ou outra vez dificilmente reparável.<sup>42</sup>

No que se refere à eficácia jurídica do princípio da dignidade humana,<sup>43</sup> pode-se dizer que, enquanto norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de

<sup>41</sup> Sobre a construção jurisprudencial do conceito de projeto de vida confira o Caso *Loayza Tamayo versus Peru* – decisão de 27 de novembro de 1998; o Caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala* – decisões de 19 de novembro de 1999 e de 26 de maio de 2001; e o Caso *Cantoral Benavides versus Perú* – decisão de 3 de dezembro de 2001; disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Vale lembrar que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – foi internalizada por meio do Decreto 678/1992, o Protocolo de San Salvador por meio do Decreto Legislativo 56/1995, e o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se deu em 2002, por meio do Decreto n. 4.463/2002.

<sup>42</sup> Sentença de 12 de setembro de 2005, tradução livre, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

<sup>43</sup> Como princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana conta com eficácia jurídica, para além da dimensão moral e ética. Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo, “é certo que a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ tem um forte conteúdo moral, mas os autores constitucionalistas procuram deixar claro que não foi esse o aspecto que o legislador pretendeu evidenciar. O que se buscou enfatizar foi o fato de o Estado ter como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas” (*A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 102).

*status* constitucional formal e material,<sup>44</sup> gera os seguintes efeitos: (i) impõe aos poderes e órgãos públicos um dever de abster-se de adotar condutas ofensivas à dignidade humana bem como de protegê-la da ingerência indevida de terceiros; (ii) obriga os poderes e órgãos públicos a promover as condições (inclusive materiais) necessárias para garanti-la; (iii) constitui parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais, das normas constitucionais e de todo o ordenamento jurídico.<sup>45</sup>

A dignidade da pessoa humana confere sentido à ordem jurídica, sendo, para a hermenêutica constitucional, seu ponto de partida e seu ponto de chegada. Trata-se de “verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o direito internacional como o direito interno”.<sup>46</sup> Além de conferir unidade de sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana confere também legitimidade à ordem constitucional, o que revela sua magnitude.<sup>47</sup>

A eficácia jurídica integral e a aplicabilidade imediata, ou a eficácia positiva e simétrica do conteúdo do princípio da dignidade humana é reconhecida ao que se denominou mínimo vital, ou seja, seleção de direitos humanos fundamentais, tanto civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, tendo em vista principalmente a sua essencialidade. Os contornos do mínimo vital ou existencial, ou seja, do núcleo da dignidade humana, serão tratados em item específico.

Contudo, adianta-se desde já que o direito à saúde, ao lado da educação, certamente compõe o referido núcleo, para ficar apenas nos direitos sociais, tema

---

<sup>44</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, cit., p. 70.

<sup>45</sup> Ingo Sarlet destaca que “precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente ‘o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida’” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 83).

<sup>46</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

<sup>47</sup> Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, cit., p. 78.

central deste estudo. Como apontado acima, e ilustrado com decisão da Corte Interamericana, a dignidade envolve uma realidade complexa que se reflete na ordem jurídica. Nesse sentido, Ana Paula Barcellos atenta para duas ordens de razões:

Em primeiro lugar, é certo que a dignidade humana não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, a não passar fome e a ter alguma forma de abrigo. Embora o presente estudo se ocupe especificamente dos aspectos materiais da dignidade, há, como se sabe, muito mais do que isso. A liberdade em suas variadas manifestações – de iniciativa, de expressão, de associação, de crença, etc. – a autonomia individual, a participação política, a integridade física e moral, dentre outros, são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana.<sup>48</sup>

Nesse diapasão, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana se constituiu em importante elemento de proteção dos direitos fundamentais contra medidas restritivas, serve também de parâmetro para limitar direitos sempre que necessário. Na solução de casos concretos, a ponderação de diferentes princípios, valores e direitos fundamentais, por vezes, indica a necessidade de se imporem restrições a alguns deles.<sup>49</sup> O princípio da dignidade não apenas justifica, como sua

---

<sup>48</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 219. E a autora resume: “Desse modo, por qualquer dos fundamentos possíveis – seja por tratar-se de um dom divino, um direito natural e inato, um elemento construído pela cultura ou o resultado da progressiva luta e conquista dos povos –, a dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica. A saber: as pessoas têm uma dignidade ontológica e devem ter condições de existência compatíveis com essa dignidade, aí se incluindo a liberdade de se desenvolverem como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo. E assim deve ser não apenas porque isso é desejável, justo e bom mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina” (*A Eficácia...*, cit., p. 29-30).

<sup>49</sup> A este respeito cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. (Org.). *Vigilância Epidemiológica - Programa Nacional de Controle da Dengue - Amparo legal à execução das ações de campo*. Brasília: ASCOM/FUNASA, 2002. Trata-se de estudo encomendado pela FUNASA quando da epidemia de dengue ocorrida em 2002. Para estancar a epidemia era necessário que não só o Estado, mas toda a população tomasse medidas preventivas no combate ao vetor transmissor da doença. Ocorre que algumas situações impediam a implantação dessas medidas: casas fechadas sem moradores identificados, ou a recusa dos próprios moradores em permitir o acesso dos agentes sanitários. De um lado, estava o direito à saúde, direito fundamental, assegurado pela Constituição (artigos 6º, 196 e seguintes), e o dever do Estado de executar um conjunto de ações de relevância pública (artigo 197, CF). De outro, estava a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI) e o direito à intimidade (artigo 5º, inciso X), ambos também integrantes do catálogo fundamental.

proteção deve ser a razão última de tais limitações, que não podem atingir o núcleo essencial do direito objeto da restrição, quando serão desproporcionais.<sup>50</sup>

### 1.3 Vida e saúde: direitos humanos fundamentais

#### 1.3.1 As gerações de direitos humanos fundamentais e os direitos à vida e à saúde

A breve abordagem histórica que se segue tem o propósito de pontuar o momento e o contexto em que os direitos à vida e à saúde ganharam *status* de direitos humanos fundamentais, o que também contribui para o entendimento de seus significados atuais.

A grande maioria dos doutrinadores que se dedica ao tema divide os direitos fundamentais em três<sup>51</sup> gerações ou dimensões, como preferem alguns.<sup>52</sup>

A primeira geração dos direitos humanos fundamentais surge no século XVIII. Como reação aos excessos do regime absolutista, iniciou-se a reivindicação por

<sup>50</sup> Neste sentido, na ponderação dos princípios, valores e direitos incidentes em determinado caso, o princípio da proporcionalidade assume significativa importância, orientando a melhor solução com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana.

<sup>51</sup> Alguns autores já apontam o surgimento, ainda embrionário, de uma quarta dimensão de direitos humanos fundamentais. Além da integridade do patrimônio genético, aparecem como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides que “a democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema” (*Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 571).

<sup>52</sup> Por exemplo, Willis Santiago Guerra Filho prefere a expressão “dimensão”. Ele explica que a preferência por “dimensões de direitos fundamentais”, ao invés de “gerações”: “não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se conhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental” (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999. p. 40). Em que pese a ressalva, este trabalho utilizará tais expressões indistintamente.

freios às ações estatais, o que tornou latente a necessidade de reconhecimento formal, por parte do Estado, de direitos inerentes ao homem.

O não atuar do Estado era entendido como liberdade à atuação dos indivíduos e garantia das *liberdades-resistência*, tanto desejadas especialmente pela burguesia, patrona da Revolução Francesa e, pode-se dizer, importante propulsora do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais de primeira geração.<sup>53</sup>

Em boa medida, é possível afirmar que os mesmos fatores que inspiraram a elaboração das Declarações de Direitos, início formal dos direitos humanos fundamentais, geraram os movimentos pela criação do Estado Constitucional de Direito, fixando valores e preceitos que deveriam ser acolhidos por todas as Constituições.<sup>54</sup>

O Estado de Direito<sup>55</sup> nasce no final do século XVIII, também tendo como propulsor, em especial, a necessidade de se pôr um fim nos desmandos dos governantes. Governantes e governados, dessa forma, passam a estar submetidos às mesmas leis. Num primeiro momento, verifica-se a supremacia das leis e, posteriormente, tem-se a supremacia da Constituição, à qual as leis também estão subordinadas.

Nesse sentido, bem pontua Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e

---

<sup>53</sup> A principal Carta de Direitos dessa fase é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A Declaração francesa estabelece os direitos à liberdade, à igualdade, à propriedade e à legalidade, além de garantias individuais que até hoje são encontradas nas modernas declarações de direitos. A doutrina aponta, contudo, o caráter individualista da Declaração de 1789, que, na verdade, espelhava os anseios predominantes à época. Não se atentava para a falta de concretude dos direitos declarados, especialmente levando-se em conta que grande parte dos indivíduos vivia em condições precárias. Também podem ser citadas aqui a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e a Carta de Direitos, de 1791, que emendou a Constituição dos Estados Unidos da América aprovada na Convenção de Filadélfia de 1787. Com os acréscimos que foram sendo feitos ao longo dos anos, essas emendas constituem atualmente o *Bill of Rights* do povo americano, onde estão assegurados vários direitos humanos fundamentais.

<sup>54</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 207.

<sup>55</sup> Ressalta-se que o trabalho não tratará das questões que envolvem o Estado de Direito, que, por sua dimensão, ensejariam trabalho específico.

limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.

[...]

Destarte, o Estado de Direito é um Estado constitucional, poder-se-ia dizer mais explicitamente, se necessário fosse, Estado constitucional de Direito.<sup>56</sup>

As primeiras Constituições, imbuídas do ideário liberal, eram cartas rígidas, que visavam proteger a liberdade e os direitos individuais e disciplinar o poder estatal, com evidente intenção de barrar o absolutismo. Com toda a sua preocupação voltada para restringir o poder do Estado e garantir os direitos e as garantias individuais, as disposições constitucionais traziam direitos humanos de primeira geração, sendo praticamente alheias às relações sociais.

No rol desses direitos, chamados de direitos civis e políticos, podem-se citar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.<sup>57</sup> Esta primeira dimensão do direito à vida implica a garantia de não ser morto, de não sofrer ingerências, por parte do Estado, que de algum modo ameçassem ou colocassem em risco a vida dos indivíduos.<sup>58</sup>

Todavia, as liberdades formais características da primeira geração de direitos fundamentais passam a não ser suficientes para atender as necessidades da classe operária, que ganharam contornos a partir da revolução industrial iniciada na segunda metade do século XIX. De nada adiantava haver direitos de liberdade e

<sup>56</sup> *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

<sup>57</sup> Ingo Wolfgang Sarlet lembra a notória inspiração jusnaturalista desses direitos que, segundo o autor, posteriormente foram complementados por “um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, de imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 55).

<sup>58</sup> Sobre a vida, “esse ser que é objeto de direito fundamental”, José Afonso da Silva ensina que: “Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 197).

igualdade abstratamente garantidos, se, na prática, grande parte dos indivíduos não possuía os meios para exercê-los.

Diante desse cenário, passa a ser exigida uma postura intervencionista do Estado, que assume um papel provedor, objetivando assegurar condições necessárias à vida digna dos indivíduos. Surge a segunda geração de direitos humanos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>59</sup> Jorge Miranda pontua com maestria:

[...] sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de atos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.<sup>60</sup>

Nesse diapasão, o Estado e a Constituição liberais, insuficientes diante de demandas relativas às relações de trabalho e de produção, à educação, à saúde, entre outras, deu lugar ao Estado Social, cujo papel ativo na garantia dos direitos sociais passou, ao lado destes, a estar refletido nas disposições constitucionais. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>59</sup> Além do Manifesto Comunista, foram importantes documentos políticos na crítica socialista ao regime liberal-burguês: a Constituição francesa, de 1848, a Constituição mexicana, de 1917, e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em 1918. Todas elas, cada qual ao seu modo, asseguravam direitos aos trabalhadores e também aos necessitados, atentando para a garantia de condições mais dignas de vida. O documento mais importante dessa fase foi, contudo, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, exercendo grande influência nas constituições do período posterior à Primeira Guerra Mundial.

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – sua Dimensão Individual e Social. *Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992, p. 200.

É sabido e assente que o constitucionalismo do século XX marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As Constituições, mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais.

Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições sócio-econômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.

Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna.<sup>61</sup>

Portanto, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, foram agregadas à Constituição normas que exprimem necessidades sociais e econômicas e que determinam a atuação do Estado para sua garantia. Daí o recurso às normas ditas programáticas, onde se insere parte daquelas que dão conta dos direitos sociais, tendo em vista a necessidade de reconciliar Estado e sociedade, conforme o novo papel interventor àquele atribuído.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 7-8. jan./jul. 1981.

<sup>62</sup> Para Paulo Bonavides: “O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez,

Os direitos de segunda geração ou dimensão caracterizam-se, então, por outorgarem aos indivíduos o direito a prestações positivas do Estado como assistência social, saúde, educação, trabalho, cultura, entre outros.

Especificamente sobre os direitos sociais,<sup>63</sup> onde se encaixa o direito à saúde, esclarece José Afonso da Silva:

Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo de 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 com o exercício efetivo da liberdade.<sup>64</sup>

Os novos direitos reconhecidos conferem nova roupagem aos antigos. O direito à vida, por exemplo, tem sua extensão ampliada e cada vez mais ligada à dignidade da pessoa humana. A proteção e a garantia da vida digna é objeto último do

---

por via programática, conforme vimos, a primeira grande abertura para os direitos sociais” (*Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 236).

<sup>63</sup> José Afonso da Silva assevera que não é fácil distinguir entre direitos econômicos e direitos sociais. Para o autor, “o direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal, ‘é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social’. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 286). Acerca dos direitos culturais, o ilustre constitucionalista anota que o termo *cultura* deve ser tomado no sentido abrangente “da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 311).

<sup>64</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 286 e 287.

direito à saúde, ao trabalho, à educação etc. Nesse sentido, sobre a Constituição portuguesa, que muito inspirou a brasileira, Canotilho exemplifica:

[...] (exs.: o direito à vida, consagrado no art. 24º./1, significa não apenas direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de condições de subsistência mínimas e o direito a exigir das entidades estatais a adoção de medidas impeditivas de agressão deste direito por parte de terceiros).<sup>65</sup>

Também são oportunas as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trazem luzes à dimensão atual do direito à vida, garantido pelo artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, e, a partir dela, têm construído o conceito de projeto de vida – como já referido. Apenas para citar um exemplo, uma vez que são muitas as decisões reforçando o mesmo entendimento, no caso *Comunidade Indígena Sawhoyama versus Paraguai*, a Corte manifestou-se no seguinte sentido:

[...] A Corte tem assinalado em sua jurisprudência que o cumprimento das obrigações impostas pelo artigo 4º da Convenção Americana, relacionado com o artigo 1.1 da mesma, não apenas pressupõe que nenhuma pessoa seja privada arbitrariamente de sua vida (obrigação negativa), mas também, à luz de sua obrigação de garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos, requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos que se encontram sob sua jurisdição. Em razão do dito anteriormente, os Estados devem adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que desfaça qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda a privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de não ter impedido o acesso às condições que garantam uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação deste direito.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 399.

<sup>66</sup> Sentença de 29 de março de 2006, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Sobre a “vertente positiva” do direito à vida, a decisão citada remete ao Caso *Huilce Tecse* – Sentença de 3 de março 2005, ao Caso *Instituto de Reeducação do Menor* – Sentença de 2 de setembro de 2004, ao Caso dos Irmãos *Gómez Paquiyaur i* – sentença de 8 de julho de 2004, ao Caso *Bámaca Velásquez* - sentença de 25 de novembro de 2000, entre outros. Outras decisões asseguram o direito à vida digna, como a que cuidou do Caso da Comunidade Indígena *Yake Axa* e do Caso dos *Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros)*.

Ainda mais explícitos foram os Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli no voto conjunto prolatado no Caso dos Niños de la Calle (*Villagrán Morales e outros*) *versus* Guatemala, afirmando que:

O dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua precisamente em relação com a proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco, como são os meninos de rua. A privação arbitrária da vida não se limita, pois, ao ilícito do homicídio; se estende igualmente à privação do direito de viver com dignidade. Esta visão conceitua o direito à vida como pertencente, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a inter-relação e indivisibilidade de todos os direitos humanos.<sup>67</sup>

Foi no plano do direito internacional que se desenvolveu a terceira geração de direitos fundamentais, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade. Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira –, dos direitos fundamentais”.<sup>68</sup> Entre eles, pode-se apontar o direito à paz, ao desenvolvimento, direito ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos e direito ao meio ambiente.<sup>69</sup>

A internacionalização dos direitos humanos fundamentais foi motivada pelos entraves do período entre guerras. As dificuldades dos Estados em concretizar os direitos então consagrados nos textos de suas Constituições e a repulsa aos regimes nazista e fascista levaram à necessidade de reafirmação dos direitos fundamentais em âmbito internacional.<sup>70</sup> Fortaleceu-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos

<sup>67</sup> Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

<sup>68</sup> *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., p. 57.

<sup>69</sup> O elenco dos direitos fundamentais de terceira geração pode variar dependendo do autor consultado.

<sup>70</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, certamente é o documento mais comentado pela doutrina no que se refere à universalização dos direitos humanos fundamentais. Segundo leciona Flávia Piovesan, “A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelo Estado” (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 145 e

humanos não deve ficar adstrita ao âmbito interno de cada um dos Estados individualmente, pois se trata de tema de legítimo interesse internacional, pressupondo o dever de colaboração de todos os Estados.<sup>71</sup>

Segundo Antonio Enrique Perez Luño,<sup>72</sup> a internacionalização dos direitos humanos fundamentais agregou três fatores relevantes à positivação dos mesmos:

(i) o primeiro deles é que o caráter universal e supra-estatal dos direitos fundamentais volta a ser afirmado. A exigência de efetividade (concretização) e a conseqüente positivação desses direitos, que se deu inicialmente nas Constituições dos Estados, acabou por limitar seu alcance aos territórios nacionais. Só mais tarde, como se vê, é que se resgata o universalismo já apontado nas primeiras declarações;

(ii) o segundo diz respeito à titularidade. Os sujeitos de direitos passam a ser todos os homens, e não só àqueles pertencentes a determinado Estado ou região. Além disso, solidifica-se o que o autor chama de titularidade social de determinados direitos, pertencentes a determinadas coletividades, grupos ou minorias étnicas, religiosas, lingüísticas etc.;

(iii) por fim, tem-se a natureza jurídica dos direitos fundamentais positivados internacionalmente, que deve ser entendida de acordo com a evolução dos instrumentos que lhes dão abrigo e garantia. As formas de garantias tradicionais

---

146). Os Pactos Internacionais que a explicitaram, ou “juridicizaram” na opinião de alguns, também não podem deixar de ser citados aqui: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>71</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 386. Esta concepção inovadora apontou duas importantes conseqüências na visão de Flávia Piovesan: “1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; 2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito” (Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado n. 73*, Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Celso Ribeiro Bastos, ano XXIII, p. 61, nov. 2003).

<sup>72</sup> *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Segunda Edición. Madri: Tecnos, 1986. p. 129 e 130.

dão lugar àquelas decorrentes da atividade jurídica das organizações internacionais, que atuam “acima” dos Estados que as integram.

A evolução brevemente tratada aqui<sup>73</sup> trouxe um acúmulo de direitos fundamentais e a noção de indivisibilidade e interdependência desses direitos. A cada nova geração ou dimensão, os direitos antes conquistados não foram postos de lado. Uma geração de direitos não se sobrepôs à outra, mas conferiu à anterior uma nova concepção, além de agregar novos direitos, conforme abordado mais detidamente no final deste capítulo.

Com isso, pode-se dizer que o direito à vida, que no rol da primeira dimensão é entendido como garantia de inviolabilidade, além da extensão conferida pela segunda geração, comentada acima, recebe acréscimos também da terceira, por exemplo, no que se refere ao meio ambiente sadio e equilibrado, estreitamente ligado à manutenção e preservação de condições adequadas à saúde e à vida digna.

### *1.3.2 A Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos fundamentais*

Pontuam-se aqui os principais dispositivos da Constituição Federal de 1988 e os contornos do tratamento constitucional conferido aos direitos humanos fundamentais.

A evolução dos direitos fundamentais no Brasil e o tratamento conferido pelas Constituições brasileiras aos direitos humanos fundamentais acompanharam o

---

<sup>73</sup> Também a respeito do processo de desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos fundamentais, Marlon Weichert lembra que: “A evolução do Estado constitucional acompanha a evolução da consagração dos direitos fundamentais, registrados em geração ou dimensões. O Estado liberal consagra direitos fundamentais de primeira geração, considerados os direitos individuais pautados na liberdade e oponíveis, antes de tudo, ao próprio aparelho estatal. O Estado social desenvolve-se com os direitos fundamentais de segunda geração: os direitos relacionados com a igualdade, a situação material do ser humano. E, ainda, em uma fase mais recente do Estado social, contemplam-se os direitos fundamentais de terceira geração, concernentes à proteção de interesses difusos, especialmente os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação” (*Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 114).

desenvolvimento do tema no âmbito internacional, ressalvadas certas particularidades.<sup>74</sup> A Constituição de 1988, por sua vez, privilegiou de forma inédita os direitos humanos fundamentais. Logo no artigo 1º a dignidade da pessoa humana, vetor dos direitos humanos fundamentais, foi erigida a um dos princípios fundamentais da República (inciso III).

As relações internacionais da República Federativa do Brasil também foram pautadas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, nos moldes do artigo 4º,<sup>75</sup> não só orientando, mas instituindo o dever do Estado brasileiro de agir em

---

<sup>74</sup> A primeira Constituição brasileira, de 1824, inspirada nos valores liberais, proclamava no artigo 179: “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...)”. Em seguida, trinta e cinco incisos disciplinavam a matéria. Além de proclamar a República, a Constituição de 1891 manteve a forte influência liberal da Declaração Francesa de 1789, estribada nos valores da liberdade, da segurança individual e da propriedade, conforme estampado em seu artigo 72: “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros, residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes (...)”. No tocante à carta de direitos, trouxe alterações significativas, como a proibição de privilégios de berço e foros de nobreza, a extinção das ordens honoríficas e suas regalias, a laicização do ensino público e a separação completa entre Estado e Igreja, a criação do *habeas corpus*, entre outros. Foi a Constituição de 1891 a primeira a contemplar o sistema aberto de proteção dos direitos fundamentais, modelo que se reproduziu posteriormente em todas as constituições que se seguiram. Seu artigo 78 rezava “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna”. A Constituição de 1934 positivou direitos econômicos e sociais, sem prejuízo dos direitos e garantias individuais conquistados sob o ideário liberal. O constituinte de 1934 criou um Título próprio destinado à ordem econômica e social (Título IV), e outro voltado à proteção da família, da educação e da cultura (Título V). Para citar alguns exemplos, a Constituição de 1934 condicionou a liberdade econômica ao princípio da justiça e da dignidade humana (artigo 115); estabeleceu a proteção social do trabalhador (artigo 121); impôs ao Estado o dever de promover a educação (artigos 149 e 150). A Carta de 1937 não alterou o regime dos direitos fundamentais tal como moldado na Constituição precedente. Todavia, não teve aplicação regular diante da ditadura à qual o país foi submetido. Com o novo processo de redemocratização, a Constituição de 1946 acrescentou alguns novos direitos sociais e econômicos, em relação à Carta anterior. Reconheceu, por exemplo, o direito de greve (artigo 134), incorporou a Justiça do Trabalho ao Judiciário (artigo 94, V). No campo dos direitos e garantias individuais, merece destaque a introdução do direito de acesso à Justiça, intimamente ligado ao princípio do Estado de Direito (artigo 141, § 4º). Após o golpe de 1964, foi aprovada, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição, que teve por traço marcante o fortalecimento do poder do Presidente da República. No campo dos direitos fundamentais, a par de assegurar nominalmente os direitos e garantias individuais já contemplados na Constituição de 1946, norma disposta no artigo 151 permitia expressamente a suspensão dos direitos de liberdade de manifestação do pensamento, do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de reunião e de associação, em casos de abusos que agredissem a ordem democrática ou consistissem em corrupção. Como se sabe, o regime de exceção incorporado pela Constituição de 1967 aprofundou-se ainda mais com o Ato Institucional n. 5, de 13 de setembro de 1968, e com a Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, que deu nova redação à Constituição de 1967. Basta dizer que, em seguida à declaração de direitos e garantias individuais, disposta no artigo 153 da Constituição de 1969, o artigo 154 manteve a autorização expressa de suspensão desses direitos na hipótese de “abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção” (HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Del Rey, 2002. p. 51 e ss.; BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 2. ed. Brasília: Terra e Paz, 1990. p. 250, 251, 266, 321-325, 443).

<sup>75</sup> Igualmente princípios da República Federativa do Brasil são: a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio

obediência a tal princípio. Este aspecto traz luzes ao relacionamento entre as ordens jurídicas internacionais e as internas dos vários países. Nesse sentido, Joaquim José Gomes Canotilho destaca que:

As constituições, embora continuem a ser ponto de legitimação, legitimidade e consenso autocentradas numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (“estratégias internacionais”, “pressões concertadas”) e de normas oriundas de outros “centros” transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermédias (“associações internacionais”, “programas internacionais”).

A globalização internacional dos problemas (“direitos humanos”, “proteção de recursos”, “ambiente”) aí está a demonstrar que, se a “constituição jurídica do centro estadual”, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas “unidades políticas” (“cidade-mundo”, “europa-comunitária”, “casa europeia”, “unidade africana”, etc.).<sup>76</sup>

Com a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil restaram, então, consignados: (i) a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos; (ii) a integração plena do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da ordem jurídica interna brasileira; (iii) o compromisso do país no processo de elaboração de tais normas internacionais e na adoção de posição política contrária aos países que desrespeitam os direitos humanos.<sup>77</sup>

Pedro Dallari, lembrando o ineditismo do enfoque da prevalência dos direitos humanos enquanto guia das relações exteriores do País, ou, ainda, como

---

ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, a concessão de asilo político.

<sup>76</sup> *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 18.

<sup>77</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 40.

“paradigma propugnado para a ordem mundial”, também destaca sua relação direta com a questão da eficácia dos sistemas internacionais de proteção dos indivíduos em relação à ordem jurídica interna. Nesse sentido, já fazendo a junção com o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, pontua:

Ou seja, a *prevalência dos direitos humanos* enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração dessas regras de tais sistemas à ordem jurídica de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.<sup>78</sup>

Topograficamente, os direitos humanos fundamentais, que nas Constituições anteriores eram alocados mais no final do texto, passaram a integrar o Título II, precedendo o título reservado à organização do Estado (Título III). A própria terminologia *direitos humanos e direitos fundamentais* é novidade, já que nas constituições anteriores costumava-se utilizar apenas a expressão *direitos e garantias individuais*, ultrapassada e dissonante da evolução do direito constitucional e internacional.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 161-162. Na mesma sintonia, acrescenta Pedro Dallari: “A ênfase atribuída pela Assembléia Nacional Constituinte ao tratamento constitucional dos temas de relações exteriores não deverá vir a sofrer reversão. Seja no que diz respeito particularmente à enunciação dos princípios destinados a servir de parâmetros para a inserção internacional do Brasil, seja no que se refere aos demais dispositivos constitucionais com repercussão, direta ou indireta, no campo das relações exteriores, o enfoque da matéria no patamar da Constituição parece ser algo consolidado, sujeito apenas a um processo natural de renovação e aperfeiçoamento. Para formar tal convicção, contribuem não só fatores relacionados com a evolução histórica do direito público brasileiro, que registra claramente uma tendência à constitucionalização dos temas socialmente relevantes, como também a perspectiva presente universalmente de que o incremento das relações em âmbito planetário seja, simultaneamente, causa e consequência, no plano do Direito Internacional e do Direito Constitucional, de um movimento de cristalização de paradigmas e procedimentos eminentemente legítimos e democráticos, capazes de gerar na ordem internacional a estabilidade indispensável à própria preservação da espécie humana” (*Constituição e Relações Exteriores*, cit., p. 187-188).

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 77.

Também pela primeira vez os direitos sociais passaram a integrar expressamente o rol de direitos e garantias fundamentais (Capítulo II, do Título II), ao lado dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, do Título II). Com esta acolhida, os direitos sociais, que no passado vinham positivados no capítulo da ordem econômica e social, ficaram livres de quaisquer dúvidas acerca de sua condição de autênticos direitos humanos fundamentais. Desse modo, estão assegurados nos artigos 6º e 7º, apenas para citar alguns exemplos, o direito à educação, à saúde, à moradia, direito ao salário mínimo, a proteção à maternidade e à infância e a licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário.

O § 1º do artigo 5º,<sup>80</sup> também comentado no capítulo seguinte, determinou aplicabilidade imediata às normas que abrigam direitos humanos fundamentais, vinculando de modo imediato os Poderes Públicos, entidades públicas e privadas.

A abertura do catálogo dos direitos humanos fundamentais, assegurada por meio da disposição do artigo 5º, § 2º,<sup>81</sup> trouxe o entendimento de que, para além daqueles estampados no Texto Constitucional, há outros direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais e, inclusive não escritos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Recentemente, a Emenda Constitucional n. 45, de 18 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3º ao artigo 5º, o qual estabeleceu que os tratados de direitos humanos que forem aprovados, *em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

---

<sup>80</sup> Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>81</sup> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A presença de disposição sobre “direitos e garantias decorrentes do regime e os princípios adotados pela Constituição” tem sido uma tradição do direito brasileiro, desde a Constituição de 1891, seguindo, sem exceção, nas constituições posteriores com alguma variação na redação adotada, como já lembrado. O artigo 153, § 36, da Constituição Federal de 1967, por exemplo, estabelecia que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. A grande novidade é a menção aos tratados e convenções internacionais.

Ainda persistem os debates doutrinários acerca do alcance dos §§ 1º e 2º do artigo 5º, e, mais recentemente, do § 3º. Todavia, o esgotamento dessas divergências é prescindível aqui, uma vez que o objeto deste trabalho está assegurado na Constituição Federal e leis ordinárias, embora também esteja refletido em tratados internacionais.<sup>82</sup>

Por fim, os direitos humanos fundamentais passaram a integrar o núcleo protegido pela cláusula pétrea, condição até então exclusiva de algumas normas atinentes à organização política do Estado.<sup>83</sup> Temática sedutora e de extrema importância é a identificação dos direitos humanos fundamentais abrangidos pelo § 4º do artigo 60.<sup>84</sup> Entretanto, o estudo desses aspectos foge à temática deste trabalho, merecendo investigação árdua em pesquisas específicas.

---

<sup>82</sup> Sobre o tratamento conferido pela Constituição de 1988 aos direitos humanos fundamentais, verificar Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit.), Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit.), e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Direitos Humanos Fundamentais*, cit.).

<sup>83</sup> Mesmo fugindo do escopo aqui proposto, cumpre lembrar que a expressão *direitos e garantias individuais* do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 suscita discussões doutrinárias. O emprego desta expressão pretendeu abranger pela petrificação todos os direitos constantes do Título II (artigos 5º a 17)? Ou a utilização do vocábulo *individuais* demonstra intenção de excluir da imutabilidade os direitos coletivos e sociais? Afastando desde logo a interpretação puramente gramatical, em razão da evidente atecnia do texto constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que “não é despropositado afirmar ser a expressão ‘direitos e garantias individuais’ equivalente a ‘direitos e garantias fundamentais’”. Ora, esta última designa todo o título e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da Constituição em vigor, incontestavelmente uma ‘constituição social’” (Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988, cit., p. 9). Da mesma opinião é Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 144 e 400 e ss.). Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira – considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988 – também concluem que a cláusula petrificadora alcança os direitos sociais (Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Ano 8, n. 15, 2007. Disponível em <http://www.institucional.us.es/araucaria>, acesso em 15 de setembro de 2007). Gilmar Ferreira Mendes diverge, entendendo que os direitos sociais não estariam abrangidos pela cláusula pétrea (Cf. Os limites da revisão constitucional, cit., p. 85).

<sup>84</sup> Sobre os parâmetros para identificação dos direitos humanos fundamentais na Constituição de 1988, especialmente para tentar identificar a abrangência da petrificação estatuída pelo § 4º do artigo 60, ver também Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais e a reforma tributária, *Revista de Direito Tributário* n. 69, 1996, de autoria do Ministro Carlos Mário Velloso; e Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 10, n. 39, abr./jun. 2002.

### 1.3.3 Vida e Saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 reflete a associação lógica e imediata entre o direito à vida e o direito à saúde. Os dispositivos constitucionais que lhes concedem proteção estão referidos abaixo, destacando-se que algumas de suas importantes características, como sua eficácia e aplicabilidade, estão abordadas no capítulo seguinte.

Ao lado das disposições constitucionais, foram também indicados os dispositivos de dois dos mais importantes tratados internacionais, apenas por acreditar na contribuição que conferem à compreensão do conteúdo do direito à saúde. Não se trata aqui de defender ou não sua hierarquia constitucional, mas de simplesmente agregá-los ao direito discutido, já que estão devidamente ratificados pelo país e também somam conseqüências jurídicas à questão debatida.<sup>85</sup>

A proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida, se inicia logo no artigo 1º da Carta de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, como comentado anteriormente. O artigo 3º complementa constituindo como objetivo desta República a promoção do bem de todos.

---

<sup>85</sup> Sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos. Cf. Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit.), Ingo Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit.), Antonio Augusto Cançado Trindade (*A proteção dos Direitos Humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras* (Seminário de Brasília de 1991). Brasília/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/F. Naumann-Stiftung, 1992). Apenas para ilustrar, segue posicionamento de Flávia Piovesan: “Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 72).

Por sua vez, o artigo 5º assegura a inviolabilidade do direito à vida; e, no dispositivo seguinte, artigo 6º, o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais. Ambos estão entre os direitos e garantias fundamentais.<sup>86</sup>

Outras disposições são encontradas quando o texto constitucional determina que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, II) e quando delimita a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, XII).

Mais especificamente no artigo 196, a Constituição de 1988 prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: *mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

Marlon Alberto Weichert, ao tratar do conteúdo normativo do direito à saúde, ressalta que também este direito tem duas facetas complementares, uma mais estrita e relativa a prestações negativas, e a outra, mais ampla, que exige prestações positivas. A primeira diz respeito ao direito dos indivíduos de não terem sua saúde agredida por ações do Estado ou de particulares, neste último caso já presente a obrigação do Estado de fiscalizar e controlar atividades que sejam nocivas à saúde.

---

<sup>86</sup> Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592/1992, deixa claro a estreita dependência entre o direito à vida e o direito à saúde. Seu artigo 6º assegura o direito à vida, afirmando que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de vida”. O artigo seguinte determina que “ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Ao interpretar e especificar a extensão deste artigo, o Comitê de Direitos Humanos, cuja competência é fiscalizar e fomentar o cumprimento deste Pacto, em sua Observação Geral n. 6, deixa claro que o direito à vida não deve ser entendido de uma maneira restritiva, pois sua proteção requer que os Estados adotem medidas positivas. Nesse sentido, aponta a necessidade de serem tomadas todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida, em especial no que se refere à eliminação da desnutrição e das epidemias. Deixa claro, portanto, que o acesso a medicamentos é fundamental para proteger o direito à vida (AGUILAR, Carlos; KWEITEL, Juana (Coord.). *Guia Prático sobre a OMC e Outros Acordos Comerciais para Defensores dos Direitos Humanos*. 3DTHREE – Trade Human Rights – Equitable Economy e Conectas Direitos Humanos, 2006, p. 52).

Porém, a ênfase do dispositivo do artigo 196, ressalta o autor, vai para o direito a prestações positivas, ações e serviços de promoção e recuperação da saúde:

O Estado tem o dever de oferecer, de forma universal e isonômica, serviços de atendimento à saúde da população, preventivos e curativos. Essa obrigação a uma atuação positiva não é, porém, apenas do Estado. Também os cidadãos e suas organizações privadas (empresas, associações etc.) estão comprometidos a adotar posturas ativas na promoção da saúde, podendo a lei e a administração pública impor obrigações de agir, positivamente.<sup>87</sup>

Os serviços e ações de saúde são serviços públicos, conforme determinação do já referido inciso II do artigo 23 da Constituição. Esta característica já indica (i) a responsabilidade do Estado por prestá-los, o que também pode ser feito por quem lhe faça as vezes; (ii) a aplicação do regime jurídico de direito público em sua prestação; (iii) a incidência da supremacia do interesse público e de restrições especiais neste regime jurídico, justamente por ser regido pelos interesses públicos; (iv) a finalidade de satisfação da coletividade.<sup>88</sup>

São tomados como públicos aqueles serviços que se destinam a assegurar o bem do povo, a eliminar as carências individuais e regionais, o que também reflete o comprometimento com a concretização da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.<sup>89</sup> Mas, mais do que isso, os serviços e

---

<sup>87</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 124.

<sup>88</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (*Curso de Direito Administrativo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 634).

<sup>89</sup> Neste sentido, bastante oportuno o enfoque de Marçal Justen Filho que vincula o serviço público aos direitos fundamentais, nos seguintes termos: “a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isto não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos humanos seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadora pela supremacia dos direitos fundamentais. Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é

ações de saúde foram constitucionalmente erigidos a serviços de relevância pública. Bem explica Luiz Alberto David Araújo sobre os serviços de relevância pública:

A relevância, assim, se revela pelo serviço prestado no atendimento de qualquer dos princípios constitucionais. Apenas para enfocar os exemplos já citados, todos os serviços necessários para a realização dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º) são de relevância pública. Tudo o que se referir à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, à promoção do bem comum e à erradicação da pobreza são serviços de relevância pública, pois são ligados diretamente aos princípios constitucionais elencados nos artigos 1º e 3º. Evidente que saúde pública passa pela dignidade da pessoa humana, pela erradicação da pobreza.<sup>90</sup>

A partir dos ensinamentos de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos, é possível extrair do significado da “relevância pública” dos serviços e ações de saúde que:<sup>91</sup>

(i) a saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os entes privados que também prestem serviços de saúde, sob a chancela do Poder Público;

(ii) como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples;<sup>92</sup>

---

o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 489).

<sup>90</sup> O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal de 1988. In: DALLARI, Sueli (Org.). *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, Série direito e saúde 1, 1992. p. 25. Luiz Alberto David Araújo completa: “Dentre as medidas necessárias para garantia do cumprimento dos serviços de relevância pública, encontra-se a possibilidade de ajuizamento de ações contra os próprios órgãos públicos, quer para o cumprimento dos mandamentos constitucionais, quer para a correção da atividade, quando desviada do vetor constitucional” (In: DALLARI, Sueli (Org.), cit., p. 26).

<sup>91</sup> O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal de 1988, cit., p. 39.

<sup>92</sup> De acordo com o § único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de

(iii) tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos públicos e privados, para buscarem, inclusive judicialmente, sua proteção.<sup>93</sup>

Sueli Gandolfi Dallari acrescenta que ao qualificar as ações e serviços de saúde como de relevância pública, a Constituição de 1988 proclamou a sua essencialidade. Segundo a autora,

por “relevância pública” deve-se entender que o interesse primário do Estado, nas ações e serviços de saúde, envolve a sua essencialidade para a coletividade, ou seja, sua relevância social. Ademais, enquanto direito de todos e dever do Estado, as ações e serviços de saúde devem ser por ele privilegiados.<sup>94</sup>

Levando em conta as considerações acima, reforçamos que esta rotulação (relevância pública) atribui ao Estado um dever-poder<sup>95</sup> (para utilizar os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello) em nível mais elevado, o que abrange não só as medidas de prevenção e promoção da saúde, que são suas atribuições, como também a fiscalização do Estado sobre os serviços de saúde prestados por particulares.

---

fato; interesses ou direitos coletivos, também de natureza indivisível, são aqueles de que são titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

<sup>93</sup> A exemplo do Ministério Público, conforme artigo 129, II, da Constituição de 1988.

<sup>94</sup> O conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal de 1988, cit., p. 41. No mesmo sentido Marlon Weichert: “Ao se qualificar um serviço público como de relevância pública indica-se a existência de uma importância adicional nesse serviço, o qual deverá ser prestigiado pela administração. Logo, quando se tratar de serviço público relevante, em eventual confronto com outro que não tenha essa qualificação, o administrador público deverá privilegiar aquele, como, por exemplo, na destinação de recursos. Com isso, a Constituição veda uma inversão de prioridades com base em critérios supostamente discricionários. O serviço de relevância pública deve, pois, ser privilegiado no conjunto da atuação do Poder Público” (*Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 129). E também Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos: “Ao qualificar os serviços e ações de saúde como de relevância pública, não pretendeu o legislador constituinte dizer que os demais direitos humanos e sociais não têm relevância; quis o legislador talvez enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, antecipando-se, assim, à qualificação de “relevância” que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços, públicos e privados [...]” (*Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2001. p. 317).

<sup>95</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 86-97.

Os serviços e ações de saúde submetem-se a princípios específicos, em especial quando prestados pelo Poder Público,<sup>96</sup> o que é feito, em obediência à Constituição de 1988, por uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado conforme as diretrizes estabelecidas pelo artigo 198.<sup>97</sup>

O artigo 196 traz os princípios da universalidade e da igualdade. O Sistema Único de Saúde – SUS é universal, pois se destina a toda a população, não apenas aos carentes ou aos que contribuem para a previdência social, mas a todos que precisarem – ou quiserem – de seus serviços de saúde. Por sua vez, a igualdade veda qualquer forma de discriminação no acesso e na prestação dos serviços de saúde.<sup>98</sup>

Devido à especial pertinência para este trabalho, cumpre ressaltar desde já, entre as diretrizes dos serviços públicos de saúde, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos das assistenciais.<sup>99</sup> Por conta desta diretriz, estão obrigatoriamente englobados a prevenção, o atendimento médico e hospitalar e a assistência farmacêutica. Dessa forma, o atendimento das pessoas tem como guia principal justamente suas necessidades. A integralidade confere aos indivíduos o direito de serem atendidos e assistidos sempre que necessitarem, em qualquer situação de ameaça ou de agravo à saúde (doença), utilizando insumos, equipamentos, instalações médicas, medicamentos etc. – o que for imperativo ao caso.

---

<sup>96</sup> Neste caso, aplicam-se também os princípios gerais da administração pública, esculpido no artigo 37 da Constituição, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

<sup>97</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

<sup>98</sup> Reforçando que o artigo 196 consagra os princípios do acesso universal à saúde e do acesso igualitário à saúde, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior salientam que “são incogitáveis mecanismos de restrição do acesso à rede e aos serviços públicos de saúde, tal como a restrição, outrora existente, que deferia o acesso exclusivamente àqueles que contribuíssem para a previdência social” (*Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 486).

<sup>99</sup> A Lei n. 8.080/90 – criada para regulamentar os dispositivos constitucionais atinentes à saúde – repete e define a integralidade dos serviços públicos de saúde como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (artigo 7º, II).

Ainda para o direito à saúde, a Constituição estabelece uma dotação orçamentária específica, que, se não cumprida, pode ensejar intervenção federal nos Estados que não observarem a aplicação do mínimo de recursos exigidos.<sup>100</sup> O artigo 198, com redação dada pela Emenda Constitucional 29, traça os contornos desta dotação, que provisoriamente foi detalhada pelo artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela mesma Emenda. Este detalhamento deve ser definitivamente elaborado por meio de Lei Complementar, o que ainda não ocorreu.<sup>101</sup>

Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira bem pontuam sobre as disposições constitucionais acima:

A ordem constitucional de 1988, dessa forma, acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política, enfim, deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, uma vez que seus domínios passaram a sofrer limites e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo. Surgiu daí, verdadeira configuração normativa da atividade política.<sup>102</sup>

Mesmo que em caráter meramente ilustrativo, vale a pena trazer algumas observações a respeito da consagração do direito à saúde no direito internacional, até mesmo para demonstrar que a ordem interna brasileira, neste ponto, anda afinada com a ordem internacional. Nesse sentido, também contribui para os contornos do direito à saúde o disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado por meio do Decreto n. 591/1992, especialmente seu artigo 12:

---

<sup>100</sup> Conforme artigo 34, VII, “e”. Dotação orçamentária também foi prevista para o direito à educação no artigo 212.

<sup>101</sup> Em que pese a importância das discussões acerca do orçamento da saúde e da regulamentação da Emenda Constitucional 29, este trabalho não vai descer ao detalhamento do tema. A garantia de recursos financeiros para a saúde, assim como para os demais direitos sociais fundamentais, é vital. Contudo, basta aqui pontuar que a própria Constituição, quanto ao direito à saúde, se preocupou com este aspecto, vinculando de imediato os poderes públicos, em especial o Poder Executivo.

<sup>102</sup> Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Ano 8, n. 15, 2007. Disponível em <http://www.institucional.us.es/araucaria>, acesso em 15 de setembro de 2007.

Artigo 12 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos, em caso de enfermidade.

Esta é a norma de referência no âmbito internacional, no que se refere ao direito à saúde,<sup>103</sup> cujo cumprimento está sob a vigilância do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>104</sup> assim como todas as outras normas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Muito apropriada para o enfoque deste trabalho é a Observação Geral n. 14, emitida pelo referido Comitê no ano 2000.<sup>105</sup> Cuida justamente do direito ao desfrute do mais alto nível de saúde, objeto do citado artigo 12.

---

<sup>103</sup> O direito à saúde também é reafirmado no Protocolo de San Salvador, em especial no artigo 10, e em Convenções Internacionais específicas, como na Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial (artigo 5º, letra “e”, IV), Convenção sobre a Discriminação contra a Mulher (artigo 12), Convenção dos Direitos das Crianças (artigo 24) e Convenção sobre o direito dos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (artigo 25), cada qual atentando para as peculiaridades dos segmentos aos quais se destinam.

<sup>104</sup> O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não foi criado pelo instrumento correspondente. Sua criação, em 1985, se deve ao Conselho Econômico e Social, este sim previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 16 e seguintes. Sendo assim, é um órgão que subsidia o Conselho, do qual emana sua autoridade. O Comitê fomenta um diálogo construtivo com os Estados-partes, que têm seu comportamento analisado individualmente, e determina diversos meios para que apliquem adequadamente as normas contidas no Pacto. Além disso, o Comitê também emite interpretações autorizadas sobre os direitos e disposições do Pacto, com vistas a conquistar, progressivamente, a plena efetividade dos mesmos.

<sup>105</sup> As Observações Gerais dos órgãos de supervisão dos tratados fornecem um guia útil para o conteúdo de direitos humanos específicos e para obrigações dos governos em relação ao que devem ou não fazer. Por serem consideradas interpretações autorizadas das disposições dos tratados sobre direitos humanos, elas têm um grande peso como ferramenta de promoção e guia para a aplicação de leis e ações que afetam direitos humanos.

Logo de início o Comitê prescreve que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício dos demais direitos humanos.<sup>106</sup> Ressalva, posteriormente, que na interpretação do artigo 12 devem ser levados em conta elementos determinantes da saúde, como perspectivas de gênero, inquietudes de caráter social (violência e conflitos armados), e o impacto de enfermidades anteriormente desconhecidas como a Aids – síndrome da imunodeficiência adquirida, e outras como o câncer.<sup>107</sup>

Quanto às obrigações impostas pelo direito à saúde, o Comitê pontua três tipos ou níveis. A *obrigação de respeitar* exige que os Estados se abstenham de ingerir-se, direta ou indiretamente, no desfrute do direito à saúde. A *obrigação de proteger* requer que os Estados adotem medidas para impedir que terceiros interfiram na aplicação das garantias previstas no artigo 12. E, por fim, a *obrigação de cumprir* que integra a obrigação de facilitar, proporcionar e promover a saúde, no caso. A *obrigação de cumprir* requer que os Estados adotem medidas apropriadas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra índole para conferir plena efetividade do direito à saúde. Devem reconhecer, de modo suficiente, o direito à saúde em seus sistemas políticos e ordenamentos jurídicos nacionais e adotar uma política nacional de saúde.<sup>108</sup>

Como elementos essenciais para a exata aplicação do direito à saúde, o Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Sociais fixa:<sup>109</sup>

- (i) Disponibilidade: os serviços e programas de saúde devem ser disponíveis em quantidade suficiente para todos;
- (ii) Acessibilidade: envolve quatro dimensões – o princípio da não discriminação (a saúde deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos mais vulneráveis); a acessibilidade física; a acessibilidade econômica e a acessibilidade de informação;

---

<sup>106</sup> Item 1 da Observação Geral n. 14.

<sup>107</sup> Item 10.

<sup>108</sup> Item 33.

<sup>109</sup> Item 12 da Observação Geral n. 14.

- (iii) Aceitabilidade: os serviços e programas de saúde devem respeitar a ética médica e devem ser culturalmente apropriados, sensíveis, ainda à questão de gênero e geracional;
- (iv) Qualidade: os programas e serviços de saúde devem ser apropriados para atender a demanda da população, baseados em evidências científicas e devem buscar incorporar os avanços científicos e tecnológicos;
- (v) Integralidade: envolve o oferecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade e devem ser prestados durante todo o ciclo vital de homens e mulheres.

O direito a estabelecimentos, bens e serviços de saúde<sup>110</sup> impõe a criação de condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade, tanto física como mental, e o acesso igualitário e oportuno aos serviços básicos de saúde – preventivos e curativos, incluindo, especificamente, o acesso aos medicamentos essenciais.<sup>111</sup>

#### 1.4 O direito à saúde e o acesso aos medicamentos

A relação de continência entre o direito à vida e o direito à saúde e entre eles e o direito ao acesso aos medicamentos, produtos farmacêuticos da mais alta relevância, já ficou evidenciada pela exposição feita até aqui acerca dos direitos humanos fundamentais à vida e à saúde, consagrados pela Constituição brasileira.

Ora, como conceber políticas sociais e econômicas e ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir os riscos de agravo à saúde e recuperar os cidadãos das doenças que os acometem sem ter em mente o acesso a medicamentos?

---

<sup>110</sup> Letra “d” do § 2º do artigo 12.

<sup>111</sup> Item 17.

Como se pautar pela garantia do atendimento integral sem assegurar o fornecimento dos medicamentos necessários?

Esta essencial relação também foi reforçada pelas letras do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo alcance foi delineado pela Observação Geral n. 14, e do artigo 10 do Protocolo de San Salvador.

A respeito da fundamentalidade do direito ao acesso aos medicamentos, bem como sua relação com outros direitos humanos fundamentais, em especial com o direito à saúde, o professor Xavier Seuba ensina que:

Atualmente, há muitos instrumentos normativos e órgãos de implementação, tanto nacionais como internacionais, e já são muitos os tribunais e leis que têm protegido e garantido o acesso aos produtos farmacêuticos argüindo distintos direitos fundamentais, direitos tão distintos como o direito à vida, à liberdade de movimentos, o direito à saúde e o direito de participar do progresso científico e técnico. Entre os direitos argüidos para garantir o acesso a produtos farmacêuticos sobressai o direito à saúde, pelo qual se entende o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental e que remete a uma série de obrigações estatais, tanto de caráter negativo como positivo.<sup>112</sup>

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), os medicamentos constituem um tema complexo, que envolve muitos interesses – políticos, sanitários, sociais, entre outros. Por esta razão, a OMS recomenda que os países formulem e implementem uma política nacional de medicamentos (PNM), que deve promover a equidade e a sustentabilidade do setor farmacêutico, tendo como principais objetivos a promoção do acesso, da qualidade e do uso racional de medicamentos.<sup>113</sup>

Ao longo da história, os medicamentos tiveram sua utilização relacionada à magia, à ciência, à saúde e, mais recentemente, embora de modo determinante, ao

---

<sup>112</sup> Acceso a Medicamentos como Derecho Humano. Impacto de las Disposiciones ADPIC-plus.

<sup>113</sup> OMS (Organização Mundial da Saúde), 2001. *How to implement and develop a national drug policy*. Second Edition. Geneva: WHO. Disponível em <http://www.who.int/medicines/areas/policy/en/>

mercado. Com o passar do tempo, a ciência passou a ser utilizada no processo de produção de medicamentos, que se tornaram mais eficientes com o advento de novas tecnologias. A partir da Revolução Industrial, as indústrias farmacêuticas registraram crescimento impressionante, tornando-se megacorporações.

Atualmente, podemos dizer que ciência e mercado passaram a ter pesos semelhantes no setor de medicamentos. O peso econômico e mercadológico, adquirido ao longo dos anos, por vezes coloca a saúde das pessoas em segundo plano, quando esta deve ser o objetivo principal e último dos medicamentos e daqueles que se dedicam, por meio de pesquisas e investimentos, a aperfeiçoá-los, a descobri-los e mesmo a comercializá-los.<sup>114</sup>

Por ora, basta pontuar que os medicamentos são insumos de extrema relevância para os seres humanos. Para os médicos, são instrumentos terapêuticos essenciais, e para os pacientes muitas vezes vitais.<sup>115</sup> Ressaltando tal importância pontua Ginés González García:

Nada valoriza a gente mais do que o medicamento. De maneira tal que, se ele não está assegurado às pessoas que o necessitam, a percepção social é de injustiça mais do que mera desigualdade. Seguramente, nada mais é vivido como uma injustiça social inaceitável, diferentemente da posse ou carência de outros bens, do que a persistência do sofrimento ligado à enfermidade pela carência do medicamento que aliviaria os sintomas ou curaria a

---

<sup>114</sup> GARCÍA, Ginés González. Medicamentos – Ese raro objeto entre la ciencia, el mercado y la magia. *Acceso a Medicamentos: Derecho Fundamental, Papel del Estado*. ZEPEDA BERMUDEZ, Jorge Antonio (org.). Rio de Janeiro: ENSP, 2004, p. 13 e ss. Tradução livre. Para o autor, “podemos dizer que estamos vivendo a era da ciência, mas quase em idêntica proporção afirmar que estamos vivendo na civilização do mercado, o grande triunfador ideológico dos últimos anos. É o supermercado mundial onde os medicamentos são uma estrela de primeiro nível. Há 50 anos, no ranking de rentabilidade, a taxa de ganâncias das indústrias farmacêuticas mais importantes nunca foi inferior a 20% por ano. Esta megaindústria que cresce de maneira impressionante na verdade sempre teve um componente de mercado, o que tem ocorrido nos últimos anos é que justamente este componente de mercado passou a governar o todo”. Sendo assim, pontua: “[...] se o mercado continua com esta posição e está claro que o fará, é evidente que o ator chamado a buscar soluções é o Estado, não apenas como organizador social, mas também como garantidor das igualdades que se devem tomar como ponto de partida para uma sociedade democrática” (*Acceso a Medicamentos: Derecho Fundamental, Papel del Estado*, cit., p. 16 e 21. Tradução livre).

<sup>115</sup> A Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – define medicamento como produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. Esta definição é encontrada na [Lei n. 6.360/76](#), que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, e outros produtos e em resoluções da Agência.

enfermidade.<sup>116</sup>

## 1.5 Direitos humanos fundamentais: indivisibilidade e interdependência

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 já consagrava a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos fundamentais ao declarar, sem distinção, direitos civis e políticos e também sociais, econômicos e culturais, o que foi reforçado com a chegada dos Pactos Internacionais em 1966.<sup>117</sup>

A moderna concepção dos direitos humanos fundamentais, compreendidos sob o prisma da indivisibilidade, foi reiterada pela Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, quando afirma em seu § 5º que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.<sup>118</sup>

A interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais trazem o entendimento de que “um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos”.<sup>119</sup> Ao se

---

<sup>116</sup> Medicamentos – Ese raro objeto entre la ciencia, el mercado y la magia, tradução livre, p. 14. No mesmo sentido o autor destaca: “Voltando a olhar para o mercado, senhor e amo destes dias, acostumamo-nos que não há que se pedir valores morais ao mercado. O mercado tem rentabilidade, tem preços, maneja outra lógica que não é a sanitária, ao mesmo tempo em que os sistemas de saúde, no mundo contemporâneo, afortunadamente, seguem sendo basicamente sistemas de valores. Há uma ética social em que uma pessoa não se morre por ser pobre, pode não ter um lindo carro, não ter uma casa linda, mas não ter acesso aos medicamentos, por ser pobre, que eu saiba, não há nenhuma sociedade do mundo que aceite isso explicitamente” (Medicamentos – Ese raro objeto entre la ciencia, el mercado y la magia, cit., p. 20).

<sup>117</sup> Sobre este aspecto da Declaração de 1948 ensina Flávia Piovesan: “Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos, como maior símbolo do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce nela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais. Consagra-se, desse modo, a visão integral dos direitos humanos (Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado* n. 73., cit., p. 60).

<sup>118</sup> A Declaração de Viena foi subscrita por 171 países em 1993.

<sup>119</sup> WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

afirmar que os direitos humanos são indivisíveis “se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais”.<sup>120</sup>

A Constituição Federal também reconheceu a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais. Basta lembrar, como dito anteriormente, a topografia consagrada pela Carta de 1988. Os direitos sociais (Capítulo II) foram dispostos logo em seguida dos direitos e garantias individuais (Capítulo I), todos no Título dedicado aos direitos e garantias fundamentais. Sobre a integração das categorias de direitos fundamentais, José Afonso da Silva ensina:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. [...] O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de se verificar a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.<sup>121</sup>

Ao lado da interdependência e da indivisibilidade, a abertura material do rol dos direitos humanos fundamentais, também consagrada pela Carta de 1988, proporciona, além da ampliação deste rol, a atualização dos direitos mais antigos, consagrados há mais tempo, conferindo-lhes roupagem condizente com os anseios e valores da sociedade contemporânea. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

<sup>120</sup> WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 118.

<sup>121</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 184-185. Flávia Piovesan também pontua: “a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade” (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 34).

Cumpra reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

[...]

Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.<sup>122</sup>

Sendo assim, cada um dos direitos humanos fundamentais experimenta evoluções, ganhando nova roupagem, de modo que ao direito à vida foi agregada a vida digna, ao direito à propriedade somou-se a função social da propriedade e assim por diante.<sup>123</sup>

Do mesmo modo, a primeira concepção do direito à saúde, direito a ausência de doença, a estar sadio, se mostrou insuficiente para consolidar os objetivos do Estado social: diminuir as desigualdades e satisfazer as necessidades do homem. O individualismo do primeiro enfoque, explica Marlon Weichert:

[...] não atendeu aos anseios de promoção da saúde, e, nem mesmo, de garantia de permanência sadia. Ambos dependem de forma marcante da qualidade de vida da comunidade. Com efeito, ainda que, premiando a visão individual, o cidadão não poderá continuar saudável sem que o meio em que vive – e as pessoas

<sup>122</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 61 e 62.

<sup>123</sup> Nesse sentido Víctor Abramovich pontua: “A concepção teórica – e inclusive a regulamentação jurídica concreta de vários direitos tradicionalmente considerados ‘direitos autonomia’, que geram obrigações negativas por parte do Estado – tem variado de tal modo que alguns direitos classicamente considerados ‘civis e políticos’ adquiriram um indubitável aspecto social. A perda do caráter absoluto do direito de propriedade com base no interesse público é o exemplo mais cabal a respeito, ainda que não seja o único” (Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 2, número 2, 2005. p. 192).

que o rodeiam – também estejam ou possuam condições de salubridade, especialmente diante do contágio e da contaminação pelos agentes diretamente provocadores das doenças.<sup>124</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que o conceito de saúde adotado pela Organização Mundial da Saúde reflete a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais. Segundo a OMS, a saúde é definida “como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”. Integram-se, por este conceito, o direito à vida e o direito à saúde, que implica vida sadia, ou seja, ausência de doenças e outros danos físicos e mentais, agregando-se ainda os valores da vida digna e do mais alto nível de saúde, o que demanda condições financeiras e sociais (incluídas as ambientais) suficientes para garantir o completo bem-estar referido no conceito.

A interdependência e a indivisibilidade reforçam a exigibilidade e a acionabilidade de todos os direitos humanos fundamentais, conforme agrega Flávia Piovesan:

[ ] em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não acionabilidade dos direitos é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 120. Nesse mesmo sentido, Luiz Alberto David Araújo: “Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são) deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, conseqüentemente, parte do direito à saúde” (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994. p. 53).

<sup>125</sup> Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos, cit., p. 62.

A interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, como se vê, também colocam luzes na inadequação da distinção tradicional que se fazia entre os direitos da primeira e segunda geração. A visão simplista de que a garantia dos direitos civis e políticos implicaria apenas a limitação ou proibição da atividade estatal, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais demandariam prestações positivas e alocações de recursos, acabava por dificultar a concretização e exigibilidade dos segundos, e, inclusive, a revitalização dos primeiros.

A doutrina, contudo, vem ressaltando que mesmo aqueles direitos mais próximos das chamadas obrigações negativas do Estado demandam intensa atividade Estatal, que também depende de recursos financeiros. É o caso, por exemplo, do sigilo de correspondência, do direito ao voto, ou ainda à propriedade, que exigem ações do Estado – aparatos de segurança, polícia e justiça, para evitar interferências nessas liberdades. Víctor Abramovich confere dimensão adequada para as diferenças entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, alicerçando-se na indivisibilidade e interdependência desses direitos:

Sob essa perspectiva, os direitos civis e políticos se distinguem dos direitos econômicos, sociais e culturais mais em uma questão de grau do que em aspectos substanciais. Pode-se reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais sejam as obrigações de fazer, e é por isso que às vezes são denominados “direitos-prestação”. Contudo, não é difícil descobrir, quando se observa a estrutura desses direitos, a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à prestação do patrimônio cultural implica a obrigação de não destruir esse patrimônio.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados, cit., p. 191.

Tem-se, portanto, que a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais acaba propiciando a violação dos direitos civis e políticos e vice-versa. O foco deste trabalho configura justamente um exemplo onde a vulnerabilidade do direito social à saúde está íntima e diretamente relacionada com a vulnerabilidade do direito à vida e à liberdade, entendida como possibilidade de cura ou convivência com a doença de modo que permita, em alguma medida, o exercício da autodeterminação e da consecução de um projeto de vida. Sem os medicamentos necessários as pessoas que deles dependem terão cerceadas a liberdade e a vida.

## 2 A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS GARANTIDORAS DO ACESSO AOS MEDICAMENTOS

### 2.1 As normas constitucionais quanto à eficácia: algumas classificações doutrinárias

Ao lado da diferenciação entre princípios e regras, as normas constitucionais também recebem classificações diversas quanto a sua eficácia. Ambas categorizações refletem a eficácia jurídica de determinado dispositivo constitucional, já que a diferença entre regras e princípios implica, como se viu, reflexos no modo e no tom da aplicação de determinada norma a um caso concreto. Para o presente estudo, as abordagens se somam ao objetivo de identificar a eficácia, a densidade e a aplicabilidade do direito à saúde.

Sendo assim, trata-se de delinear os contornos da eficácia jurídica do direito à saúde, averiguando se as normas constitucionais autonomamente consideradas atribuem-lhe eficácia plena e imediata, conferindo a possibilidade de exigir judicialmente o seu conteúdo normativo, ainda que prestação positiva. Problema distinto é o de se saber se “o efeito pretendido pelo enunciado normativo se verifica freqüentemente no mundo dos fatos”, ao que convencionou chamar de efetividade ou eficácia social.<sup>127</sup>

Sobre as precedentes noções de eficácia e efetividade, observa José Afonso da Silva:

Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais, como outras, são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas. Juridicamente, no entanto, a aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras)

---

<sup>127</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., p. 102-103.

depende especialmente de saber se são vigentes, se são legítimas, se têm eficácia.<sup>128</sup>

Seguindo o autor, tem-se que o vocábulo eficácia tem dois sentidos: o jurídico e o social. A eficácia jurídica da norma consiste na “capacidade de atingir os ditames nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”. Trata-se da qualidade de produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, regulando situações e comportamentos de que cogita. E nesse sentido a eficácia tem a ver com a “aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”. A eficácia social, por sua vez, relaciona-se com a efetividade, ou seja, medida do alcance de seu objetivo, sendo que “o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a ocorrer”.<sup>129</sup>

Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo acrescentam ainda que eficácia jurídica das normas constitucionais tem dois níveis de manifestação: o sintático e o semântico. O primeiro refere-se às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais. E o segundo diz respeito ao predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular. E continuam:

A norma constitucional, quando menos, possui eficácia sintática, gerando a inconstitucionalidade de todos os atos normativos infraconstitucionais incompatíveis com ela, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando os atos normativos a ela anteriores e com ela incompatíveis e, por fim, servindo de limite para interpretação das demais normas constitucionais que com ela venham a se chocar.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 52.

<sup>129</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 66.

<sup>130</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 18-19.

Tendo em mente que as classificações doutrinárias ora referidas se orientam pelos variados graus de eficácia atribuídos a estas ou àquelas normas constitucionais, passa-se àquela mais aceita e reproduzida pela doutrina pátria, que é a classificação elaborada por José Afonso da Silva.

O referido constitucionalista parte do pressuposto de que não há norma constitucional destituída de eficácia, porém admite alguma diferença quanto ao grau de eficácia de algumas normas, cuja totalidade da realização dos efeitos jurídicos depende de complementação normativa.

Nesse compasso, propõe a classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e à aplicabilidade, em três categorias:

- (i) normas constitucionais de eficácia plena, as quais produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde sua entrada em vigor na Constituição – com aplicabilidade direta, imediata e integral;
- (ii) normas constitucionais de eficácia contida, que também produzem ou podem produzir todos os seus efeitos desde sua entrada em vigor, porém prevêm meios que permitem manter sua eficácia restrita a certos limites – com aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, uma vez que estão sujeitas a restrições; e
- (iii) normas constitucionais de eficácia limitada, as quais não produzem imediatamente seus efeitos, já que dependem de regulamentação do legislador ordinário para incidir – com aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.<sup>131 132</sup>

---

<sup>131</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 82 e 83. Apenas para ilustrar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, seguindo a doutrina americana, que aqui teve adeptos como Ruy Barbosa (*Comentários à Constituição Federal brasileira coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 475 e ss.), ressalta a antiga divisão das normas constitucionais em auto-executáveis ou não-auto-executáveis. Para o autor, considera-se auto-executável a norma que se apresenta completa e definida quanto à sua hipótese e sua disposição, podendo ser aplicada imediatamente. Por outro lado, tem-se uma norma não-auto-executável diante da dependência da elaboração de outra norma que a complemente, não possuindo, portanto, aplicabilidade imediata, podendo ser de três espécies: i) incompleta, quando não estiver completamente definida, quanto à hipótese ou à disposição; ii) condicionada, quando o próprio legislador constituinte a condicione a uma norma posterior; ou iii) programática: quando a norma apenas indica programas ou planos de atuação do governo, exigindo neste caso complementação por leis ordinárias e por

Quanto às normas de eficácia limitada, onde se acham os direitos econômicos, sociais e culturais, José Afonso da Silva as subdivide em: (i) normas constitucionais definidoras de princípio institutivo, orgânico ou organizativo, que consistem nas normas gerais sobre a estruturação de instituições, órgãos ou entidades; e (ii) normas constitucionais definidoras de princípio programático, aquelas que traçam princípios e programas para a realização de atividades e a efetivação de interesses, que objetivam a realização dos fins sociais do Estado.<sup>133</sup>

Luís Roberto Barroso,<sup>134</sup> também tendo em mente a capacidade autônoma de produzir efeitos das normas constitucionais, enfoca-as sob outra perspectiva, mais atento à posição jurídica que tais normas conferem aos jurisdicionados. Sendo assim, prefere a seguinte classificação:

---

medidas administrativas. (*Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 12-13). Cf. ainda Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>132</sup> Apenas para ilustrar, além das classificações apresentadas aqui, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, seguindo a doutrina americana, que aqui teve adeptos como Ruy Barbosa (*Comentários à Constituição Federal brasileira coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 475 e ss.), ressalta a antiga divisão das normas constitucionais em auto-executáveis ou não-auto-executáveis. Para o autor, considera-se auto-executável a norma que se apresenta completa e definida quanto à sua hipótese e sua disposição, podendo ser aplicada imediatamente. Por outro lado, tem-se uma norma não-auto-executável diante da dependência da elaboração de outra norma que a complemente, não possuindo, portanto, aplicabilidade imediata, podendo ser de três espécies: i) incompleta, quando não estiver completamente definida, quanto à hipótese ou à disposição; ii) condicionada, quando o próprio legislador constituinte a condicione a uma norma posterior; ou iii) programática: quando a norma apenas indica programas ou planos de atuação do governo, exigindo neste caso complementação por leis ordinárias e por medidas administrativas. (*Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 12-13).

<sup>133</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 86, 121 e ss. e 135 e ss. Cumpre mencionar a ressalva do autor quanto à palavra “princípio”, que é equívoca. Quando fala em normas definidoras de princípio institutivo ou programático, a palavra se apresenta com a significação de começo ou início. Para José Afonso, não se confundem disposições programáticas e princípios constitucionais. As normas, sustenta o autor, tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, reconhecendo a pessoas ou entidades, de um lado, a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigir a ação ou abstenção de outrem, e de outro lado, vinculando pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. E princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. As normas definidoras de direitos econômicos e sociais específicos, sustenta José Afonso, são informadas pelo *princípio-fim* da realização da justiça social a fim de assegurar a todos a existência digna e pelos demais princípios da ordem econômica, *princípios-condição*, como a função social da propriedade, a livre concorrência, a busca do pleno emprego, a defesa dos consumidores, etc. (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 119, 142-143).

<sup>134</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 104.

- (i) normas constitucionais de organização, que têm por objetivo organizar o exercício do poder político, veiculando as decisões políticas fundamentais, definindo a competência dos órgãos constitucionais, criando órgãos públicos e estabelecendo normas processuais ou procedimentais;
- (ii) normas constitucionais delimitadoras de direitos, que fixam os direitos fundamentais dos indivíduos, divididos pelo autor em quatro categorias: direitos políticos, individuais, direitos sociais e direitos difusos;<sup>135</sup> e
- (iii) normas constitucionais programáticas, aquelas que traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.

No que diz respeito ao segundo tipo de normas, definidoras de direitos, entre eles os direitos sociais, este autor reconhece seu caráter normativo, ressaltando, contudo, a existência de problemas de “operatividade prática”. Nesse sentido, apresenta a seguinte subclassificação, conforme as posições jurídicas de que as normas desta espécie e seus efeitos variados investem os jurisdicionados: (i) normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção;<sup>136</sup> (ii) normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e (iii) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

Aproximando-se desta segunda classificação, abordando a questão da eficácia e efetividade das normas constitucionais com foco nos direitos fruíveis pelos indivíduos, tem-se a classificação proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello. Procurando identificar as diferentes posições de que os administrados se vêem investidos em decorrência das normas constitucionais, Bandeira de Mello propõe três categorias:

---

<sup>135</sup> O autor classifica como direitos difusos os que se caracterizam por pertencer a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, “de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”. Como exemplos cita a preservação do meio ambiente, a proteção do consumidor e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 98).

<sup>136</sup> O direito de greve é um exemplo.

- (i) normas concessivas de poderes jurídicos;
- (ii) normas concessivas de direitos; e
- (iii) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.<sup>137</sup>

As duas primeiras categorias criam para os indivíduos situações de fruição imediata, independentemente da atuação legislativa. Para Bandeira Mello, adianta-se, nas hipóteses em que a norma concessiva de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação e o procedimento para sua realização esteja expresso ou implicitamente regulado pela Constituição, pode-se falar em direito subjetivo à prestação. Mas a posição jurídica dos particulares será menos consistente, sem a possibilidade de exigir a fruição de algo, quando a norma constitucional “expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.<sup>138</sup>

## 2.2 A eficácia jurídica e a força vinculante das normas constitucionais

Pode-se dizer que o entendimento doutrinário que rejeita a força vinculante das normas constitucionais, atribuindo-lhes apenas, pelo menos no que se refere à parte de tais normas, carácter exclusivamente político, vem sendo fortemente combatido. Nesse sentido, o disposto no capítulo anterior reforça a força jurídica dos princípios constitucionais, espécies do gênero normas constitucionais. Acrescente-se ainda que, nem mesmo o emprego de termos vagos, genéricos ou que se refiram à

<sup>137</sup> Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público* 57/58, cit., p. 233 e ss.

<sup>138</sup> Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, cit., p. 243-245. Vale a pena trazer logo aqui o conceito de direito subjetivo, lançando mão dos ensinamentos de Cristina Queiroz: “Gozar de um ‘direito subjectivo’ significa ter o poder de pretender perante um outro sujeito um determinado comportamento. Este é o conteúdo do direito subjectivo: o ‘dever jurídico relacional’. O conteúdo do direito corresponde ao comportamento que o respectivo titular pode exigir a um outro sujeito. Em termos breves, o conceito de ‘direito subjectivo’ pressupõe uma relação triádica entre um sujeito, um objecto e um destinatário” (*Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiabilidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 136).

necessidade de disposições infraconstitucionais, característica notada na positivação de direitos sociais, tem o condão de torná-los juridicamente débeis.<sup>139</sup>

Atualmente, a doutrina majoritária engrossa o entendimento de que não há como negar o caráter jurídico e, portanto, a eficácia vinculante das normas constitucionais, inclusive as programáticas – de eficácia limitada na classificação de José Afonso da Silva –, ainda mais quando diante de uma Constituição rígida, como a brasileira. Joaquim José Gomes Canotilho bem representa a doutrina contemporânea:

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, as garantias de direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir esses objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei: o direito constitucional é direito positivo. Nesse sentido se fala na constituição como norma (Garcia de Enterría) e na força normativa da constituição (K. Hesse).<sup>140</sup>

Além de serem normas jurídicas e guardarem todos os atributos a estas essenciais, as normas constitucionais possuem hierarquia superior às demais integrantes do ordenamento jurídico. Esta qualidade coloca luzes no equívoco cometido por aqueles que porventura ainda questionem sua força vinculante.

As normas constitucionais possuem força jurídica e não apenas moral, sendo dotadas de imperatividade, de modo que sua inobservância gere conseqüências,

---

<sup>139</sup> Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello. Em suas palavras: “Não há, estranhar, pois, que os investidos no poder constituinte pelo povo e os que se auto-investem neste papel, por e para se configurarem como representantes do povo, vejam-se na contingência de insculpir na Lei Suprema um conjunto de dispositivos que exalçam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normação infraconstitucional. Este modo de regular, acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente. Cumpre, em última instância, uma função escamoteadora, tenha ou não a intenção adrede concebida. Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria” (Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, cit., p. 6-7).

<sup>140</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1176.

além de deflagrar um mecanismo próprio de coação – cumprimento forçado de seu mandamento.<sup>141</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello é preciso:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.<sup>142</sup>

Apesar deste consenso doutrinário inicial, o estudo da eficácia das normas constitucionais ainda tem espaço importante no que se refere às ditas normas programáticas – as definidoras de princípio programático, que objetivam a realização dos fins sociais do Estado para Afonso da Silva; as definidoras de direitos cuja realização depende da edição de norma integradora ou as que traçam fins públicos a serem alcançados pelo Estado (programáticas) para Barroso; ou ainda normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida para Bandeira de Mello, para ficar apenas com estas três classificações. Tendo em vista a dificuldade de lidar com a diversidade de denominações, a partir daqui a expressão *normas programáticas* ou *normas de cunho programático* será utilizada de forma genérica, indicando as normas constitucionais que precisariam de legislação integradora para obter eficácia plena e aplicabilidade imediata.<sup>143</sup>

<sup>141</sup> Conforme Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 76-77.

<sup>142</sup> Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público* 57/58, cit., p. 236. No mesmo sentido, Gomes Canotilho: “Falou-se atrás (*vide supra*) de constituição normativa. Nos livros de estudo encontram-se fórmulas com estas: normatividade da constituição, **força normativa da Constituição**. Através destas expressões pretende-se significar – é esse o sentido atribuído pela doutrina dominante – que a constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direção política’, um caráter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1150).

<sup>143</sup> A expressão *normas de cunho programático* é utilizada por Ingo Sarlet para congregar as normas constitucionais que demandariam de legislação integradora para obter eficácia plena, embora o autor ressalve a necessidade de não se esquecer de especificidades decorrentes do conteúdo de algumas delas. Para Sarlet, como adiante exposto, o caráter programático de algumas normas não afasta sua capacidade de atribuir direitos subjetivos. Cf. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 293.

Especificamente quanto a tais normas constitucionais, vale frisar desde já que produzem efeitos jurídicos por si só, embora por vezes possam demandar regulamentação ordinária para se desenvolver integralmente. O simples fato de constarem de texto de lei já não poderia ensejar conclusão diferente, ainda mais quando insculpida em texto de constituição rígida, como é o caso. Negar-lhes a imperatividade coloca em dúvida a própria força vinculante da Constituição, o que fica mais grave considerando que, além de direitos sociais, costumam abrigar “os elementos sócio-ideológicos da constituição” e indicar os fins e objetivos do Estado, “o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica”.<sup>144</sup>

Canotilho, propondo uma ruptura com a doutrina clássica, clama pelo fim da nomenclatura *normas constitucionais programáticas*, já corroída pela significação então atribuída pela doutrina tradicional que lhes diminuía a simples programas, promessas, ditados políticos, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Para o autor, existem normas-fim, normas-tarefa, normas-programas que dirigem “materialmente a concretização constitucional”, impondo atribuições, deveres e atividades.<sup>145</sup>

Nesse compasso, a eventual necessidade de legislação infraconstitucional a dar concretude às normas-fim e normas-tarefas (programáticas) advém justamente da positividade destas últimas. É a positividade jurídica autônoma das normas constitucionais que impõe ao legislador a obrigatoriedade de legislar em prol de sua concretização integral. E não o contrário. É verdadeiro contra-senso afirmar que apenas diante de norma inferior (infraconstitucional) a superior (constitucional) ganharia força jurídica e, portanto, vinculante.

Assim sendo, não há que falar em eficácia programática, tendo em vista que as normas programáticas têm valor jurídico constitucionalmente idêntico ao das demais normas constitucionais. Canotilho sintetiza:

---

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 138-139.

<sup>145</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1176.

Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.<sup>146</sup>

Reforçando o entendimento de Canotilho, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que o Direito impõe condutas e que os dispositivos constitucionais “estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos”. Assim, mesmo as regras programáticas que dispõem sobre a “realização da Justiça Social” atribuem ao Estado brasileiro o “indeclinável dever jurídico de realizá-la”. A Constituição é um conjunto de normas de nível supremo. Viola-se a Constituição, tanto ao fazer o que ela proíbe como ao não fazer o que ela determina. Em caso de omissão, tem-se inconstitucionalidade. Aprofundando acerca das normas programáticas, o administrativista continua:

[...] Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

[...]

A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos, ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impediente a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1177.

<sup>147</sup> Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, cit., p. 255. Explicando sobre as normas programáticas, continua Bandeira de Mello: “É que certos preceptivos constitucionais outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento ulterior, tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto à possibilidade de

Para concluir, José Afonso da Silva especifica ainda mais claramente os efeitos gerados pelas normas constitucionais programáticas, autonomamente:

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem, o que será visto no capítulo seguinte;<sup>148</sup>

Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo acrescentam ainda que as normas de eficácia limitada, programáticas, revogam a legislação infraconstitucional preexistente que fira o programa proposto. Discordam, nesse

---

exigi-los, se acaso forem negados. [...] De revés, outros versículos constitucionais, em decorrência de sua dicção, dependem de normação infraconstitucional para desprenderem a plenitude dos efeitos a que se destinam e que neles se encontram virtualmente abrigados, isto é, *in fieri*. Também eles, de imediato, deflagram efeitos, porém, de menor densidade que os anteriores. Com efeito, não outorgam, por si mesmos, o desfrute positivo de um benefício, nem permitem exigir que este venha a ser juridicamente composto e deferido. [...] Vale dizer: se não proporcionam sacar uma utilidade positiva, fruível a partir da simples norma constitucional, proporcionam, entretanto, empecer comportamentos antinômicos ao estatuído. Além disso, e por força disto, surtem a consequência de impor ao exegeta, na análise de quaisquer atos ou relações jurídicas, contenciosas ou não (portanto, submetidas ao Poder Judiciário ou apenas dependentes de aplicação administrativa), o dever jurídico inescusável de interpretá-los na mesma linha e direção estimativa para que aponte o dispositivo constitucional” (Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, cit., p. 9-10).

<sup>148</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 164. No capítulo seguinte, Afonso da Silva conclui que as normas constitucionais programáticas produzem direitos subjetivos em seu aspecto negativo e não seu aspecto positivo: “Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham” (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 177). Ao direito à saúde, contudo, faz algumas ressalvas apontadas abaixo.

sentido, de posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 2.065-DF,<sup>149</sup> que entendeu pela impossibilidade de, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, verificar se seria inconstitucional que uma norma ordinária descumprisse um programa constitucional (extinguindo órgãos da saúde, por exemplo). Segundo a Suprema Corte, neste caso, haveria ferimento reflexo à Constituição e não direto, uma vez que seria necessário confrontar a norma impugnada com a legislação infraconstitucional existente. Os referidos autores ressalvam que o Supremo Tribunal está, a permanecer com este entendimento, diminuindo a utilidade do importante instrumento que é a ação direta de inconstitucionalidade no controle dos preceitos constitucionais e seu cumprimento. E finalizam destacando:

Sob o fundamento do ferimento reflexo e não direto, a Corte formula uma política de abstenção em tema de grande importância, que exigiria a participação forte e decidida do pretório Excelso, ou seja, o controle das normas infraconstitucionais por descumprimento de programas previstos na Lei Maior.<sup>150</sup>

Tem-se, portanto, que independentemente de legislação posterior, a correta interpretação das normas constitucionais programáticas impõe a conclusão de que delas se extrai, autonomamente, força jurídica e vinculante, ou seja, um grau de eficácia que impõe atribuições aos respectivos destinatários, além de permitir a invocação de direitos sociais de modo amplo e sólido, conforme asseverado atualmente pela melhor doutrina, ponto que está mais detalhado a seguir.

### **2.3 Algumas notas acerca da eficácia jurídica dos direitos sociais, e, em especial, do direito à saúde**

Levando em conta a eficácia jurídica e a força vinculante de todas as normas constitucionais, ainda que programáticas, destacamos aqui a eficácia dos

---

<sup>149</sup> Relator. Min. Moreira Alves, julgada em 17-2-2000, *Boletim Informativo STF*, n. 178.

<sup>150</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 22.

direitos sociais, especialmente diante da aplicação imediata determinada pela Constituição Federal de 1988. O quanto de eficácia é atribuído a cada um dos direitos a prestações positivas dependerá de sua forma de positivação e de peculiaridades de seu objeto, o que já foi possível notar a partir das classificações apontadas anteriormente. Nesse sentido, o direito à saúde será localizado nas classificações acima apresentadas, destacando-se a posição prioritária que lhe é atribuída por alguns autores. Apesar de leis federais e estaduais já terem cuidado de delinear o direito à saúde, dedica-se neste primeiro momento, conforme já anotado, a analisar apenas as disposições constitucionais para, posteriormente, passar às infraconstitucionais.

Inicialmente, vale lembrar aqui que os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, estão entre os direitos humanos fundamentais.<sup>151</sup> Dessa maneira, em conformidade com o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal,<sup>152</sup> as normas definidoras de direitos fundamentais, sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, possuem eficácia plena e a aplicabilidade imediata. Para Flávia Piovesan:

Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho

---

<sup>151</sup> Apesar de já anteriormente exposto, vale também aqui pontuar o conceito de direitos sociais, dessa vez, nas palavras de José Afonso da Silva: “Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, já os entendemos como 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 connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de 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 com o exercício efetivo da liberdade.<sup>151</sup> Sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11 da Constituição, podemos agrupá-los nas quatro classes seguintes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente” (Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em 22.06.2002 na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008).

<sup>152</sup> CF/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>153</sup>

Para Alessandra Gotti Bontempo, os direitos sociais, da mesma forma que os direitos civis e políticos, “são autênticos direitos fundamentais, dotados de eficácia e plenamente exigíveis judicialmente” e, por serem direitos fundamentais, “devem ser interpretados de modo a garantir a dignidade da pessoa humana; seus efeitos devem ser maximizados ou otimizados, nos termos do princípio da aplicabilidade imediata”.<sup>154</sup>

Os direitos sociais, ainda que previstos em normas programáticas, são dotados de imperatividade e vinculam os três Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, como acima exposto. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional, todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que apresente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção

---

<sup>153</sup> *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 59. Ainda sobre a aplicabilidade imediata determinada pelo artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, Ingo Sarlet ressalta: “Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e multicidada frase de Hebert Krüger, no sentido de que hoje não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais” (Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, n. 10, janeiro, 2002. Disponível na internet, [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), acessado em 10 de novembro de 2007).

<sup>154</sup> *Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Editora Juruá, 2006. p. 192.

positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.<sup>155</sup>

Considerando que, em grande medida, os direitos sociais estão postos na Constituição por meio de normas de eficácia limitada, o Poder Legislativo está vinculado à implementação dos direitos sociais, estando, entre suas funções, a aprovação de leis com vistas à eficácia plena e aplicabilidade integral de tais normas constitucionais, além daquelas com detalhes orçamentários que estabeleçam recursos públicos destinados à implementação e garantia dos direitos sociais.

Merece registro aqui o princípio da proibição do retrocesso, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional,<sup>156</sup> aplicado especialmente quanto aos direitos humanos fundamentais. Por este princípio, tem-se que uma lei posterior não pode extinguir um direito, cuja efetividade foi alcançada a partir de sua regulamentação, sob pena de promover um retrocesso. Para Luís Roberto Barroso, “entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”.<sup>157</sup>

Dito de outro modo, por vedação do retrocesso entende-se que o legislador não pode pura e simplesmente desconstituir o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição. Não se trata da possibilidade de substituição de uma medida legislativa por outra, considerada mais adequada para o

---

<sup>155</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 327. Apenas para ter em mente desde já as funções desempenhadas por cada um dos Poderes estatais, cuja divisão de competências será objeto de item próprio, recorre-se aqui a Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) função *legislativa* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundamentam direta e imediatamente na Constituição. Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias, com força de “coisa julgada”, atributo que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*. (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 35-36).

<sup>156</sup> Conforme Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 152.

<sup>157</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 152.

cumprimento do direito social em voga. A questão que se põe é a da revogação de disposição infraconstitucional que provoca o esvaziamento da norma constitucional, o que tem o mesmo efeito de disposição contrária ao comando constitucional.<sup>158</sup>

Os agentes do Poder Executivo, por sua vez, em cumprimento ao princípio da legalidade, devem atuar de forma que efetive os direitos sociais previstos na Constituição Federal, bem como nos tratados internacionais que o Brasil tenha ratificado. Alessandra Gotti Bontempo destaca sobre a implementação dos direitos sociais pelo Poder Executivo:

Para garantir a efetivação dos direitos sociais, especialmente levando em consideração a necessidade de que estes sejam “progressivamente realizados”, entende-se que deverá haver um sério comprometimento do Poder Executivo com o planejamento das metas e diretrizes a serem perseguidas; a elaboração das leis orçamentárias, de modo a priorizar os recursos necessários à efetivação dos direitos sociais; e, por fim, a implementação de políticas públicas que garantam a plena realização desses direitos.<sup>159</sup>

No que se refere ao Judiciário, acrescente-se, lembrando o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal,<sup>160</sup> que qualquer violação a direitos sociais deve ser resolvida de modo que garanta a aplicação das normas constitucionais pertinentes, pautando-se sempre pela lógica do Estado Social de Direito. Regina Maria Macedo Nery Ferrari ressalta que:

(...) a efetividade das normas constitucionais programáticas depende não só da atuação rápida e eficiente do Legislativo e da Administração, mas, principalmente, do Poder Judiciário, que necessita assumir um papel mais ativo no que diz respeito à

---

<sup>158</sup> Sobre o tema, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., p. 83 e ss.; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 338 e ss.

<sup>159</sup> *Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*, cit., p. 202.

<sup>160</sup> O dispositivo determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastada do crivo do Poder Judiciário.

concretização das normas constitucionais, libertando-se de certas noções arraigadas para atuar dentro de limites do razoável.<sup>161</sup>

Ingo Sarlet, ao tratar da eficácia dos direitos sociais, também faz a ligação destes com as normas de *cunho programático*, por configurarem-se na forma de positivação mais comumente utilizada pelos textos constitucionais, inclusive o brasileiro. A expressão genérica *normas constitucionais de cunho programático*, expressão utilizada por este e à qual já se referiu antes, se justifica, segundo Scarlet, para nela se enquadrarem todas as normas que, independentemente da terminologia adotada por um ou outro autor, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades decorrentes do conteúdo de cada norma.<sup>162</sup> E destaca as seguintes cargas eficaciais como sendo, em princípio, comuns a todos as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as dependentes de legislação integradora:

- (i) eficácia derogatória, porque tais normas acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo, e conseqüentemente sua não aplicação, independentemente de declaração de inconstitucionalidade;
- (ii) vinculam o legislador que não apenas está obrigado a concretizar seus programas, tarefas, fins e ordens, mas também fica adstrito aos parâmetros que preestabelecem;<sup>163</sup>
- (iii) impõem a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição que colidentes com os direitos fundamentais;

---

<sup>161</sup> *Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 240.

<sup>162</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 293.

<sup>163</sup> Sobre esta carga eficaz dispõe o autor: “Para a hipótese de ausência de cumprimento da imposição dirigida ao legislador (ainda que não exclusivamente a este), a ordem constitucional pátria previu, ao nível do controle abstrato e concentrado, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão, ainda que inexistam mecanismos que possam compelir os órgãos legislativos a cumprir o dever constitucional de legislar que lhes foi imposto. Também o já referido Mandado de Injunção (ele próprio autêntico direito-garantia fundamental) constitui instrumento criado especificamente para viabilizar a efetivação, no caso concreto, dos direitos consagrados em normas constitucionais de eficácia limitada, independentemente da configuração da inconstitucionalidade por omissão, não sendo o caso de adentrarmos aqui o exame da efetiva utilidade do instituto” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 297).

- (iv) constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais), condicionando a atividade dos órgãos estatais e, inclusive, a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas;
- (v) geram sempre algum tipo de prestação jurídico-subjetiva, ainda que reclamem uma legislação integradora, ou seja, geram no mínimo direito subjetivo no sentido negativo, já que possibilitam ao indivíduo exigir que o Estado se abstenha de atuar de forma contrária ao seu conteúdo;
- (vi) e ainda geram a proibição de retrocesso, impedindo o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.<sup>164</sup>

Acrescenta-se, ainda, que Ingo Sarlet sustenta a possibilidade de se reconhecerem, a partir das normas constitucionais de direitos sociais, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, sob determinadas condições, independentemente da concretização pelo legislador. Na medida em que os direitos sociais em questão se identificarem com o chamado mínimo existencial, tema que será abordado mais adiante, ao seu titular será dada a possibilidade de acionar o Judiciário, se necessário, para exigir a prestação positiva deles oriunda.<sup>165</sup>

Especificamente sobre o direito à saúde, importante lembrar novamente de sua qualidade constitucional de relevância pública e as conseqüências daí advindas, conforme tratado no capítulo anterior. E ainda, além do artigo 196 da Constituição Federal, o mais comentado pela doutrina, também o artigo 198, que determina, entre outras disposições, a instituição de um sistema único e o dever de fornecer atendimento integral, privilegiando as ações preventivas sem prejuízo das assistenciais.

---

<sup>164</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 292-300.

<sup>165</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 345 e ss. Cumpre já aqui esclarecer o posicionamento deste autor que considera as normas constitucionais que tratam do direito à saúde normas de cunho programático (impositivo), enunciando que a saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196) e a partir daí impondo aos Poderes Públicos uma série de tarefas e diretrizes. Contudo, o autor não considera o cunho programático das normas constitucionais de direitos sociais como impeditivo, por si só, de que outorguem direitos subjetivos, inclusive de cunho prestacional. Ao contrário, o autor vislumbra a possibilidade de, para além dessa dimensão programática, as referidas normas reconhecerem direitos subjetivos aos seus beneficiários (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 327).

Levando em conta a totalidade das disposições constitucionais dedicadas ao tema, alguns autores, apesar da dicção programática da segunda parte do artigo 196, destacam a saúde daquelas normas eminentemente programáticas, sujeitas à atividade e à discricionariedade pura do legislador. Ou seja, quanto ao direito à saúde, identificam direito subjetivo direta e imediatamente exigível do Poder Público, embora esta não seja uma característica comum à grande maioria das normas ditas programáticas. Parecem contribuir para este tratamento destacado a legislação infraconstitucional que se seguiu, mas, mais do que isso, o reconhecimento da intrínseca ligação deste direito com o núcleo da dignidade da pessoa humana, o que lhe confere eficácia e justiciabilidade imediatas. No capítulo quinto esta questão será aprofundada.

Luís Roberto Barroso classifica o direito à saúde, integrante dos direitos sociais, como norma constitucional definidora de direitos. Estas normas, explica o autor, criam, para seus beneficiários, “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas”. Caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo Estado ou por quem tenha o dever jurídico de realizá-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por meio de uma ação judicial.<sup>166</sup> Tem-se configurado, desse modo, como ressalta Barroso, o direito subjetivo (público, no caso do direito à saúde aqui discutido), ou seja, o poder de ação, de exigir a satisfação de um determinado interesse.<sup>167</sup>

Este autor, contudo, também pontua a fluidez de alguns artigos que abrigam estas espécies normativas (os direitos sociais), asseverando que a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e, por vezes, se depara com limites de

---

<sup>166</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 100-101.

<sup>167</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, “singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado” Acrescente-se que quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 99-100).

cunho econômico e político, lembrando, inclusive, da “reserva do possível”, adiante explicitada. Também faz referência à dicção ambígua do artigo 196 que, na parte inicial, faz referência ao *direito à saúde* e ao *dever do Estado*, mas em seguida tem redação programática, falando em *políticas sociais e econômicas* que não estão especificadas.<sup>168</sup>

Lembrando que o comentado artigo e suas características produziram vasta jurisprudência, Barroso lança mão de julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal,<sup>169</sup> que sistematizou a matéria junto à Corte excelsa do seguinte modo:

- a) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar;
- b) O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização administrativa federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional;
- c) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental;
- d) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de

<sup>168</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 105-106.

<sup>169</sup> AGRRE 271286-RS.

apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.<sup>170</sup>

Como destaca o referido autor, a decisão atribui vários rótulos ao direito à saúde: direito fundamental, norma programática, prerrogativa jurídica e preceito fundamental. Mas, mais importante, é a disposição em dar efetividade à norma, que se extrai da vasta jurisprudência que se tem produzido nesta matéria, superando pela via judicial as omissões do Poder Público, a custo de um ativismo judicial pouco visto na tradição brasileira, mas que, para o autor, veio em boa hora.<sup>171</sup>

Cumprе mencionar que o Luís Roberto Barroso, em parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, teceu algumas críticas ao que chamou de judicialização excessiva do fornecimento gratuito de medicamentos. Sua análise partiu de um cenário estadual específico considerando grande quantidade de decisões judiciais “que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, sejam porque destituídos de essencialidade – bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”. E entre suas principais conclusões estão: (i) a restrição às ações individuais, que, segundo o autor, apenas deveriam ser bem-sucedidas quando pleiteando medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, embora ressalte a garantia constitucional de acesso à Justiça; (ii) a relevância do papel das ações coletivas, estas sim hábeis a questionar e solicitar a alteração das referidas listas, visto que, produzindo efeitos *erga omnes*, possibilitariam o melhor rearranjo da política, da realocação de recursos financeiros e a prevalência da igualdade e universalidade do atendimento da população; (iii) a exclusão de pedidos de medicamentos experimentais e alternativos, o dever de opção por substâncias disponíveis no Brasil e o privilégio dos medicamentos genéricos; (iv) o sopesamento, por parte do Judiciário, de se tratar de medicamento indispensável para a manutenção

---

<sup>170</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 106-107.

<sup>171</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, cit., p. 107.

da vida ou “apenas” capaz de melhorar a qualidade de vida, sem ser essencial para a sobrevivência, dando preferência aos primeiros.<sup>172</sup>

Estas conclusões, contudo, bem como as considerações feitas ao longo do comentado parecer, não negam as características essenciais das normas constitucionais que asseguram o direito à saúde e, conseqüentemente, a sua eficácia e a posição privilegiada em que colocam o jurisdicionado. Vale ressaltar desde já que os apontamentos feitos no decorrer deste trabalho discordam de parte das conclusões comentadas, em especial com a restrição imposta às ações individuais e com a ponderação entre sobrevivência e melhor qualidade de vida, para o que parece não haver qualquer margem diante dos valores impostos pela dignidade da pessoa humana. As discordâncias ficarão mais claras nos capítulos finais.

José Afonso da Silva, como já referido, classifica os direitos sociais como normas de princípio programático. Ao indicar as categorias de normas programáticas *segundo os sujeitos mais diretamente vinculados*,<sup>173</sup> e exemplificando as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, assim se pronuncia especificamente quanto ao direito à saúde:

(...) Não incluímos aqui (entre as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral) nem o direito à saúde (artigo 196) nem o direito à educação (artigo 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

<sup>173</sup> Estas categorias, segundo o autor, comportam normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; normas programáticas referidas aos Poderes Públicos; e normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral. Cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 147-151.

<sup>174</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 150.

Este constitucionalista, para explicar a real dimensão das normas programáticas que instituem direitos sociais, que não perdem a condição de direitos fundamentais por demandarem prestações positivas do Estado e dependerem da criação e funcionamento de instituições, recorre às lições de Canotilho, abaixo reproduzidas:

O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.<sup>175</sup>

Colocando fim a quaisquer dúvidas sobre a força vinculante do direito à saúde, especialmente àquelas que se apegam à abrangência do enunciado do artigo, têm-se as bem arrazoadas considerações de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos:

Daí dizer-se que o artigo 196 deve ser desdobrado em duas partes:

- 1) a de dicção mais objectiva que obriga o Estado a manter, na forma do disposto no artigo 198 da Constituição e na Lei n. 8.080/90, as ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de agravo à saúde (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (ações curativas);
- 2) a de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e económicos que visem à redução coletiva de doenças

---

<sup>175</sup> *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contribuição para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 368.

e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão.

O direito insculpido na segunda parte do artigo 196 (acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação) e explicitado no artigo 198 é de eficácia plena, imediata, não podendo o Estado postergá-lo nem condicioná-lo a futura implementação de programas sociais e econômicos.<sup>176</sup>

Como se vê, independente da classificação das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, seu grau de eficácia é integral, tendo em vista que saúde é mínimo vital. Contudo, mesmo atendo-se apenas à dicção das normas constitucionais que tratam especificamente da saúde, arrisca-se a concluir, se aproximando do entendimento de Lenir Santos e Guido Carvalho, que parte do artigo 196, “saúde é **direito** de todos e **dever** do Estado”, em conjunto com o artigo 198, que determina a criação de um sistema único para garantir atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais, configura direito subjetivo público, sendo norma de eficácia plena e imediata.

A outra parte do artigo 196, não se nega, remonta à natureza programática e à possibilidade de escolha, entre as várias condutas possíveis, no estabelecimento de *políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Trata-se aqui da organização do Sistema Único de Saúde e das medidas que melhor atendam as necessidades da população como um todo, que, inclusive, devem ser guiadas por critérios epidemiológicos, maior ou menor prevalência, gravidade e grau de contaminação dos diversos males que atacam a saúde das pessoas. Este caráter, contudo, não tem o condão de retirar a natureza subjetiva e individual do direito à saúde, de modo que, diante de necessidades peculiares não previstas nas políticas públicas, e que sejam prementes para assegurar sua vida e sua saúde, o indivíduo tem a prerrogativa de solicitá-las aos órgãos

---

<sup>176</sup> *Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p. 41.

competentes e, não atendido, de recorrer ao Judiciário para determinar seu cumprimento.

Também se dedicando à eficácia e efetividade do direito à saúde, mas não se atendo especificamente à questão da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, Ingo Sarlet aborda o ponto por meio da já referida dupla dimensão do direito à saúde: negativa e positiva. Por conta da dimensão negativa, ou seja, direitos fundamentais como direitos negativos, o Estado (e os particulares) tem o dever de não afetar o direito à saúde das pessoas, e qualquer ação em sentido contrário, ofensiva à saúde, pode ser objeto de uma demanda judicial. Sobre a dimensão positiva ou prestacional, o autor pondera existirem dificuldades não presentes na dimensão negativa. A primeira talvez seja o fato de que a Constituição de 1988 não define exatamente em que consiste o direito à saúde, limitando-se a algumas referências genéricas, apesar dos termos dispostos nos artigos 196 a 200. Nesse sentido, a definição do que constitui o direito à saúde deverá ser feita não apenas pelo legislador (federal, estadual e municipal), como também pelo Poder Judiciário, visto que, conforme o entendimento do autor, o direito à saúde tem a prerrogativa de ser exercido plenamente, nos moldes de direito subjetivo público.<sup>177</sup>

Sustentando a máxima eficácia do direito à saúde, Ingo Sarlet frisa sua fundamentalidade formal e material, o que deve servir tanto para relativizar a discussão acerca do cunho programático das normas que o abrigam, o que, como se viu, é de fato feito pelos autores citados quando se trata da saúde, como também para possibilitar a concretização e garantia desse direito para além das amarras estabelecidas por regulamentos administrativos, tema que será novamente tratado. Por suas palavras:

---

<sup>177</sup> Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, cit., p. 10 e ss. E o autor vai além: “Também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e refletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público” (Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, cit., p. 6).

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (se assim denominadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

[...]

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.<sup>178</sup>

Por todo o até aqui exposto não restam dúvidas de que o direito à saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos brasileiros, que gera, por sua vez, o dever do Estado de propiciá-lo imediatamente, sob pena de ser instado judicialmente a fazê-lo.<sup>179</sup>

## 2.4 As normas infraconstitucionais sobre acesso aos medicamentos

Pelo exposto acima, restou clara a localização do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Trata-se de direito humano fundamental, estritamente relacionado ao direito à vida, cuja interpretação e aplicação têm como vetor máximo a

<sup>178</sup> Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, cit., p. 2-3.

<sup>179</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que “a ação ou omissão do Chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 82 configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais” (Op. cit., p. 255).

dignidade humana. Trata-se, ainda, de direito social dotado de força vinculante que, entre as obrigações que impõe aos Poderes brasileiros, pressupõe o acesso a medicamentos, insumos essenciais para a preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas.

Aliam-se às disposições constitucionais até aqui comentadas as normas infraconstitucionais que detalham o direito ao acesso aos medicamentos. Desse modo, como será comprovado, não restará qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade do fornecimento de tais insumos, sempre que necessários, pela normatividade constitucional por si só considerada e ainda pela aliança desta com a legislação infraconstitucional.

Sendo assim, passa-se à legislação infraconstitucional, que trata do acesso e do fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde brasileira. Contudo, importante ressaltar desde já que as normas legais e infralegais cujo tratamento ora se inicia servem especialmente à organização do Sistema Único de Saúde, não podendo jamais serem tomadas para isentar ou minorar a responsabilidade daqueles incumbidos, constitucional e legalmente, do fornecimento de tais insumos essenciais, o que ficará mais nítido com os acréscimos dos capítulos seguintes.

A principal referência aqui é a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, criada para regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), prevendo, entre os objetivos constantes do artigo 5º, a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Em seguida, no artigo 7º, reafirma que as ações e serviços públicos de saúde devem obedecer ao princípio da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e

curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Dessa forma, apenas considerando os princípios e objetivos norteadores da assistência à saúde, conclui-se que suas ações e serviços devem ser acessíveis a todos, sem qualquer distinção, respeitadas as peculiaridades e complexidade de cada caso, inclusive no tocante aos medicamentos e tratamentos que se mostrem necessários.

Mas a Lei n. 8.080/90 vai mais longe e traz outras disposições que tratam do acesso aos medicamentos. No artigo 6º, inciso I, alínea “d”, estabelece também que a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do SUS, de modo que o sistema deve propiciar ao usuário os medicamentos prescritos para a cura ou alívio da enfermidade ou agravo sofrido. Integra também o campo de atuação do SUS a formulação da política de medicamentos e o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde, conforme previsto nos incisos VI e VII do mencionado dispositivo legal.

Portanto, também a legislação infraconstitucional deixa claro que é dever do Estado disponibilizar os recursos necessários para que o direito dos indivíduos à saúde seja respeitado, e que a prestação desse serviço público essencial inclui a disponibilização de medicamentos imprescindíveis para o tratamento de doenças.

A questão do fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde é ainda regulamentada por outras normas infralegais editadas pelos órgãos ligados à área da saúde. Em princípio, cumpre analisar a Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, que aprova a Política Nacional de Medicamentos e determina que os órgãos e entidades deste Ministério promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas.

A Política Nacional de Medicamentos visa garantir a segurança, a eficácia e a qualidade destes produtos, a promoção do seu uso racional e o acesso aos medicamentos considerados essenciais. As principais diretrizes desta política são: (i) a adoção de uma relação de medicamentos essenciais, listando os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população e que devem estar continuamente disponíveis;<sup>180</sup> (ii) a regulamentação sanitária de medicamentos, com ênfase nas questões de registro de medicamentos, autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados para o uso e promoção do uso de medicamentos genéricos;<sup>181</sup> (iii) a reorientação da assistência farmacêutica, que deve englobar as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização (compreendida a prescrição e a dispensação), com foco na contínua atualização e padronização de protocolos de intervenção terapêutica e dos respectivos esquemas de tratamento, buscando favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população;<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Quanto a esta, cumpre esclarecer que o Brasil já havia elaborado listas de medicamentos considerados essenciais bem antes da aprovação desta Política. A primeira lista foi estabelecida pelo Decreto n. 53.612, de 26 de fevereiro de 1964, denominada Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Foram feitas algumas atualizações desta lista em 1972, em 1975 – oportunidade em que recebeu a denominação atual de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME –, em 1989 e em 1993. A próxima lista revisada foi lançada apenas em 2000, na qual se utilizaram as diretrizes propostas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para elaboração de listas modelos. Seguiu-se a versão de 2002, que continha 327 fármacos em 520 apresentações e resultou da avaliação de cerca de 400 pedidos de alterações feitos por diversos representantes da área de saúde. Na seqüência destes eventos, o Ministério da Saúde, através da Portaria n. 1.254, de 29 de julho de 2005, constituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – COMARE, coordenada pelo Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Resultado dos trabalhos da COMARE foi a 4ª edição desta lista – RENAME 2006 –, atualmente em vigor. Nesta versão foram excluídos 57 medicamentos, incluídos outros 34, duas vacinas e uma droga (nicotina), resultando numa lista com 330 fármacos, oito correlatos e 34 imunoterápicos, em 522 apresentações. Conforme consta do documento intitulado “Rename 2006: O processo de revisão e atualização” do Ministério da Saúde, de autoria do Sr. Manoel Roberto da Cruz Santos, Diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos / SCTIE, acessado em 07/02/2008, por meio do link [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/texto\\_rename\\_manoel\\_nov2006.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/texto_rename_manoel_nov2006.pdf)

<sup>181</sup> De acordo com a conceituação da ANVISA, medicamento genérico é aquele “medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB [Denominação Comum Brasileira] ou, na sua ausência, pela DCI [Denominação Comum Internacional]”. <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceito.htm>, acessado em 13/02/2008.

<sup>182</sup> Diante da necessidade de definir critérios para avaliação, aprovação e incorporação, no âmbito do SUS, de protocolos clínicos e assistenciais, diretrizes terapêuticas e outras tecnologias e de estabelecer processos permanentes de incorporação e revisão destes protocolos, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 816, de 31 de maio de 2005, que constituiu o Comitê Gestor Nacional de Protocolos de Assistência, Diretrizes Terapêuticas e Incorporação

(iv) a promoção do uso racional de medicamentos, com ênfase no processo educativo dos usuários acerca dos riscos da automedicação, da interrupção e da troca da medicação prescrita, bem como quanto à necessidade da receita médica no tocante à dispensação de medicamentos tarjados;<sup>183</sup> (v) o desenvolvimento científico e tecnológico, mediante o incentivo da revisão das tecnologias de formulação farmacêutica e da dinamização de pesquisas na área, bem como da continuação e expansão do apoio a pesquisas que visem ao aproveitamento do potencial terapêutico da flora e da fauna nacionais; (vi) a promoção à produção de medicamentos, com a efetiva articulação das atividades de produção de medicamentos essenciais, a cargo dos diferentes segmentos industriais (oficial, privado nacional e transnacional), e o incentivo à produção de medicamentos destinados ao tratamento de patologias cujos resultados tenham impacto sobre a saúde pública ou que são adquiridos em sua quase-totalidade pelo setor público; (vii) a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, através da fiscalização do cumprimento da regulamentação sanitária e do implemento das atividades de inspeção e fiscalização; e (viii) o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Os medicamentos contidos na RENAME devem ser utilizados em todos os níveis hierárquicos de atendimento, devendo esta lista ser usada como referência por

---

Tecnológica em Saúde. A este Comitê compete, nos termos do artigo 3º da citada Portaria, analisar e propor critérios e estratégias de desenvolvimento e avaliação permanente de protocolos clínicos e assistenciais, diretrizes terapêuticas e incorporação tecnológica no âmbito do SUS, bem como analisar e propor a incorporação de protocolos clínicos e assistenciais, diretrizes terapêuticas, tecnologias, insumos e inovações voltadas à assistência à saúde, tendo por base o perfil epidemiológico da população brasileira, as prioridades do SUS, estudos de impacto e custo-efetividade e as evidências científicas existentes, revendo-os periodicamente.

<sup>183</sup> De acordo com informações da ANVISA, os medicamentos tarjados são aqueles que, em razão do risco que podem oferecer à saúde do paciente ou de alguma informação especial que precisam fornecer em destaque, possuem tarjas ou faixas em sua embalagem. Os medicamentos são classificados conforme o grau de risco que podem oferecer e, para esta classificação, foi adotado o critério de tarjas (faixas): i) Não tarjados (OTC ou de venda livre), no caso de medicamentos com poucos efeitos colaterais ou contra-indicações, desde que usados corretamente e sem abusos, podendo ser dispensados sem a prescrição médica; ii) Tarja vermelha sem retenção da receita, para os fármacos que têm contra-indicações e podem provocar efeitos colaterais graves e, por isso, são vendidos mediante a apresentação da receita (na tarja vermelha está impresso “venda sob prescrição médica”); iii) Tarja vermelha com retenção da receita, no caso de medicamentos dos quais é necessária a retenção da receita quando da dispensação (na tarja vermelha está impresso “venda sob prescrição médica – só pode vendido com retenção de receita”). São conhecidos como medicamentos controlados (psicotrópicos), e só podem ser vendidos com receituário especial; iv) Tarja preta, para os medicamentos que exercem ação sedativa ou que ativam o sistema nervoso central, também fazem parte dos chamados psicotrópicos, e também só podem ser vendidos com receituário especial (na tarja vem impresso “venda sob prescrição médica – o abuso deste medicamento pode causar dependência”); e v) Tarja amarela, deve constar na embalagem dos medicamentos genéricos e deve conter a inscrição **G** e Medicamento Genérico escritos em azul. <http://bulario.bvs.br/index.php?action=saude.57114708200522> acessado em 13/02/2008.

todas as instituições que integram o SUS. A partir da RENAME, considerada como lista-base, as Secretarias Estaduais e as Secretarias Municipais de Saúde podem elaborar suas próprias relações, complementando-as com outros medicamentos essenciais que julgarem necessários.

Em complementação à Política Nacional de Medicamentos, foi editada a Resolução n. 338, de 6 de maio de 2004, pelo Conselho Nacional de Saúde,<sup>184</sup> que aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

De acordo o artigo 2º, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica deve englobar determinados eixos estratégicos, dentre os quais se destaca: (i) a garantia de acesso e equidade às ações de saúde, nas quais se inclui, necessariamente, a assistência farmacêutica; (ii) a manutenção de serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde, nos diferentes níveis de atenção; (iii) a qualificação dos serviços de assistência farmacêutica existentes, em articulação com os gestores estaduais e municipais, nos diferentes níveis de atenção; (iv) a descentralização das ações, com definição das responsabilidades das diferentes instâncias gestoras, de forma pactuada e visando à superação da fragmentação em programas desarticulados; (v) o desenvolvimento, valorização, formação, fixação e capacitação de recursos humanos; (vi) a modernização e ampliação da capacidade instalada e de produção dos laboratórios farmacêuticos oficiais, visando ao suprimento do SUS e o cumprimento de seu papel como referências de custo e qualidade da produção de medicamentos, incluindo-se a produção de fitoterápicos; (vii) utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica; (viii) a promoção do uso racional de medicamentos, por intermédio de ações que disciplinem a prescrição, a dispensação e o consumo.

---

<sup>184</sup> De acordo com o § 2º do art. 1º da Lei n. 8.142/90, o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Trata-se de importante órgão de controle social, através do qual deve acontecer a participação dos diversos segmentos da sociedade, ao lado do governo, no acompanhamento e na definição de políticas públicas de saúde.

Vale ressaltar que as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Medicamentos, criada pela Portaria n. 3.916/98, e os princípios e eixos estratégicos definidos pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada pela Resolução n. 338/04 do Conselho Nacional de Saúde, se integram no detalhamento do fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde. Fazem parte, portanto, da Política Nacional de Saúde,<sup>185</sup> que se perfaz no conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e seu uso racional.

E, por fim, outro importante instrumento de regulamentação, que influencia o fornecimento de medicamentos, é a Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, do Ministério da Saúde, que traz as Diretrizes do Pacto pela Saúde em 2006. Este pacto firmado entre os gestores do SUS (nacional, estaduais e municipais) e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, busca a consolidação do sistema público de saúde, contemplando três dimensões: i) Pacto pela Vida, que trata do compromisso entre os gestores do SUS em torno de prioridades que apresentam impacto sobre a situação de saúde da população brasileira, com a fixação de prioridades como a saúde do idoso, o controle do câncer do colo do útero e da mama, a redução da mortalidade infantil e materna, o fortalecimento da capacidade de resposta às doenças emergentes e endemias (dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza), a promoção da saúde, com ênfase na atividade física regular e alimentação saudável e o fortalecimento da atenção básica; ii) Pacto em Defesa do SUS, que traça diretrizes, iniciativas e ações para o trabalho dos gestores; e iii) Pacto de Gestão, que estabelece diretrizes para a gestão do sistema com base na descentralização, regionalização, financiamento, planejamento, Programação Pactuada e Integrada – PPI, regulação, participação e controle social, gestão do trabalho e educação na saúde.

---

<sup>185</sup> O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, em seu artigo 156, prescreve que a formulação e coordenação da Política Nacional de Saúde, em âmbito nacional e regional, caberá ao Ministério da Saúde.

Em resumo, atualmente, além das normas constitucionais referidas, que não deixam dúvidas acerca da aplicabilidade imediata e força vinculante do direito à saúde, nele englobado o acesso aos medicamentos, a Lei n. 8.080/90 reforça e especifica o direito à assistência farmacêutica, o que vem duplamente reforçado pela legislação infralegal. As normas infraconstitucionais também cuidam da organização do Sistema Único de Saúde, dividindo atribuições entre as três esferas de governo gestoras do SUS, embora todas sejam responsáveis pela garantia da saúde e da vida das pessoas, do que se passa a tratar em seguida.

### **3 A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A FORMA FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO**

#### **3.1 O federalismo e a repartição de competências na Constituição Federal de 1988**

A concepção do Sistema Único de Saúde se insere no contexto de um Estado Social organizado de modo federativo, o que impacta diretamente a divisão de competências entre os entes federativos, União, Estados e Municípios, inclusive no que se refere à saúde. Desse modo, breves apontamentos sobre o federalismo brasileiro e a divisão de competências estatuída na Constituição de 1988 em matéria de saúde colaborarão para demonstrar a importância atribuída à saúde, responsabilidade de todas as esferas de governo. Posteriormente, com as linhas gerais sobre a organização, os princípios e a unidade do SUS, será possível perceber sua perfeita harmonia com o federalismo brasileiro, refletindo o federalismo de equilíbrio, cooperativo.<sup>186</sup>

Ou seja, pretende-se aqui apontar que: (i) a forma diferenciada com que a saúde – e, conseqüentemente, o fornecimento de medicamentos pelo Estado – é tratada pela Constituição Federal também está refletida na repartição de competências típica do federalismo; (ii) a divisão de competências constitucional é respeitada pela organização do SUS que, portanto, está de acordo com o federalismo brasileiro; e (iii) mais importante, todos os entes estão obrigados a dar conta da saúde da população e das prestações e necessidades daí advindas.

A origem da Federação e de suas características básicas encontra resposta na história do Direito Constitucional, ensina Michel Temer, mais especificamente no nascimento dos Estados Unidos da América. Indica o referido autor

---

<sup>186</sup> O federalismo pode ser caracterizado de acordo com a direção tomada pela repartição de competências, acentuando a centralização ou a descentralização de poder. Desse modo, quando a maior soma de poderes fica a cargo da União, tem-se o federalismo centrípeto. A descentralização em prol da ampliação dos poderes estaduais caracteriza o federalismo centrífugo. Já o equilíbrio de atribuições entre as forças da União e dos Estados configura o federalismo de equilíbrio ou cooperativo. Têm-se, assim, relações de cooperação entre a União, soberana nas questões de sua competência, e os Estados-Membros com suas respectivas autonomias.

que as treze colônias, após se libertarem do domínio inglês, firmaram um tratado internacional criando uma Confederação de treze Estados soberanos, ordens jurídicas independentes. Posteriormente, diante de dificuldades para a execução do tratado, políticos e juristas como John Jay, Alexander Hamilton e James Madison passaram a defender a revisão do pacto inicial e a necessidade de se estabelecer uma união duradoura entre Estados. Vencidos os temores de perda da soberania, foi editada a Constituição, que previu que “os poderes legislativos conferidos pela presente Constituição serão atribuídos ao Congresso dos Estados Unidos, composto do Senado e da Câmara dos Representantes” (artigo I, seção I).<sup>187</sup>

Sobre os princípios, técnicas e instrumentos operacionais que integram a construção normativa do Estado Federal, Raul Machado Horta ressalta que, na prática, nem sempre todos estão atendidos. Ora se vê ênfase em certos deles, ora mesmo a ausência. E relaciona-os:

1. a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-Membros;
2. a repartição de competências entre a Federação e os Estados-Membros;
3. o poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
4. a intervenção federal, instrumento para restabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente definidos;
5. a Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo federal, para permitir a participação do Estado-Membro na formação da legislação federal;
6. a titularidade dos Estados-Membros, através de suas Assembléias Legislativas, em número qualificado, para propor emenda à Constituição Federal;
7. a criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
8. a existência no Poder Judiciário Federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a

---

<sup>187</sup> Considerações sobre o Estado Federal. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 16, 1980, p. 305.

Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos entre a União, os Estados e outras pessoas jurídicas de direito interno.<sup>188</sup>

A distribuição de competências, que deve estar configurada na Constituição Federal, é elemento essencial à construção federal. Esta composição de poderes deve zelar pela conservação da autonomia<sup>189</sup> das unidades federadas, as quais também têm participação garantida na formação da vontade estatal expressa nas leis nacionais, como pontuado acima.<sup>190</sup>

No Brasil, o federalismo assumiu várias formatações ao longo da história. Marlon Alberto Weichert indica que de um federalismo centrípeto de 1891, o Brasil caminhou para o federalismo centrífugo (e a maior descentralização de poder) de 1934, 1946 e de 1988, “acompanhado, outrossim, de crescente instituição de técnicas de concorrência de competências, típicas do federalismo cooperativo.”<sup>191</sup> Descontados daí

---

<sup>188</sup> *Direito Constitucional*, cit., p. 307. Sobre as notas essenciais ao federalismo, Michel Temer também anota: “Verifica-se, pois, que duas notas são essenciais à caracterização federal: a) descentralização política fixada na Constituição (ou, então, repartição constitucional de competências) e b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional. [...] Se estes requisitos são indispensáveis para a caracterização da Federação, dois outros colocam-se necessários para sua manutenção. São eles: a) a rigidez constitucional e b) a existência de um órgão constitucional incumbido do controle da constitucionalidade das leis (Considerações sobre o Estado Federal. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 16, 1980, p. 296).

<sup>189</sup> A autonomia é princípio essencial da Federação e relaciona-se diretamente com a repartição de competências. Segundo Fernanda Dias Menezes de Almeida, autonomia “é a capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras” (*Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 97). Michel Temer destaca a autonomia política da autonomia administrativa: “Seu valor [da autonomia] reside na visão interior que se tem do Estado. É o encaixe das várias peças componentes da ordenação jurídica global que lhe dá significado. Repita-se que a autonomia comporta graduação. Se ela vai ao ponto de criação de diversos núcleos capazes de dizer a respeito das atribuições próprias, ou seja, com aptidão para inovar a ordem jurídica sobre aquela matéria, tem-se a autonomia política. Se, ao contrário, o novo centro pode apenas executar o estabelecido por outro núcleo, original, encontra-se a autonomia administrativa. Naquela o grau autônomo é máximo; nesta é mínimo” (Considerações sobre o Estado Federal, cit., p. 294).

<sup>190</sup> Como ensina Raul Machado Horta: “A Constituição Federal dirá onde começa e onde termina a competência da Federação. Onde se inicia e onde acaba a competência do Estado-Membro. A relação entre Constituição Federal e repartição de competências é uma relação causal, de modo que, havendo Constituição Federal, haverá, necessariamente, a repartição de competências dentro do próprio documento de fundação jurídica do Estado Federal. Por isso, a repartição de competências é tema central da organização federal” (*Direito Constitucional*, cit., p. 342).

<sup>191</sup> Alguns autores criticam o ainda excesso de poder central. Entre outros, cf. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, cit., p. 305 e ss.; Clenir de Assis Lopes, A centralização no Estado federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 22, n. 22, Curitiba, 1985. p. 127.; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 90 e ss.; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 249 e ss.

os períodos de Estado unitário das épocas de ditadura, especialmente sob o comando de Getúlio Vargas e dos militares pós-1964.<sup>192</sup>

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao inserir a cláusula de indissociabilidade do vínculo federativo em seu título inaugural, que compreende os Princípios Fundamentais. Além disso, integrou os Municípios na união indissolúvel, conforme prescreve o artigo 1º: “A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Sobre esta novidade, Paulo Bonavides ressalta que o raio de autonomia municipal na organização política do país faz o Município essencial ao próprio sistema federativo, colocando luzes na dimensão trilateral do novo modelo de federação trazido pela Carta de 1988. Por suas palavras:

Todavia, no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Traz o art. 29, por sua vez, um considerável acréscimo de institucionalização, em apoio à concretude do novo modelo federativo estabelecido pelo art. 18, visto que determina seja o município regido por lei orgânica, votada por *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo ao que possuem as cartas constitucionais. Enfim, o art. 30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida aos textos antecedentes de nosso constitucionalismo.<sup>193</sup>

O texto constitucional, utilizando-se de várias técnicas de repartição de competências, fixou a convivência das atribuições e das esferas jurídicas delineadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios, do que se passa a tratar.

---

<sup>192</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 64.

<sup>193</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 345-346.

### 3.2 União, Estados e Municípios: competências em matéria de saúde

A repartição de competências no Estado Federal assegura o convívio dos ordenamentos (jurídico, político e constitucional) que o compõem: federal, estaduais e, no caso brasileiro, municipais.<sup>194</sup>

Para José Afonso da Silva, competência é “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”.<sup>195</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, por sua vez, o dever dos entes federais, seus órgãos e agentes diante de determinada competência que lhes foi atribuída constitucionalmente. Segundo o autor:

Costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – que competências são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes* ou um círculo de *poderes*. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências.

Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências *administrativas*.

[...]

É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal* de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.<sup>196</sup>

A Constituição de 1988 trouxe um sistema complexo de repartição de competências, de onde se observa tanto o critério horizontal como o vertical, havendo ainda a hipótese de delegação de competência da União para os entes estaduais.

O critério horizontal determina as competências privativas, ou exclusivas,

<sup>194</sup> No caso dos municípios são as respectivas leis orgânicas os estatutos jurídicos que detalham a organização, o funcionamento e as competências dos órgãos municipais.

<sup>195</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 479.

<sup>196</sup> *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 130.

de cada esfera federativa. Nesse sentido, como ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, tem-se a enumeração das competências federais e municipais, reservando-se aos Estados as remanescentes.<sup>197</sup> Pelo critério vertical são estabelecidas as competências exercidas simultaneamente por mais de um ente federativo. Por meio deste segundo critério é que estão dispostas as competências relativas à saúde, materiais (comuns) e legislativa (concorrente).

Cuidar da saúde (e da assistência pública) é competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. No mesmo sentido, o artigo 30, ao tratar da competência dos Municípios, estabelece que a prestação dos serviços de atendimento à saúde da população deve ser feita com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (inciso VII). Desse modo, atuar em saúde é tarefa que cabe a todos os entes públicos, sendo aos Municípios conferida a função de principal prestador dos serviços públicos de atenção à saúde.

A competência comum, como assevera Raul Machado Horta, “opera a listagem de obrigações e deveres indeclináveis do Poder público em relação às instituições”.<sup>198</sup> Pelas matérias especificadas no artigo 23 da Constituição de 1988, percebe-se que o chamamento de todos os Poderes é feito “em função do interesse público existente na preservação de certos bens (alguns particularmente ameaçados) e no cumprimento de certas metas de alcance social, a demandar uma soma de esforços”,<sup>199</sup> completa Fernanda Dias Menezes de Almeida.

O regramento da cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no exercício das competências materiais ou administrativas é remetido à lei complementar, nos termos do parágrafo único do artigo 23. Fernanda Dias Menezes de Almeida lembra que, apesar de haver quem considere que estas regras nada têm a ver com aquelas que orientam o exercício da competência legislativa concorrente,

---

<sup>197</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 271.

<sup>198</sup> *Direito Constitucional*, cit., p. 354.

<sup>199</sup> *Competências na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 131.

apontadas abaixo, certo é que tal lei complementar não poderá contrariar as normas constitucionais. Indo além, a autora assevera que a regulamentação normativa é pressuposto para o exercício das competências materiais comuns, tanto que, pelo cotejo dos artigos 23 e 24, a legislação que servirá de base para a execução das tarefas comuns será, na maior parte, fruto de competência legislativa concorrente, cabendo à União editar normas gerais e às demais esferas as suplementares. Sendo assim, conclui que também no caso das competências materiais haverá o comando geral da União, a partir do comando legislativo que lhe é atribuído constitucionalmente.<sup>200</sup>

Ainda Fernanda Dias Menezes de Almeida ressalta que o desejo do constituinte é que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados. Trata-se, portanto, de responsabilidade solidária em matérias de grande relevância social, como é o caso da saúde, cuja implementação não pode ser prejudicada por questões de conflitos de competência. “Convocam-se, portanto, todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos”.<sup>201</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz também registra o caráter pedagógico extraído no modo de enunciar essas competências (“zelar”, “cuidar”, “proteger”) e no tom imperativo. O texto faz questão de lembrar que cada esfera de Poder Público tem deveres a cumprir para concretizar as atribuições e competências que lhes foram dadas pelo constituinte federal.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> *Competências na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 133 e 134. Anna Cândida da Cunha Ferraz também defende o mesmo posicionamento, a existência de precedente competência legislativa necessária para a execução das competências materiais. Nesse sentido, entende que: “As atividades a serem exercidas no campo material das competências ‘comuns’ somente poderão ser executadas, na generalidade dos casos, fundamentadas em regulamentação normativa precedente, oriunda de mais de um nível normativo de poder. Nessa hipótese, ocorrerá a chamada repartição vertical de competências, o que significa dizer que a atividade poderá ser exercida pelas diferentes esferas políticas, porém estará sujeita à disciplina legislativa hierarquizada e as regras gerais impostas pelo poder central” (União, estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal. *A nova constituição paulista*. São Paulo: Fundação Faria Lima – Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989. p. 65).

<sup>201</sup> *Competências na Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 130.

<sup>202</sup> União, estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal, cit., p. 67.

No que se refere à saúde, a lógica acima tem certamente razão de ser. Ao invés da faculdade prevista no parágrafo único do artigo 23, a cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios é uma imposição constitucional. Marlon Weichert bem resume:

De qualquer forma, todos os entes federativos têm o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde. Faz bem a Constituição em assim prescrever. Isso porque o campo das competências comuns é especialmente recomendável para satisfazer a demanda por serviços naquelas áreas mais carentes de prestações positivas do Estado. A saúde, em especial, foi privilegiada não só com a sua inclusão no rol das matérias de competência comum, mas também pela consagração da prestação dos serviços concernentes de forma ordenada e otimizada, através do Sistema Único de Saúde.

Assim, a concretização da competência material por cada ente deverá se dar em conformidade com as regras próprias do SUS, afastando-se a aplicação do parágrafo único do artigo 23, que prevê a edição de lei complementar para regular a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no desempenho das competências comuns.<sup>203</sup>

A obrigatoriedade de todos os entes federativos integrarem o sistema de saúde é o principal aspecto da unidade deste sistema. E esta cooperação imposta está estruturada pela legislação federal, por meio da qual Municípios, Estados e Distrito Federal estão subordinados à gestão nacional.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 138-139.

<sup>204</sup> Esta obrigatoriedade confere ao SUS uma unidade externa, de ser o único e exclusivo sistema público de saúde admitido pela Constituição. Além da obrigatoriedade de integrar o SUS, a unidade deste sistema impõe o planejamento participativo, de modo que se os entes locais estão subordinados à coordenação do ente central devem ter oportunidade de participar do planejamento e da execução do SUS. Outro aspecto da formulação do SUS que diz respeito à unidade é o custeio federal. A União tem a competência tributária exclusiva para instituir contribuições de seguridade social, parte das quais está vinculada ao financiamento das ações e serviços de saúde. Ao orçamento da seguridade social somam-se recursos orçamentários próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigos 195 e 198, parágrafo primeiro). E por fim, a unidade do SUS traz a possibilidade de mútuo controle da atividade dos entes. Como o vetor de execução dos serviços aponta para na direção dos Municípios e em virtude do expressivo financiamento federal das atividades de saúde, o vetor de controle aponta para a União. Ou seja, a União tem maior poder de controle e fiscalização da atuação dos demais entes, o que não exclui a possibilidade dos Estados e Municípios se controlarem mutuamente e exigir da União a implementação de suas obrigações. Cf. Marlon Weichert, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 185 e ss.

A competência legislativa concorrente vem disposta no artigo 24, combinado com o já referido artigo 30, no que se refere aos Municípios. A Constituição de 1988 trouxe quatro regras ordenadoras do exercício da competência legislativa concorrente. A primeira determina que a União tem competência para estabelecer normas gerais (artigo 24, § 1º). A segunda dispõe que a competência para normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (artigo 24, § 2º). A terceira autoriza os Estados a exercer sua competência suplementar, ainda que ausente a normal federal geral (artigo 24, § 3º). E a quarta regula a superveniência da lei federal e a ineficácia da lei estadual quando conflitar com aquela.<sup>205</sup>

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, na mesma linha de Fernanda Menezes de Almeida, acrescentam que:

As competências concorrentes podem ser classificadas em próprias e impróprias. Aquelas são assim designadas por indicação expressa do texto constitucional (art. 24), que preconiza o exercício simultâneo e limitado de competências por mais de uma das ordens federativas. Estas, diferentemente, não são expressamente previstas na Constituição, mas encontram-se implícitas na definição das competências comuns. Em outras palavras, as competências concorrentes impróprias só têm lugar ante a necessidade de se dar alicerce legislativo para o exercício de uma competência comum, como, por exemplo, aquela indicada no art. 23, VI, da Constituição da República (“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”).<sup>206</sup>

Especificamente sobre saúde, o inciso XII do artigo 24 institui competência concorrente para a União, Estados e Distrito Federal disporem sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Tem-se, portanto, que a competência legislativa em matéria de saúde é compartilhada, concorrente, entre a União, os Estados e o Distrito Federal.<sup>207</sup> Também está aí inserido o Município, por conta das disposições constantes

---

<sup>205</sup> HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*, cit., p. 358.

<sup>206</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 274.

<sup>207</sup> Algumas dúvidas poderiam surgir por conta do artigo 22, inciso XXIII, que prescreve ser de competência privativa da União legislar sobre seguridade, e, nos termos do artigo 194, a saúde integra a seguridade ao lado da

do artigo 30 da Constituição Federal, em especial incisos I e II.<sup>208</sup> Desse modo, compete à União editar normas gerais sobre o tema, aos Estados editar normas complementares à sua função de diretor estadual do SUS, e aos Municípios a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação.

Nesse sentido, o SUS é formado por cada um dos entes públicos que obrigatoriamente o compõem, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ordenados de modo que formem um sistema unido e articulado com base nos princípios fixados na Constituição Federal e na Lei Orgânica de Saúde.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou inúmeras vezes reconhecendo a responsabilidade solidária de todos os entes públicos por cuidar da saúde, fornecendo a prestação necessária. As ementas abaixo, que também indicam outros julgados no mesmo sentido, ilustram o posicionamento da Corte Suprema:

**E M E N T A:** PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar -

---

assistência e da previdência social. Contudo, trata-se de contradição aparente, devendo prevalecer a regra específica do inciso XII do artigo 24, em prol de interpretação sistemática e mais acertada. Cf. Marlon Weichert, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 139 e ss.

<sup>208</sup> Artigo 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber [...]

políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.[...]**<sup>209</sup>

\*\*\*

EMENTA: PACIENTE PORTADOR DE OSTEOMIELITE CRÔNICA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO: O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pela E. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais - Seção Judiciária de Minas Gerais, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 157): "JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE. UNIÃO FEDERAL E ESTADO DE MINAS GERAIS. RECURSOS DESPROVIDOS. 1 - **A sentença julgou procedente o pedido, determinando à União Federal, Estado de Minas Gerais e Município de Poços de Caldas que forneçam o medicamento necessário**, clindamicina - 600mg, ao recorrido para o tratamento de osteomielite crônica, decorrente de fratura exposta ocorrida em setembro de 1992. [...]

3 - **"O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade "ad causam" para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros"**. (REsp 704067/SC - Ministra ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA - DJ 23.05.2005 p. 240) [...]

<sup>209</sup> RE-AgR 393175/RS, Ministro Celso de Mello, julgado em 12/12/2006, publicado do DJ 02/02/2007, grifos nossos.

4 – [...] **Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.** [...] Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, **recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.** [...] Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada da E. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais - Seção Judiciária de Minas Gerais - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pela parte recorrente, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.): [...] <sup>210</sup>

Marlon Weichert destaca que o SUS compõe um verdadeiro subsistema de repartição de competências materiais na Constituição, uma vez que os entes federados são obrigados a atuar conjuntamente e sob coordenação nacional única.

---

<sup>210</sup> RE 557548/MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 08/11/2007, publicação no DJe 155, em 05/12/2007, grifos nossos. Entre outros, ainda pode-se citar como exemplos: AI 597141/RS, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 11/06/2007, publicação no DJ 29/06/2007; AI 604.949-AgR, Relator Ministro Eros Grau, publicado no DJ em 24/11/2006; AI 486.816-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, publicado no DJ em 6/5/2005.

Acerca da unidade do Sistema Único, que não fere a autonomia dos entes federativos, mas, ao contrário, realça o federalismo cooperativo, discorre o autor:

A adoção desse subsistema de repartição de competências materiais retira dos entes subnacionais parcela da sua autonomia política que, como anotamos no primeiro capítulo da parte 1, implica na possibilidade de livre tomada de decisões. Ao estipular-se previamente que Estados, Distrito Federal e Municípios atuarão na área da saúde dentro de um sistema único, coordenado (e também fiscalizado) pela União, não há mais, quanto a esse aspecto, decisão política autônoma a ser tomada pelo ente federativo: a própria Constituição Federal já decidiu pela obrigatória participação de todos.

[...]

De qualquer forma, como se trata de decisão originária do Poder Constituinte, tomada no âmbito da própria delimitação de competências, nenhum vício jurídico há nesse retraimento da autonomia dos entes públicos. É apenas uma delimitação constitucional imposta aos Estados, Distrito Federal e Municípios que, ao se auto-organizarem, já sabem estar previamente integrados ao SUS e vinculado o seu ordenamento jurídico aos princípios e regras postos pela Constituição Federal nessa área, na linha, aliás, do previsto nos artigos 25 e 29.<sup>211</sup>

A competência legislativa concorrente e material comum fortalecem a unidade do sistema público de saúde, estando em sintonia também com o princípio federativo. Como já frisado, a direção do ente federal, não macula a autonomia dos entes federais, até porque todas as esferas de gestoras podem e devem participar da construção da política nacional de saúde. Para Marlon Weichert, trata-se de um “*processo dialético de mútua influência dos entes federativos no planejamento e na execução do SUS*”, onde todos participam de um sistema coordenado nacionalmente e executado localmente por Estados e Municípios, em especial.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 210 e 211. Artigo 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...].

<sup>212</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 219.

A cooperação entre todos os entes federativos também está refletida na composição do orçamento da saúde, destacando-se a participação da União, que detém competência tributária exclusiva para instituir e cobrar contribuições de seguridade social, nos termos dos artigos 149 e 195 da Constituição Federal.<sup>213</sup> Contudo, além do orçamento da seguridade social, o financiamento do Sistema Único conta com recursos orçamentários próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No plano federal, além do orçamento próprio da seguridade social, são destinados recursos do orçamento fiscal (impostos) para o custeio dos serviços de saúde. Cada um dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observadas suas respectivas autonomias e Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, também deverá destinar recursos próprios para a saúde, nos montantes mínimos previstos.<sup>214</sup>

De acordo com o artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal, a falta de aplicação do mínimo exigido da receita tributária nas ações e serviços de saúde enseja intervenção federal nos Estados. A destinação de recursos para o SUS passou a ser considerada matéria constitucional sensível, autorizando a representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

O controle realizado por outro integrante da federação nas suas ações, com destaque constitucional para o controle exercido pela União, é uma das áreas mais delicadas aos entes federativos e suas respectivas autonomias. Contudo, este mútuo controle decorre diretamente da unidade do SUS. Nesse sentido, vale lembrar o artigo 16, inciso XIX, da Lei 8.080/90, que estipulou a implementação de um subsistema

---

<sup>213</sup> Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. [...]

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

<sup>214</sup> Mais uma vez refere-se à falta de regulamentação definitiva (lei complementar) da Emenda Constitucional 29 estabelecendo os mínimos que devem ser destinados à saúde por cada um dos entes federativos. Até que a regulamentação sobrevenha, esses mínimos estão regulados pelo artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

nacional de auditoria, sob coordenação federal, mas resultante da organização dos vários órgãos de controle dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

Pode-se afirmar que a Constituição federal vigente não isentou qualquer esfera de poder político da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. A saúde, dever do Estado, é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>215</sup>

### **3.3 Os princípios do Sistema Único de Saúde**

Acrescentamos aqui os princípios específicos do Sistema Único de Saúde, previstos na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde, cujo tratamento se iniciou no primeiro capítulo deste trabalho, destacando que receberão tratamento mais bem detalhado aqueles que incidem mais diretamente na organização dos serviços públicos de saúde. Como se verá, esses princípios, ao lado da unidade do Sistema, ordenam e influenciam a distribuição de competências entre os três níveis de governo, o que é esmiuçado pela legislação infralegal.

Marlon Weichert bem localiza os princípios do SUS no ordenamento jurídico pátrio:

Os princípios do SUS não são isolados e dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial dos estruturantes e dos consagradores de direitos fundamentais. Pelo contrário, eles estariam em relação a estes no patamar de subprincípios instrumentais para a concretização dos valores constitucionais que pairam no patamar mais alto da Constituição, em especial os previstos nos artigos 1º a 4º. Conectam-se os princípios do SUS também ao sistema de direitos e garantias fundamentais

---

<sup>215</sup> Vale ressaltar que quando se fala em saúde, por todo o exposto até aqui e, levando em conta as ressalvas de Bandeira de Mello quanto à significação da atribuição de competências, não se trata de faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público. A repartição de competência tem verdadeiro caráter mandatório. A Corte Suprema, ao atestar a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, vem colocando ponto final nas freqüentes tentativas dos entes públicos de se esquivarem da responsabilidade de prestar adequadamente os serviços de saúde.

(individuais, coletivos e sociais), concretizando o direito à vida, à integridade física, à saúde e ao bem-estar pleno. Ao mesmo tempo que são concretizadores de princípios constitucionais genéricos, os princípios do SUS exercem semelhante papel em face das demais regras do sistema.<sup>216</sup>

De início, porque o mais incisivo quanto à organização dos serviços de saúde trabalhada neste capítulo, tem-se o princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, que engloba duas determinantes: (i) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; (ii) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde, nos termos do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.080/90.

A descentralização é a espinha dorsal do SUS. Sem ela o sistema não caminha. A execução dos serviços e ações de saúde tornou-se dever de cada esfera de governo, de modo que cada uma delas, devendo agir juntas e de forma solidária, tem a sua competência administrativa definida pela Lei Orgânica da Saúde. A descentralização tem a vantagem de colocar o responsável pelos serviços face a face com os fatos.

O Município é o ente federado mais próximo da realidade, extremamente diversificada, da população do país, tanto em suas características socioculturais, como na profundidade dos problemas a serem enfrentados, o que requer também estratégias particulares para cada caso, ou para cada região. Estando mais próximo, mais fácil o acesso e o poder real de controle e fiscalização e maior agilidade para adoção de eventuais medidas corretivas. Assim, o que o Município pode fazer, os estados e a União não fazem; o que os Estados podem fazer, a União não faz. Isso imprime racionalidade ao sistema e aos recursos humanos disponíveis e permite ao usuário a identificação do responsável direto pela ação, aumentando o grau de consciência do cidadão e facilitando sua participação no governo. A municipalização da saúde é um

---

<sup>216</sup> *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, cit., p. 157.

dos grandes avanços trazidos pelo SUS, efetivando a descentralização política, que constitui a base do federalismo.

A descentralização com direção única em cada esfera de governo significa que o SUS, embora único, em suas diretrizes e princípios básicos, em todo o território nacional, deve ser operado em cada esfera de governo pelo órgão responsável pela saúde. Assim, no âmbito da União, a direção compete ao Ministério da Saúde; nos Estados, Distrito Federal e Municípios, competirá à respectiva Secretaria da Saúde ou órgão equivalente dirigir o SUS, de acordo com as peculiaridades e interesses de cada região político-administrativa. Cada uma das esferas de governo é, portanto, autônoma, nos limites de sua atuação e de seu território, para praticar todos os atos referentes à organização e à execução dos serviços de saúde.

A regionalização e hierarquização são pressupostos da descentralização de serviços, constituindo-se em conceitos e fórmulas organizativas do SUS, que supõem operá-lo com racionalidade de meios e fins, instrumentalizando o processo de planejamento de ações e serviços de saúde.

A hierarquização supõe três ou quatro níveis de complexidade da atenção integral à saúde, organizados cada qual com resolutividade própria. A hierarquia rege a rede de serviços, mas não a relação entre os entes federativos – o que seria oposto ao princípio federativo que coloca em igual patamar União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A regionalização, por sua vez, é entendida como a distribuição espacial de serviços de saúde, em todos os níveis de complexidade, organizados para atender à população de uma região. Sendo assim, é necessário conhecer inicialmente as necessidades e os serviços, para depois hierarquizá-los e regionalizá-los.

A integralidade de assistência, outro princípio do SUS conforme artigo 7º, inciso II, igualmente estampado na Constituição Federal (artigo 198), deve ser entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e

curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A rede pública de saúde deve propiciar aos indivíduos atendimento integral, ou seja, deve atuar desde na prevenção de doenças, no fornecimento de atendimento médico e hospitalar e na prestação da assistência farmacêutica, possibilitando o acesso aos medicamentos necessários ao tratamento e à cura. Trata-se de combinar, de forma harmônica e igualitária, as ações e serviços de saúde preventivos com os assistenciais ou curativos, tentando, em última instância, terminar com a divisão existente no sistema anterior, que privilegiava a assistência curativa.

Por universalidade, terceiro princípio específico do Sistema Único abordado, entende-se que os serviços públicos de saúde devem ser destinados a toda a população indistintamente, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei n. 8.080/90. Além disso, o princípio da universalidade traz, implicitamente, a gratuidade no atendimento, instaurando uma nova lógica na garantia da saúde. Isso porque a política de saúde pública que existia anteriormente era fragmentada e excludente, uma vez que cobria, através da previdência social, somente a saúde dos trabalhadores inseridos formalmente no mercado de trabalho. Para os demais brasileiros, restavam os hospitais-escola, os hospitais públicos e as instituições filantrópicas, que tinham como preocupação exclusiva a chamada medicina curativa ou assistência médica centrada na doença. Por meio do princípio do acesso universal a Constituição Federal e Lei Orgânica da Saúde asseguraram que os recursos e ações na área da saúde se destinem a toda população, independentemente de qualquer requisito, não podendo, dessa forma, ser restringidos a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Toda pessoa tem direito à saúde.

A igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, consignada no inciso IV do artigo 7º, é mais um dos princípios específicos. Seu significado estabelece que as pessoas, na mesma situação clínica, devem receber igual atendimento, sendo vedado – em órgãos públicos de saúde, ou

em órgãos privados que, conveniados, integram o SUS – o atendimento privilegiado daqueles que possam pagar pelo serviço. O tratamento diferenciado apenas se justifica na medida da situação de desvantagem, em comparação com as demais, de forma que propicie a igualdade material e justiça no tratamento. Dessa forma, aqueles que apresentem maior grau de debilidade física, mental ou psicológica farão jus ao tratamento diferenciado na exata medida de sua desigualdade. Podem ser citados como exemplos a assistência às pessoas portadoras de deficiências, o atendimento à criança e ao idoso, que, regra geral, necessitam de uma série de medidas de assistência especial e prioritária, mas que não desnaturam o princípio da igualdade.

Aproveitando a referência aos princípios da universalidade e da igualdade, que juntos apontam à eqüidade, pontuam-se aqui duas questões bastante intrincadas que dizem respeito ao acesso aos serviços públicos de saúde e, especialmente, ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único. A primeira delas refere-se à origem – se emitida por profissional do próprio serviço público ou não – da solicitação de um medicamento ao SUS. Ou seja, cuida-se de analisar se a receita médica, documento essencial para a solicitação e fornecimento de um medicamento pela rede pública de saúde, deve ser prescrita por profissional integrante do SUS, ou se aquelas prescritas por profissionais particulares, aí incluídos aqueles vinculados a planos de saúde, também geram o dever de atendimento quando apresentadas à rede pública. A segunda diz respeito às características socioeconômicas daqueles que utilizam os serviços e solicitam medicamentos ao SUS – se carentes de recursos ou não – como condição para o fornecimento do pedido.

Ressalvando que as considerações acerca dessas questões não são conclusivas, até pela falta de profundidade da abordagem aqui apresentada, acredita-se que a exigência de prescrição médica originada no próprio Sistema Único de Saúde se faz adequada diante de atendimento básico de saúde regular e em tempo razoável, ou seja, satisfatório. Lamentavelmente, não são raros os relatos, divulgados com freqüência pela grande mídia, de longas filas de espera para a realização de uma consulta e de exames simples. Em contrapartida, as camadas mais pobres da

população vêm adquirindo cada vez mais planos de saúde, cuja oferta também está se adaptando aos menores bolsos.<sup>217</sup> Por óbvio, estes planos de saúde ficam longe de garantir uma cobertura minimamente satisfatória, servindo apenas para os atendimentos mais simples. No caso de medicamentos, vale destacar que a Lei n. 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde, não obriga a cobertura destes insumos por parte das operadoras de planos de saúde, sendo certo que a assistência farmacêutica não está incluída nos planos mais básicos. Diante deste cenário, não parece razoável exigir que aquele que já tem uma receita médica espere em longas filas por uma consulta com médico da rede pública para, somente depois disso, poder iniciar seu tratamento. Essa imposição nos dias de hoje acabará por prejudicar especialmente aquelas pessoas que não têm condições de arcar com os custos do medicamento, em prejuízo de sua saúde e, por vezes, de sua vida. É razoável supor que a grande maioria das pessoas que batem às portas do SUS apenas se dispõe a enfrentar as intempéries que muitas vezes se colocam no caminho até o tratamento, serviço ou medicamento necessário, quando não têm condições de arcar com seus custos.

Quanto à situação socioeconômica do solicitante do medicamento, vale lembrar, em princípio, que o SUS veio justamente em contraposição a um modelo de atenção à saúde excludente, garantindo assistência a todas as pessoas. Dito de outro modo, a carência socioeconômica da pessoa que se apresenta ao Sistema Único necessitando de tratamento ou de um medicamento para a recuperação de sua saúde não pode ser vista como condição para o acesso e para a fruição dos serviços públicos de saúde, sob pena de ofensa à Constituição Federal. Apenas as diferentes situações clínicas justificam tratamento diferenciado, o que pode implicar inclusive maior ou menor rapidez no atendimento, mas não a vedação do acesso aos serviços.

Sendo assim, sustenta-se aqui que, regra geral, levando em conta o atendimento corriqueiro prestado pelo Sistema Único de Saúde, a receita prescrita por

---

<sup>217</sup> Apenas para ilustrar, considerando um plano de saúde individual para uma pessoa na faixa etária de 34 a 38 anos, e o plano de menor preço de cada empresa tem-se: plano da Medial Saúde por R\$ 79,35; da Samcil por R\$ 83,60; da Itálica Saúde por R\$ 54,91; da Saúde Serma por R\$ 81,66. Os preços foram consultados nos sítios eletrônicos das próprias operadoras de planos de saúde e também nos de corretoras de saúde, em 20 de julho de 2008.

qualquer médico ou profissional autorizado deve ser documento hábil para solicitação de um medicamento, gerando o dever da rede pública de saúde em fornecê-lo. De outra parte, o SUS está obrigado a atender todas as pessoas e a condição socioeconômica de cada uma delas não é condição ou requisito para tanto. Caso o atendimento básico de saúde fosse prestado de forma regular e eficiente, poder-se-ia exigir a receita de médico integrante do Sistema, como condição essencial para toda e qualquer pessoa receber o medicamento.

Entretanto, é preciso transpor essas variáveis ao ponto central deste trabalho, medicamentos cuja solicitação é feita por meio do Judiciário em virtude de não estarem incorporados pelo SUS, ou seja, não constam das relações públicas de medicamentos utilizadas como parâmetro orientador da assistência farmacêutica prestada pelo Sistema Único. Nesses casos, parece ser razoável que a origem da receita médica<sup>218</sup> seja levada em conta pelo magistrado. Isto porque, vindo de médico habituado ao Sistema, que, presume-se, conhece os protocolos, consensos e diretrizes terapêuticas do SUS, a prescrição do medicamento ganha *status* de prova robusta no que se refere à falta de alternativa satisfatória, para o tratamento do paciente em questão, que se encaixasse ao funcionamento ordinário do serviço público de saúde. Ter-se-ia, dessa forma, a garantia da igualdade e também da universalidade exigidas constitucionalmente.

Todavia, o raciocínio apresentado não implica completa vedação ao magistrado, não pretendendo transformar a receita médica originada na rede pública em condição *sine qua non* para uma decisão judicial que obrigue o Estado ao fornecimento de medicamento. Algumas condições do caso concreto, a exemplo da gravidade do estado de saúde da pessoa ou mesmo diante da comprovação de grande dificuldade para conseguir consulta na rede pública, podem servir para motivar ordem judicial baseada mesmo em receita de médico particular. Nesse sentido, como se verá mais adiante, a condição financeira daquele que pleiteia o medicamento não

---

<sup>218</sup> Vale mencionar que muitos médicos e profissionais de saúde integram o Sistema Único de Saúde e também prestam seus serviços de modo particular, sendo credenciados de operadoras de planos de saúde ou mesmo em consultórios particulares.

incorporado na rede pública é sempre pontuada pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar de não parecer critério legítimo diante da lógica e dos princípios que a Carta de 1988 estabeleceu para o Sistema Único de Saúde, diante de prestação excepcional, medicamento que não integra relação pública, o Pretório Excelso tem consignado a falta de condição financeira em suportar a compra do medicamento. A temática abordada aqui é bastante intrincada, como se ressaltou desde o início deste trabalho, e, dessa forma, a ponderação das características do caso concreto parece ser essencial para conduzir a melhor decisão, como detalhado no capítulo cinco.

Voltando aos princípios do SUS, outro importante princípio é a participação e o controle social da comunidade na gestão, no controle e na fiscalização dos serviços e ações de saúde da comunidade, previstos na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Saúde, artigo 7º, inciso VIII e especialmente na Lei n. 8.142/90.

A participação da comunidade se dá através dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, em todos os níveis de governo, com poder deliberativo e com composição paritária. Segundo a lei, os Conselhos de Saúde devem ser compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários, que atuarão na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente. A representação dos usuários deve ser a metade de todos os Conselheiros ou Delegados.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> São ainda princípios do Sistema Único de Saúde, conforme artigo 7º da Lei n. 8.080/90: a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral na prestação dos serviços públicos de saúde (inciso III); direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde (inciso V); divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário (inciso VI); utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática (inciso VII); integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (inciso X); conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população (inciso XI); capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência (inciso XII); organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (inciso XIII).

### **3.4 A divisão de competências no Sistema Único de Saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos**

A já mencionada Lei Orgânica da Saúde prescreve que integram o SUS o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, e também os prestados pela iniciativa privada, especialmente nos casos de participação complementar do Sistema Único, conforme artigos 4º, *caput* e § 2º, 24 e seguintes.

Esta lei trata também da organização do SUS, estabelecendo as competências de cada esfera administrativa. Seguindo a Constituição Federal, a Lei n. 8.080/90 indica que à direção nacional do SUS compete, entre outras atribuições previstas em seu artigo 16: prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais. Por sua vez, incumbe à direção estadual, conforme previsto no artigo 17: promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde; prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde. E, por fim, inserido nos deveres da direção municipal, estabelecidos no artigo 18 da LOS, está o de planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Especificamente quanto aos medicamentos, a Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria n. 3.916/98, já referida em capítulo anterior, também prevê as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS e determina que todos os gestores, em cumprimento aos princípios do Sistema, devem

atuar para viabilizar os propósitos desta Política.<sup>220</sup> Quanto às atribuições particulares, estabeleceu que o gestor federal deverá: prestar cooperação técnica e financeira às demais instâncias do SUS no desenvolvimento das atividades relativas à Política de Medicamentos; estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de Governo; destinar recursos para a aquisição de medicamentos, mediante o repasse Fundo-a-Fundo para Estados e Municípios.<sup>221</sup> O gestor estadual, por conseguinte, tem a responsabilidade de prestar cooperação técnica e financeira aos municípios no desenvolvimento de suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica; e coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito.<sup>222</sup> E entre as competências do gestor municipal estão: coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito; e assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde da população, integrando sua programação à do Estado.<sup>223</sup>

Como se vê, a conjugação dos dispositivos da Constituição Federal, da Lei n. 8.080/90 e da Política Nacional de Medicamentos atribui, de modo harmônico, entre as esferas de governo as competências geradas pelo dever do Estado de garantir a efetivação do direito à saúde e, conseqüentemente, o acesso aos medicamentos, de modo que cada uma tem sua parcela de responsabilidade, da qual não pode se eximir.

Mas há ainda outras especificações na regulamentação infralegal. O Pacto Pela Saúde, também já referido anteriormente, ao tratar do Bloco de Financiamento para a Assistência Farmacêutica, determina que esta atividade será financiada pelos três gestores do SUS, devendo agregar a aquisição de medicamentos e insumos e a organização das ações de assistência farmacêutica necessárias, de acordo com a organização dos serviços de saúde. O Bloco de Financiamento organiza-se em três componentes: Básico, Estratégico e Medicamentos de Dispensação Excepcional.

---

<sup>220</sup> Item 5 da Portaria n. 3.916/98.

<sup>221</sup> Item 5.2 da Portaria n. 3.916/98.

<sup>222</sup> Item 5.3 da Portaria n. 3.916/98.

<sup>223</sup> Item 5.4 da Portaria n. 3.916/98.

A Portaria n. 648, de 28 de março de 2006, traz a Política Nacional de Atenção Básica que, concentrando-se nos municípios e no Distrito Federal, tem como itens necessários a existência de Unidades Básicas de Saúde (UBS) e a existência e a manutenção regular de estoque dos insumos necessários para o funcionamento das unidades básicas de saúde, incluindo dispensação de medicamentos pactuados nacionalmente. Posteriormente, a Portaria n. 3.237, de 24 de dezembro de 2007, aprovou as novas normas de execução e de financiamento da assistência farmacêutica na Atenção Básica em saúde.<sup>224</sup>

A Portaria n. 3.237/07 define o atual Elenco de Referência de medicamentos e insumos complementares para a assistência farmacêutica na atenção básica em saúde e estabelece regras para o financiamento da aquisição destes medicamentos, sendo responsabilidade das três esferas de gestão. O Elenco de Referência é composto por medicamentos<sup>225</sup> (56 fármacos, sob 82 formas de apresentação) e insumos<sup>226</sup> (um total de 15) que se destinam a atender aos agravos prevalentes e prioritários da atenção básica à saúde, sendo os medicamentos nele contidos integrantes da RENAME vigente.

---

<sup>224</sup> Desde 1971 já havia uma atenção especial destinada ao fornecimento de medicamentos básicos – ou seja, aqueles necessários à prestação do elenco de ações e procedimentos compreendidos na Atenção Básica de saúde – época em que a assistência farmacêutica era executada pela Central de Medicamentos (CEME). A CEME foi criada através do Decreto n. 68.806, de 25 de junho de 1971, como órgão da Presidência da República, cujas funções seriam regular a produção e distribuição de medicamentos. A gestão da assistência farmacêutica básica se alterou por algumas vezes, desde a criação da CEME e, atualmente, segue as regras da supracitada Portaria do Ministério da Saúde. Aqui também pode ser agregada a Portaria n. 95, de 26 de janeiro de 2001, do Ministério da Saúde – Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2001, que ampliou as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica. Esta portaria instituiu o Plano Diretor de Regionalização como instrumento de ordenamento do processo de regionalização da assistência em cada estado e no Distrito Federal, orientando sua elaboração na perspectiva de garantir o acesso aos cidadãos, o mais próximo possível de sua residência, a um conjunto de ações e serviços vinculados às responsabilidades mínimas, dentre elas ao suprimento e à dispensação dos medicamentos da Farmácia Básica. Também atribuiu ao gestor estadual a normalização complementar de mecanismos e instrumentos de administração da oferta e controle da prestação de serviços ambulatoriais, hospitalares, de alto custo, do tratamento fora do domicílio e dos medicamentos e insumos especiais.

<sup>225</sup> Neste elenco estão, a título de exemplo, os seguintes medicamentos: Ácido acetilsalicílico, Dipirona sódica e Ibuprofeno (os três são antiinflamatórios, analgésicos e antitérmicos); Paracetamol (analgésico e antitérmico), Amoxicilina e Azitromicina (antibióticos), Diazepam (ansiolítico e anticonvulsivante), entre outros.

<sup>226</sup> Como, por exemplo, seringas para aplicação de insulina, diafragma e preservativo masculino.

Os medicamentos estratégicos, por sua vez, “são aqueles utilizados em 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”.<sup>227</sup> A Portaria n. 204, de 29 de janeiro de 2007,<sup>228</sup> estabelece o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, que é composto dos seguintes programas: i) controle de endemias (tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional); ii) Programa de DST/Aids (anti-retrovirais); iii) Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados; e iv) Imunobiológicos. O financiamento e o fornecimento de medicamentos, produtos e insumos para os programas estratégicos são de responsabilidade do Ministério da Saúde.

Quanto aos medicamentos excepcionais, a Portaria n. 2.577, de 27 de outubro de 2006, aprovou o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do SUS. Ou seja, inclui na Política Nacional uma estratégia de assistência farmacêutica que tem por objetivo disponibilizar os chamados medicamentos excepcionais, ou seja, aqueles para tratamento de: (i) doenças raras ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; (ii) doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que: a) haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade; b) ou o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> *Assistência farmacêutica no SUS*. Coleção Progestores / Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2007. p. 64.

<sup>228</sup> Esta portaria regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento.

<sup>229</sup> *Assistência Farmacêutica no SUS*, cit., p. 99.

O CMDE estabelece regras para a solicitação, a autorização e o fornecimento dos medicamentos excepcionais, bem como para a sua aquisição e dispensação pelos gestores estaduais do SUS, e ainda traz a lista dos medicamentos que são considerados excepcionais.<sup>230</sup> Com base nas regras do CMDE, o fornecimento de medicamentos deverá obedecer aos critérios de diagnóstico, indicação e tratamento, acompanhamento e demais parâmetros contidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde para os medicamentos de dispensação excepcional, de abrangência nacional.

### **3.5 Ciclo do fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde**

#### *3.5.1 As etapas administrativas para a dispensação de medicamentos*

Tendo em mente o desenho das competências atribuídas a cada esfera administrativa no que se refere ao financiamento e ao fornecimento de medicamentos, classificados por meio da regulamentação específica do Sistema Único, este capítulo será concluído com as etapas que compõem o ciclo da assistência farmacêutica. Trata-se do caminho administrativo percorrido para que os medicamentos cheguem às mãos dos usuários do SUS, que se inicia na seleção de medicamentos, passando à programação, aquisição, armazenamento e distribuição, culminando com a dispensação de medicamentos.

---

<sup>230</sup> São exemplos os medicamentos para transplantados, portadores de insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, hepatite viral crônica B e C, entre outros. A Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde, aprovada pela Portaria n. 2.203, de 5 de novembro de 1996, do Ministério da Saúde, NOB-SUS n. 1 de 1996, é mais uma referência legislativa no que se refere ao acesso a medicamentos. Tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes, com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União. Esta norma fixa a responsabilidade dos entes estaduais no tocante à prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares de alto custo, ao tratamento fora do domicílio e à disponibilidade de medicamentos e insumos especiais, bem como a estruturação e operacionalização do componente estadual de assistência farmacêutica. Para o gestor federal fica a responsabilidade pelo incremento da capacidade reguladora da direção nacional do SUS, em relação aos sistemas complementares de prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares de alto custo, de tratamento fora do domicílio, bem assim de disponibilidade de medicamentos e insumos especiais, além da reorientação e a implementação da política nacional de assistência farmacêutica.

O início é a seleção daqueles que integrarão determinada relação de medicamentos. Trata-se do eixo da Assistência Farmacêutica, pois as outras atividades lhe são decorrentes. A seleção desses medicamentos deve passar pela elaboração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), que podem versar sobre qualquer área da prática clínica, da atenção básica à assistência de alta complexidade e custo, podendo ser feitos por qualquer das esferas de gestão: municipal, estadual e federal.

Por essa razão é necessário que os gestores pactuem sobre a que esfera deverá competir esta atribuição diante das diferentes classificações de medicamentos estabelecidas pela regulamentação dedicada à Política Nacional de Medicamentos e à Política de Assistência Farmacêutica. Nesse sentido:

Em termos ideais, os temas mais relevantes, as doenças de maior prevalência e aquelas cujo tratamento envolva maiores custos devem ter PCDT aplicáveis à maior área geográfica de abrangência possível e serem elaborados com uma visão ampla a respeito da boa prática envolvendo o problema considerado, devendo, portanto, caber ao nível nacional sua elaboração. Neste caso, às esferas estaduais e municipais caberá a tarefa de sua operacionalização e adaptação à realidade loco-regional. Às esferas estadual e municipal devem competir temas específicos, de acordo com suas respectivas realidades epidemiológicas e assistenciais e, ainda, atuar nos eventuais vácuos normativos deixados pelo nível nacional.<sup>231</sup>

Os Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas devem ser desenvolvidos por meio de revisão sistemática da literatura científica, de modo que apoiem a decisão do profissional e do paciente. Tais protocolos buscam sistematizar o conhecimento disponível e oferecer um padrão de manejo clínico mais seguro e consistente do ponto de vista científico.<sup>232</sup> Se bem elaborados, são importantes

---

<sup>231</sup> *Assistência Farmacêutica no Âmbito do SUS*, cit., p. 123.

<sup>232</sup> Os atributos considerados essenciais para a escolha de protocolos clínicos previamente desenvolvidos são: (i) Validade – baseada em fortes evidências que associam recomendações com resultados; (ii) Ser reprodutível – estudo desenvolvido com o uso de regras nos procedimentos e decisões que levem diferentes especialistas às mesmas conclusões, baseadas nas mesmas evidências; (iii) Ter aplicabilidade – ser útil em populações onde os usuários em potencial consideram relevante para sua prática; (iv) Ter flexibilidade – estar adaptado ao julgamento dos

instrumentos para a organização da aquisição de medicamentos, para buscar maior equilíbrio entre as reais necessidades dos pacientes e os custos dos tratamentos, e para assegurar que a melhor terapêutica existente seja empregada.<sup>233</sup>

Nesse sentido, aponta-se desde já que a maior transparência e a ampla divulgação dos mencionados protocolos podem contribuir com a diminuição de solicitações de medicamentos ainda não incorporados pelo SUS. Não se pode negar que a prática clínica e as escolhas feitas pelos médicos diante do problema de saúde de determinado paciente sofrem diversas influências, como de sua formação profissional, de sua experiência, seu acesso à educação continuada, da realidade assistencial na qual está inserido, de sua relação com os pacientes e de sua suscetibilidade às pressões e ao marketing da indústria farmacêutica, entre outros.<sup>234</sup> A

---

profissionais e às preferências dos pacientes; (v) Ser claro – apresentado em linguagem acessível e de fácil compreensão; (vi) Multidisciplinar – preparado com contribuições de disciplinas relevantes e consultores externos; (vii) Ser atual – refletir a evidência mais recente; (viii) Ser bem documentado – publicado com descrição detalhada dos critérios utilizados nas definições, nos processos, na racionalização, evidência e regras de decisão (*Assistência Farmacêutica no SUS*, cit., p. 121-122).

<sup>233</sup> Também a título ilustrativo, segue o modelo da elaboração dos PCDTs relacionados aos medicamentos de dispensação excepcional:

1ª fase: Preparação: (i) Escolha do problema/tema a ser protocolizado: deve considerar a realidade epidemiológica regional, a prevalência da doença, as necessidades dos usuários, a variedade da prática clínica, a existência de prática inadequada, discrepâncias entre o preconizado e o realizado, o volume de demandas existentes, a existência de demandas judiciais em torno do tema, a repercussão econômica da assistência, o grau de prioridade e de necessidade de normatização do tema, entre outros; (ii) Definição do tipo de protocolo: deve considerar a abrangência, a população alvo e os aspectos de implementação, como custo, custo/efetividade e equipe de saúde envolvida, entre outros; (iii) Montagem de grupo de trabalho: constituída de equipe técnica e suporte administrativo; (iv) Montagem de grupo de consultores: cada PCDT deve contar com um grupo de consultores, formado por especialistas em cada área de atuação, de diversas procedências e escolas; (v) Definição de cronograma de trabalho e da data limite para a conclusão;

2ª fase: Elaboração do documento inicial: (i) Reunião de evidências: resumo elaborado pelo grupo de trabalho a partir das evidências, pesquisas e trabalhos existentes; (ii) Definição das regras de decisão do grupo; (iii) Construção de árvores de decisão; (iv) Definição da estrutura do PCDT; (v) Elaboração do texto inicial;

3ª fase: Avaliação do documento inicial pelo grupo de consultores;

4ª fase: Redação do texto a ser submetido à consulta pública;

5ª fase: Consulta pública: Devem ser definidas regras claras para o recebimento de críticas, sugestões e propostas de alteração, preferencialmente baseadas em literatura médica;

6ª fase: Consolidação da consulta pública e texto final;

7ª fase: Publicação do PCDT;

8ª fase: Divulgação e implantação;

9ª fase: Avaliação e revisão: (i) A avaliação deve ser feita pelo gestor do SUS, pelos profissionais de saúde e usuários. Devem ser monitorados o impacto sobre a realidade dos tratamentos, os resultados obtidos, a aplicabilidade e as eventuais modificações a serem efetuadas; (ii) Os PCDTs devem ser atualizados de acordo com a evolução do conhecimento médico e da prática clínica (*Assistência Farmacêutica no SUS*, cit., p. 124-127).

<sup>234</sup> Cf. SCHEFFER, Mário. *Aids, tecnologia e acesso sustentável a medicamentos: a incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde*. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

autonomia dos médicos, responsáveis por escolher a melhor opção de tratamento, deve ser preservada, mas o conhecimento dos protocolos terapêuticos do SUS e o acesso à educação continuada independente (desvinculada daquelas promovidas pelas indústrias farmacêuticas) podem evitar supostos casos de prescrições desnecessárias de medicamentos fora das relações públicas.

Para tanto, porém, é preciso que os gestores dos diferentes níveis se empenhem na elaboração dos protocolos, zelando para que cumpram a sua finalidade de forma efetiva e ainda pela total transparência no processo de elaboração. Para a implementação plena é preciso que os PCDTs sejam efetivamente utilizados no processo de tomada de decisão clínica e que cumpram o seu papel no gerenciamento dos programas de assistência farmacêutica, da prescrição à dispensação dos medicamentos, no monitoramento e acompanhamento dos pacientes, nos processos de planejamento, orçamento e compra de medicamentos.

Depois da seleção, passa-se à aquisição de medicamentos, que consiste em um conjunto de procedimentos pelos quais se efetua a compra dos itens estabelecidos pela programação, objetivando disponibilizar os mesmos em quantidade, qualidade e menor custo/efetividade.<sup>235</sup>

O armazenamento é caracterizado por um conjunto de procedimentos técnicos e administrativos que envolvem as atividades de recebimento, estocagem, segurança e conservação dos medicamentos, bem como controle dos estoques. A distribuição deve se dar de acordo com as necessidades dos solicitantes (unidades de saúde), garantindo-se rapidez, segurança e eficiência na entrega do medicamento.

Por fim, a dispensação é a entrega do medicamento ao usuário, na dosagem e quantidade prescritas, com instruções para seu uso correto pelo usuário e

---

para a obtenção do título de Doutor em Ciências, mimeografada, 2008; e SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andrea Lazzarini; e GROU, Karina Bozola, *O Remédio via Justiça. Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Série Legislação n. 3. Brasília: Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância Sanitária / Programa Nacional de DST e Aids, 2005.

<sup>235</sup> *Assistência Farmacêutica no SUS*, cit., p. 32.

seu acondicionamento. É do dispensador a responsabilidade pelo entendimento do usuário acerca do modo correto de uso do medicamento.

Pode-se afirmar que, quanto aos medicamentos que integram as listas do Sistema Único de Saúde, o dever dos entes públicos em fornecê-los quando instados a fazê-lo é indiscutível, restando afastados quaisquer argumentos porventura utilizados para justificar a ausência dos mesmos, ainda que de índole econômico-financeira. Todavia, a adoção dos protocolos e diretrizes terapêuticas e, conseqüentemente, das relações de medicamentos que orientam todo o ciclo de assistência farmacêutica no SUS não impede que medicamentos não selecionados sejam também fornecidos para aqueles pacientes que deles necessitarem na recuperação de sua saúde. A seleção dos medicamentos, como se viu, deve estar orientada por uma série de critérios que vinculam esta atividade do administrador. Mas, ainda quando forem observados tais critérios, sempre haverá os casos que não se enquadrarão nas diretrizes gerais de atendimento. Tendo em vista as peculiaridades do direito à saúde e seu vínculo direto com a dignidade da pessoa humana, mesmo os pedidos que fogem à padronização do Sistema Único devem ser atendidos mediante a análise do caso concreto, o que será aprofundado mais adiante.

### *3.5.2 O anterior registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária*

O registro do medicamento na competente autoridade sanitária precede o ciclo da assistência farmacêutica exposto acima. O elenco daqueles medicamentos distribuídos pelo SUS pressupõe necessariamente o prévio registro sanitário.

No Brasil, o registro de medicamentos é atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que tem competência para sua concessão, alteração, suspensão e cancelamento, nos termos da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> A Portaria n. 3.916/98 repete tais atribuições do órgão do Ministério da Saúde.

Por meio do registro, o país deve atestar a eficácia e a segurança do medicamento. Neste sentido, a Anvisa realiza uma análise farmacotécnica – etapas da fabricação, controle de qualidade, armazenamento, entre outras – e análises de eficácia e segurança. Ressalve-se que, de acordo com a Lei n. 6.360 de 23 de setembro de 1976, os medicamentos de procedência estrangeira devem, além do registro no Brasil, ter comprovação do registro no país de origem.<sup>237</sup>

A própria Anvisa estabelece exceções à exigência do registro sanitário brasileiro. Por meio da Resolução RDC 28, de 9 de maio de 2008, dispôs sobre a possibilidade de importação de medicamentos, em caráter excepcional, ainda não registrados no país. A resolução é acompanhada de uma lista de medicamentos que, mediante autorização da Agência, podem ser importados por entidades hospitalares e/ou entidades civis representativas – para seu uso exclusivo, não se destinando à revenda ou ao comércio.

As exceções levam em consideração a indisponibilidade de determinados medicamentos no mercado nacional, a inexistência de medicamentos registrados e a ausência de solicitações de registros dos mesmos, e a existência de monografias baseadas nos compêndios oficiais dos países onde são fabricados ou literatura técnico-científica idônea que indiquem a eficácia e segurança desses produtos.

A possibilidade de autorização do órgão nacional de vigilância sanitária para importação de medicamento não registrado no país parece abrir uma brecha para que pedidos judiciais de medicamentos ainda não registrados no país sejam também concedidos pelo Poder Judiciário. As diretrizes da Anvisa para o caso de importações por ela autorizadas podem servir de base para orientar o magistrado, como a existência de comprovação de sua eficiência e qualidade nos países onde o medicamento é fornecido, afastando assim os pedidos de medicamentos experimentais ou mesmo de eficácia duvidosa.

---

<sup>237</sup> SCHEFFER, Mário. *Aids, Tecnologia e Acesso Sustentável a Medicamentos: a Incorporação dos Anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde*. Tese, cit.

## **4 AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AO ACESSO AOS MEDICAMENTOS POR MEIO DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE**

### **4.1 Considerações iniciais**

Em que pese todo o arcabouço jurídico descrito nos capítulos anteriores, não são mais tão raros os discursos que se apegam a objeções suscitadas especialmente quando o Poder Público é instado a fornecer medicamentos por meio de ações judiciais. Muitas dessas objeções aparecem freqüentemente nas defesas judiciais dos entes administrativos. Elas decorrem do confronto natural e necessário do subsistema formado pelos princípios e regras atinentes à dignidade humana, ao direito à vida e à saúde com outros subsistemas normativos, como o comando pela separação dos poderes ou normas que cuidam do orçamento público.

Nesse sentido, podem-se apontar como principais objeções de natureza jurídica a necessidade de respeito à independência e harmonia entre os poderes; a existência de discricionariedade administrativa no fornecimento de medicamentos; a obrigação de se observarem os princípios orçamentários que vinculam a aquisição de tais insumos pelo Poder Público; e a reserva do possível.

Neste capítulo serão traçados os contornos jurídicos de cada uma dessas temáticas, já iniciando o raciocínio e a fundamentação que, aprofundados no capítulo seguinte, servirão para demonstrar a possibilidade de serem afastadas, fazendo prevalecer o núcleo mínimo da dignidade humana e, conseqüentemente, o direito à vida e à saúde.

## 4.2 A Tripartição de Funções: Executivo, Judiciário e Legislativo

Especialmente quando o acesso a determinados medicamentos se torna conteúdo de demanda judicial, objeto, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário, destacam-se a independência e a harmonia dos poderes como objeção ao pedido formulado na petição inicial. Com base na tripartição e independência dos poderes e considerando tarefa do Poder Executivo fornecer os medicamentos e escolher aqueles integrantes das listas da rede pública de saúde, decorrem vários argumentos. Entre eles o de invasão do Judiciário em competência do Executivo quebrando a harmonia que deve haver entre os poderes; o de ausência de condições, por parte do Judiciário, de avaliar o impacto de suas decisões no todo da administração pública; e o da falta de legitimidade do Judiciário para fixar políticas públicas,<sup>238</sup> o que apenas o Executivo e o Legislativo teriam, porque eleitos democraticamente.

Pode-se dizer que a doutrina da separação dos poderes, enquanto proposta de limitação do poder político, vem sendo discutida desde a Antiguidade Clássica. Remontam à Grécia e a Roma antigas algumas das idéias que encontraram expressão perfeita no moderno Estado constitucional e que poderiam se configurar em “axiomas fundamentais da idéia ocidental de Estado”, segundo Nuno Piçarra.<sup>239</sup> Para este autor, referidos axiomas são:

---

<sup>238</sup> A tarefa de definir políticas públicas não é fácil, o que reflete a diversidade de conceitos encontrados na doutrina. Maria Garcia acredita que as políticas públicas podem ser conceituadas “como diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público” (Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1996. p. 64-67). Luiza Cristina Fonseca Frischeinsen entende que as políticas públicas são atos administrativos. (*Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 90). Rodolfo de Camargo Mancuso ensina, por sua vez, que “a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados” (A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. *A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÉ, Edis (Coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 731). E Alessandra Gotti Bontempo entende que política pública consubstancia-se “em um conjunto de normas e atos tendentes à realização dos fins públicos consagrados pela Carta de 1.988, sendo suscetível de controle por parte do Poder Judiciário, tanto no que concerne à razoabilidade-proporcionalidade dos meios empregados, quanto à avaliação de sua efetividade” (*Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*, cit., p. 212).

<sup>239</sup> Dalmo de Abreu Dallari considera que a separação de poderes encontra seu antecedente mais remoto em Aristóteles, “que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder”, e foi construída gradativamente ao longo da história. Lembra o autor que “segundo informação contida em *O Príncipe*, de

1º O poder político deve emanar de uma estrutura institucional objectiva e não imediatamente da vontade de homens. Entre estes e o poder deve interpor-se sempre a instituição.

2º Essa estrutura institucional deve ser diferenciada, compósita e não monolítica ou uniforme, tanto do ponto de vista orgânico como do ponto de vista funcional.

3º Essa estrutura institucional deve ser juridicamente conformada e a sua actuação deve fazer-se de acordo com a lei.

4º Essa estrutura institucional deve ser tanto quanto possível estável. Para isso tem que ser “local de mistura” das várias classes sociais, portadoras de interesse conflituantes. Estas devem ter acesso equilibrado aos órgãos ou magistraturas de que aquela se compõe, de modo a poderem participar globalmente no exercício do poder político.<sup>240</sup>

Mais concretamente, pode-se dizer que a doutrina da separação dos poderes surgiu na Inglaterra, no século XVII, associada à idéia do *rule of law*, e às reivindicações antiabsolutistas nela baseadas. Decorreu de determinadas idéias jurídicas correntes na Inglaterra daquela época, visando precisamente: a exclusão da tirania e do arbítrio, inevitáveis quando todos os poderes estão concentrados num só órgão, e a garantia da liberdade e da segurança individuais, comprometidas quando a aplicação das leis também fica nas mãos de quem as elabora.<sup>241</sup> Neste primeiro momento, tratava-se de separar o poder de elaboração das leis (legislativo) daquele exteriorizado por meio da aplicação das mesmas (judicial, mas que antes era tido como executivo). A futura exigência de separação entre poder legislativo e poder judicial, por um lado, “e a de separação entre poder executivo (nome por que, a partir de certa altura, passou a ser designado o poder governativo) e poder judicial, por outro lado, teve origens diferentes e, para certos autores, a sua integração na mesma doutrina só a partir de Montesquieu se tornou definitiva”.<sup>242</sup>

---

Maquiavel, no começo do século XVI já se encontrava na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente” (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 217-218).

<sup>240</sup> *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989. p. 31-32.

<sup>241</sup> *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, cit., p. 44 e 49.

<sup>242</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, cit., p. 51.

Dessa forma, a teoria da separação dos poderes foi concebida com vistas a assegurar a liberdade dos indivíduos, demarcando que as funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos. Dalmo de Abreu Dallari lembra que esta teoria teve acolhida numa época em que se buscavam meios para frear o Estado, “uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos”.<sup>243</sup>

Como doutrina de origens históricas inglesas, século XVII, a separação dos poderes conheceu várias versões ao longo de sua existência, sendo referências obrigatórias nesse sentido John Locke e seus *Two Treatises of Government* (1690) e Montesquieu e seu *De l'Esprit des Lois* (1748).<sup>244</sup>

Com Montesquieu e seu “O Espírito das Leis”, a teoria da separação dos poderes se consolida, sendo concebida “como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”.<sup>245</sup> A teoria de Montesquieu, partindo da desconfiança em relação ao poder, pressupõe a necessidade de precaução diante dos possíveis abusos por parte dos governantes, pois todo homem que detém o poder fica propenso ao abuso. E a medida para garantir a liberdade é a fragmentação, a distribuição dos poderes.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 216.

<sup>244</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, cit. e DALLARI, Dalmo, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit.

<sup>245</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 219.

<sup>246</sup> Nuno Piçarra, em seu traçado histórico sobre a separação dos poderes, pontua que: “É fácil demonstrar que os pontos de partida de Montesquieu para a exposição do tema coincidem com algumas das mais consagradas idéias do pensamento político inglês. Desde logo, a idéia de natureza humana nas suas relações com o poder político, impregnada de um pessimismo antropológico que, de há muito, constituía lugar-comum em Inglaterra: ‘é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites (...). Para que ninguém possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder’. A própria idéia de liberdade de que parte, nada mais é do que a decorrente da concepção da *rule of law* que, negando valor à ‘liberdade natural’, reporta a liberdade própria do homem à lei ‘(...) numa sociedade em que há leis, a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem’. A liberdade consiste, pois, no poder agir nos limites da lei. É uma liberdade pela lei” (*A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, cit., p. 90).

No Brasil, o princípio da separação dos poderes está positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que prevê serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior acrescentam que o poder é uno e indivisível, de modo que “a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único pólo irradiador do poder: o Estado”.<sup>247</sup> Dessa maneira, o poder, no âmbito do Estado, continuam os autores, “*exterioriza-se por meio de funções. Assim, a vontade estatal é única, manifestando-se, porém, por suas funções, a executiva, a legislativa e a judiciária*”.<sup>248</sup>

A manutenção da independência entre os Poderes deu origem a funções típicas e atípicas, uma vez que uma estruturação rígida não seria capaz de garantir a convivência entre Poderes harmônicos, independentes e autônomos, ressaltam Araújo e Serrano Nunes Júnior. As funções típicas são as que guardam relação de identidade com o Poder pelo qual são desempenhas, e as atípicas, ao contrário, não guardam esta relação e, por isso mesmo, “são originariamente desincumbidas pelos outros órgãos de poder”. E continuam os autores:

Logo, o que se constata é que o texto constitucional prioritariamente designou ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, respectivamente, as funções administrativa, legislativa e judicante. Não só essas, porém. É que, embora de forma subsidiária, cada Poder exerce função que originariamente pertenceria aos demais. É dessa relação que nasce a conceituação de funções típicas e atípicas.<sup>249</sup>

Ao discriminar as funções típicas e atípicas, a Constituição Federal fixou uma regra: cada Poder deve exercer a respectiva função típica e as atípicas necessárias à manutenção de sua independência e autonomia. Assim, atribuiu aos

---

<sup>247</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 313.

<sup>248</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 313.

<sup>249</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 317.

Poderes Legislativo e Judiciário a prerrogativa de praticar os atos voltados a suas administrações internas e autorizou o Executivo a rever espontaneamente seus atos e a promover processo administrativo para apurar faltas funcionais. Trata-se de funções atípicas diretamente ligadas à preservação da autonomia de cada um dos Poderes. As funções atípicas que não servem diretamente à preservação da autonomia foram expressamente anotadas no texto constitucional. Como exemplos desse último caso têm-se a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo e a possibilidade de o Legislativo julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República.<sup>250</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que existem critérios para a distinção das funções do Estado. O primeiro deles seria o orgânico ou subjetivo, por meio do qual se identifica a função levando em conta quem a produz. Assim, todo ato emitido pelo Legislativo seria ato legislativo, todo ato emitido pelo Poder Judiciário seria ato judicial, e todo ato do Poder Executivo seria ato administrativo. Os apontamentos acima já dão conta da insuficiência deste critério. O segundo critério, por sua vez, não leva em conta o sujeito que elaborou o ato, mas a própria atividade em si, sendo chamado de critério objetivo. Desdobra-se em dois outros, o material ou substantivo e o formal. O primeiro reconhece a função a partir de seus elementos intrínsecos, de modo que a atividade legislativa caracteriza-se pela expedição de normas gerais e abstratas; a função administrativa pela realização da utilidade pública de modo concreto, direito e imediato; e a função jurisdicional consiste na solução de controvérsias jurídicas. Já o critério objetivo formal, o adotado pelo autor, apega-se fundamentalmente às características de direito. Tendo em mente este critério, a função legislativa é aquela cuja especificidade é inovar inicialmente a ordem jurídica com fundamento na Constituição; a função administrativa tem como elemento próprio comandos infralegais e, excepcionalmente, infraconstitucionais; e a função jurisdicional é aquela que se dedica à solução definitiva de controvérsias jurídicas.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 318.

<sup>251</sup> *Curso de Direitos Administrativo*, cit., p. 30 e ss. Vanderlei Siraque, partindo das lições de Bandeira de Mello, às quais agrega os ensinamentos de Di Pietro, conclui: “Dadas as lições, tanto de Di Pietro como de C. Mello, podemos concluir que a dinâmica do Estado, independentemente do órgão, manifesta-se por meio de leis, sentenças e atos administrativos, os quais são frutos das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, sendo que o Judiciário tem

Dessa maneira, tem-se um sistema de “freios e contrapesos”, que prevê o relacionamento de tais poderes de forma harmônica, respeitando cada qual o âmbito de atuação e a autonomia do outro. Vale ressaltar que a independência entre os Poderes decorre da Constituição Federal de 1988, que dita as atribuições de cada um deles.

Ocorre que esta independência não implica afastar do controle do Judiciário os atos de iniciativa do Poder Executivo, ou mesmo do Legislativo. Quando se trata de dar cumprimento a direitos humanos fundamentais, normas constitucionais de aplicação imediata, não se pode falar em ingerência indevida do Judiciário nas funções alheias. Eros Roberto Grau leciona que:

Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja, a de produção de ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito.<sup>252</sup>

O que se extrai do pensamento de Eros Grau e também o que se pretender dizer aqui é que, em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em esfera de outro dos dois poderes com o intuito de simplesmente substituir seus juízos de conveniência e oportunidade. Mas, quando houver uma violação à imposição constitucional por parte do legislador ou do administrador, deverá fazê-lo. Diante da

---

o monopólio da atividade jurisdicional; o Legislativo tem a palavra final para a elaboração das leis e o Executivo tem a supremacia no exercício da função administrativa e, portanto, na elaboração de atos administrativos para colocá-la em movimento” (*Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e Limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35).

<sup>252</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 335.

incapacidade do Legislativo e do Executivo brasileiros de garantir um cumprimento racional e razoável dos preceitos constitucionais, a atuação do Judiciário no controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços públicos vem se tornando cada vez mais essencial.<sup>253</sup>

A separação dos poderes não é fim em si mesmo e, repita-se, veio para frear o exercício arbitrário e abusivo do poder concentrado e sem controle. O controle judicial dos atos administrativos é legítimo e legal. Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser dever indeclinável do Judiciário investigar se há ou não correlação entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecilho existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

[...]

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> Cf. Andreas J. Krell. *Os Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 2002. p. 20 e ss.

<sup>254</sup> *Curso de direito administrativo*, cit, p. 921-924. Caio Tácito, 50 anos atrás, já observava a possibilidade de o Poder Judiciário averiguar os motivos do ato administrativo: “Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco” (*Desvio de Poder em Matéria Administrativa*. Rio de Janeiro: Tese, 1951. p. 17).

Cristina Queiroz resume a harmonia esperada atualmente na atuação dos Poderes Públicos, enfocando especialmente o Legislativo e o Judiciário:

É certo que na concretização dos direitos fundamentais sociais o legislador detém a precedência, ainda que sob controle dos tribunais de justiça constitucional. De contrário, ao negar a participação dos tribunais do poder judicial, os direitos quedariam como “normas programáticas”, simples “programas políticos”, “apelos ao legislador”, sem qualquer grau de vinculatividade jurídica. O que se afirma não é que os tribunais devam “concretizar” direitos, mas apenas que a esses direitos deve ser reconhecido um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade. Ao mesmo tempo ao órgão de controle exige-se-lhe que respeite as “decisões razoáveis” tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do “Estado de Direito” e o princípio da “separação de funções”.<sup>255</sup>

Desse modo, desde já se pode concluir que a separação de poderes em si mesma não corresponde a uma proibição do controle do Judiciário acerca das ações e omissões do Executivo e do Legislativo, não se configurando em objeção intransponível ao fornecimento de medicamentos por meio de ações judiciais movidas em face dos Poderes Públicos.

#### **4.3 A Discricionariedade Administrativa**

Vale destacar que a discricionariedade está intimamente relacionada com a separação de poderes, visto se tratar de característica da função executiva utilizada para justificar a limitação ou mesmo a impossibilidade de análise e contestação por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, a caracterização do fornecimento de medicamentos, em especial no que se refere à escolha daqueles que integrarão as relações públicas, como atividade discricionária da Administração Pública também é

---

<sup>255</sup> *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, cit., p. 153.

frequentemente utilizada como objeção aos pedidos judiciais de medicamentos. A discricionariedade ora se coloca como empecilho à compra e disponibilização imediata destes insumos, ora como vedação ao fornecimento pelo SUS de medicamento não constante das relações públicas.

Discricionariedade é a margem de liberdade, conferida por determinadas normas ao administrador, para escolher, “segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.<sup>256</sup> Nada mais é, portanto, do que a liberdade de escolher garantida ao Poder Público, dentro dos parâmetros legais. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.<sup>257</sup>

Em contraposição aos atos tidos como discricionários estão os chamados atos vinculados. Por decorrência lógica, os atos vinculados são aqueles cuja prática não deixa margem a qualquer apreciação subjetiva, existindo “prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta”.<sup>258</sup> Apesar da diferença entre discricionariedade e vinculação, todos os atos administrativos devem ser guiados pela lei e, mais do que isso, devem observar estritamente as finalidades

---

<sup>256</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

<sup>257</sup> *Direito Administrativo*, cit., p. 205.

<sup>258</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 401. O autor explica também ainda o conceito de atos discricionários: “atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 402).

legais. Nesse sentido, é o alerta de Lúcia Vale Figueiredo, de que "atos administrativos são todos, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, atos legais, portanto, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por estas traçadas".<sup>259</sup>

Sendo assim, a lei concede à Administração Pública determinada margem de liberdade discricionária com um objetivo muito claro: para que, diante do caso concreto, o administrador possa melhor atingir a finalidade legal. Portanto, a discricionariedade deve ser entendida como um instrumento para se atingir a finalidade prevista na lei. Conclui-se daí que, quanto à finalidade, sempre haverá vinculação e nunca discricionariedade, ou seja, o ato administrativo emanado sempre deverá atingir a finalidade estabelecida pela lei. Não cabe ao administrador optar se quer ou não atingi-la ou se prefere atingir finalidade diversa.

Juarez Freitas relaciona a discricionariedade administrativa ao direito fundamental à boa administração pública e esclarece:

[...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.<sup>260</sup>

Por meio da contribuição de Celso Antonio Bandeira de Mello tem-se mais bem desenhada a delimitação da atuação discricionária. Explica o autor que a interferência de um "juízo subjetivo do administrador", característica da discricionariedade, pode ocorrer quanto:

a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática; ou

---

<sup>259</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 214-215.

<sup>260</sup> *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 22.

- b) no que concerne a não agir ou agir; ou
- c) no que atina à escolha da ocasião para fazê-lo; ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato; ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.<sup>261</sup>

Nessa linha, o autor ensina que as "causas normativas geradoras da discricionariedade" decorrem: (i) da hipótese da norma, quando a lei descreve de forma imprecisa o fato que deflagra a sua aplicação; (ii) do comando da norma, quando conceder ao administrador público alternativas de atuação quanto a expedir ou não o ato, a avaliar a melhor oportunidade de expedir o ato, a forma que revestirá o ato ou a medida mais satisfatória diante das circunstâncias; (iii) da finalidade da norma, já que a finalidade se expressa em valores ou palavras com conceitos vagos ou fluidos.<sup>262</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acrescenta que o crivo da discricionariedade, quando da prática de certo ato administrativo, deve estar orientado pelo interesse público especificamente sopesado para determinado caso concreto. Por suas palavras destaca:

Esses limites dos poderes discricionários se encontram nos motivos determinantes do ato jurídico e no fim com que é praticado, tendo em vista a preocupação do seu agente e a razão de ser do próprio instituto jurídico. Toda a atividade do Estado-poder tem por baliza o interesse público. Por conseguinte, não se

---

<sup>261</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 17.

<sup>262</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed., 7. tiragem, São Paulo, Malheiros, 2006. p. 18-22. O autor exemplifica quando a discricionariedade se dá na finalidade da norma: "Se a lei disser, figure-se, que deverão ser expulsas da praia, a bem da moralidade pública, as pessoas que estejam trajando vestes de banho indecorosas, o pressuposto deste comando (hipótese da norma), impositivo da obrigação de expulsar, seria estar trajando veste pouco decorosa. Este seria o pressuposto de fato: a veste ser pouco decorosa. A finalidade seria a defesa da moralidade pública. Dir-se-á: o pressuposto é fluido, porque a noção de veste pouco decorosa, sofre variável no tempo e no espaço, mesmo num dado tempo e espaço pode ensachar algumas dúvidas. Mas, em rigor, se bem se atentar para a questão, perceber-se-á que a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si considerado. Está residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois, dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso. Logo, o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos" (*Discricionariedade...* cit., p. 20).

tolera motivo determinante estranho ao interesse coletivo e nem preocupação da autoridade pública em conflito com ele. Por outro lado, não basta seja praticado o ato tendo em mira o interesse coletivo; outrossim, impõe-se a consideração do interesse coletivo específico, objeto do instituto jurídico a que se refere o ato. Portanto, mesmo os atos administrativos praticados pela Administração Pública no exercício dos seus poderes discricionários encontram os limites acima expostos. Não podem transpô-los, sob pena de envolver exercício abusivo de direito.<sup>263</sup>

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que a possibilidade de soluções diferentes, conferida pela lei, apenas existe devido à diversidade de situações, de modo que dado tipo de casos reclama uma solução e outro tipo exige solução diferente. Assim, a razão da discricionariedade é tão-somente viabilizar a adoção da decisão pertinente, mais adequada para atender a finalidade traçada pela lei. As variadas soluções comportadas na lei não significam autorização para adotar qualquer uma delas indiferentemente. Pelo contrário, implica o dever de escolher entre elas a mais adequada para determinado caso, não necessariamente a mesma para outro caso. Diante do caso concreto a discricionariedade, então, se esvai.<sup>264</sup>

Acrescente-se ainda que a assunção do Estado Democrático de Direito, vinculando a justiça à legalidade, permite concluir que a discricionariedade administrativa encontra-se limitada tanto pela lei como pela idéia de justiça. Assim, o administrador está obrigado a interpretar o conceito adotado pela norma jurídica valorizando os princípios constitucionais, determinando as diretrizes aplicáveis ao caso e buscando na realidade os elementos que lhe permitirão precisar os termos que o exprimem.

O Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Luis Carlos de Castro Lugon, bem reflete os limites da atuação administrativa que não pode

---

<sup>263</sup> *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. v. I.

<sup>264</sup> Cf. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 36-37.

se distanciar das diretrizes constitucionais e da perseguição do interesse público, o que pode ser examinado pelo Judiciário, conforme se depreende do trecho de sua decisão abaixo:

Após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado "mérito" do ato administrativo, reservado à área de oportunidade e conveniência, onde imperava a discricionariedade. Evidentemente, não se há que permitir ao julgador substituir-se ao administrador na tomada de decisões entre opções de natureza política. No entanto, hoje já se tem assente que as escolhas políticas não podem divergir das diretrizes constitucionais, às quais está o agente público sempre vinculado, sendo, pois, correta a assertiva de que ausente discricionariedade pura do administrador, facultando-se ao Judiciário o exame da motivação, à luz do interesse público e dos princípios fundamentais ínsitos na Lei Maior.<sup>265</sup>

Na mesma linha, Andreas J. Krell também ressalta a possibilidade de controle jurisdicional de qualquer ato administrativo, inclusive os discricionários e os que decorrem de valoração administrativa de conceitos indeterminados, com base nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de direito. Segundo este autor:

na atual fase "pós-positivista", que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua juridicidade. Essa "principialização" do Direito brasileiro (proibição de arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> TRF4, REO 2005.71.00.031144-5, Terceira Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, publicado em 07/02/2007.

<sup>266</sup> *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*, cit., p. 53-54.

Tem-se, portanto, que a atuação discricionária não pode se afastar de seu objetivo principal: atender, da maneira mais satisfatória possível, o interesse público. Sendo assim, não há qualquer óbice ao controle judicial da atividade administrativa. Ao contrário, “se o Judiciário deve conhecer de qualquer lesão a direito, *ipso facto*, é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando”, ensina Lúcia Valle Figueiredo.<sup>267</sup>

No caso do acesso a medicamentos, a discricionariedade está presente na eleição daqueles que compõem as listas do SUS, cuja escolha não é feita livremente, ao bel-prazer do gestor da vez, mas, ao contrário, deve seguir critérios predefinidos, conforme apontado no capítulo anterior. A escolha dos medicamentos integrantes das relações de medicamentos nacionais, estaduais e municipais deve ser precedida por uma série de procedimentos orientados por critérios hábeis a proporcionar as melhores escolhas. O funcionamento dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, exposto anteriormente, bem indica a restrita margem de liberdade daqueles que se dedicam à elaboração e à revisão das relações de medicamentos.

Porém, tais listas são acessórias, destinando-se a colaborar para a mais satisfatória possível administração do SUS, considerando o seu funcionamento regular e a visão geral dos principais problemas de saúde que atingem a população. Nesse sentido, as ditas relações não podem ser usadas para impedir o acesso a outros medicamentos eventualmente necessários, o que ficará mais evidente no capítulo seguinte. Mais despropositado será suscitar a discricionariedade como justificativa para desobrigar o administrador da compra imediata daqueles constantes das listas, mas faltantes na rede pública, ainda que sob justificativas de limitação ou insuficiência de recursos.

---

<sup>267</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 230.

#### 4.4 Princípios Orçamentários

Os princípios orçamentários, que regem a elaboração do orçamento público e, conseqüentemente, as receitas e os gastos públicos, por vezes, também podem ser tidos como objeções ao acesso a medicamentos por meio da rede pública de saúde, especificamente quando a justificativa é a necessidade de anterior previsão orçamentária, elemento necessário à compra dos medicamentos. Por essa razão, passa-se a expor brevemente sobre o tema, adiantando desde já a estreita relação entre este item e o seguinte, a reserva do possível.

O orçamento nada mais é que o documento que prevê as receitas e despesas. Portanto, o orçamento público tem este mesmo objetivo. Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath conceituam “orçamento como a lei que contém previsão de receitas e despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, por um certo período”.<sup>268</sup> Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior destacam sobre o conceito de orçamento:

Conceitualmente, orçamento é o instituto de que dispõe o Poder Público para estimar receitas e programar despesas, obtendo, simultaneamente, a autorização legislativa necessária à realização dos programas e despesas públicas pelo período de um ano. Nesse sentido, o orçamento anual guarda duas finalidades básicas, é dizer, a primeira, de programação da vida econômica do Estado, harmonizando a estimativa de entradas financeiras com a realização correspectiva de despesas; a segunda, de cumprimento do princípio da legalidade, que, vertido sob a ótica do direito público, indica a necessidade de que as despesas sejam previamente autorizadas por lei.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 70. Para agregar ainda mais uma explicação: “Orçamento é o documento que prevê a quantidade de recursos que, num determinado período (normalmente um ano), deve entrar e sair dos cofres públicos (receitas e despesas públicas), com especificação de suas principais fontes de financiamento e das categorias de despesa mais relevantes. Usualmente formalizado através de lei proposta pelo poder Executivo e apreciada e ajustada pelo poder Legislativo na forma definida pela Constituição” (*A Gestão Administrativa e Financeira no SUS*. Coleção Progestores – Para Entender a Gestão do SUS. v. 2. Brasília: CONASS, p. 81).

<sup>269</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 455.

O orçamento público não é mero documento financeiro ou contábil, contudo. Constitui peça importante no mundo jurídico e na vida do país. Trata-se de instrumento de ação do Estado, uma vez que por meio dele o Estado fixa os objetivos que pretende atingir, deixando consignado, periodicamente, sua atuação perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos. “Tem seu aspecto político, porque revela desígnios sociais e regionais na destinação das verbas; econômico, porque manifesta a atualidade econômica; técnico, com o cálculo de receitas e despesas e jurídico, pelo atendimento das normas constitucionais e legais”.<sup>270</sup>

Ao dispor sobre a lei orçamentária, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de princípios que delinham esta entidade normativa, prevista a partir do artigo 165. Os princípios orçamentários, na visão de José Afonso da Silva, se destinam “a reforçar a utilidade do orçamento como instrumento de controle parlamentar e democrático sobre a atividade financeira do Executivo” e também a orientar a elaboração, aprovação e execução do orçamento.<sup>271</sup> São princípios orçamentários: a legalidade, a especialização, a universalidade, a anualidade, a exclusividade, a unidade e a não-afetação ou não vinculação.<sup>272</sup>

O orçamento deve estar previsto em lei, sendo que todo gasto público deve se submeter à autorização legislativa, de onde se depreende o princípio da legalidade. Por especialização tem-se a obrigatoriedade de especificação de todas as receitas e despesas públicas, de modo que as leis orçamentárias devem identificar a origem e a destinação de tais receitas e despesas.

Pelo princípio da universalidade, todas as despesas e receitas devem estar no orçamento em bruto, sem qualquer dedução, sem qualquer exclusão (artigo 165, § 5º, CF). A anualidade, por sua vez, dita que a atualização do orçamento deve se

---

<sup>270</sup> Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes e HORVATH Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 68.

<sup>271</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 738.

<sup>272</sup> Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 457 e ss. Alguns autores elencam outros como o princípio da programação, do equilíbrio orçamentário e o princípio da legalidade, no caso de José Afonso da Silva (Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 739 e ss.).

dar anualmente, oportunidade do Legislativo exercer a competente fiscalização e autorizar os gastos programados (artigo 165, III).<sup>273</sup> Pela exclusividade proíbe-se a inclusão no orçamento de matéria incompatível com sua natureza e finalidade, ou seja, a lei orçamentária não pode conter dispositivo estranho à estimativa e previsão de receita (artigo 165, § 8º).<sup>274</sup> Acrescente-se ainda o princípio da unidade, pelo qual todas as receitas e despesas do governo devem integrar um único documento. E a não-vinculação, que veta a vinculação de receita proveniente de impostos e evita a edição de leis nesse sentido, permitindo, desse modo, mobilidade para a ação do Estado com o custeio de despesas genéricas pelo orçamento (artigo 167, IV).<sup>275</sup>

A estrutura jurídica criada pela Constituição, em seu artigo 165, para cuidar das receitas e despesas do Poder Público é verdadeiro sistema orçamentário formado de três leis orçamentárias que são interdependentes: o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, que são superordenadoras da lei orçamentária – orçamento anual.<sup>276</sup> Vale lembrar que, além dos dispositivos constitucionais, também dão conta do orçamento público a Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece normas de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos

---

<sup>273</sup> Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath ressaltam que a anualidade estaria ultrapassada como princípio, uma vez que, ao lado do orçamento anual, há o plurianual, que se estende por quatro anos. Cf. *Manual de Direito Financeiro*, cit., p. 72.

<sup>274</sup> O próprio dispositivo constitucional, § 8º do artigo 165, abre exceções e apenas essas são admitidas. São elas: a operação para antecipação de receita, necessária diante das dificuldades do governo em suportar os gastos do início do ano, especialmente os relativos ao pagamento do funcionalismo; e os créditos suplementares que, diante da excepcionalidade, independem de previsão orçamentária.

<sup>275</sup> O próprio dispositivo ressalva a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos 37, XXII, 198, § 2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no artigo 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º do artigo 167, ou seja, vinculação de receitas de impostos para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamentos de débitos com esta.

<sup>276</sup> José Afonso da Silva explica que: “A Constituição instituiu um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um sistema integrado de planejamento do orçamento-programa, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes têm que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente. [...] Cumpre, contudo, observar que a integração, referida acima, tem caráter dinâmico, como é próprio das estruturas. Não se trata, por isso, de simples justaposição de planos, mas de uma vinculação permanente e contínua, que não admite interrupção, de sorte que os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 737).

públicos e, ainda, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

O plano plurianual, nos termos do artigo 165, parágrafo 1º, da Constituição Federal vigente, deve ser elaborado para estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital<sup>277</sup> e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Serve, portanto, para definir o planejamento de médio prazo e de definição das macro-orientações do governo para sua atuação em cada período de quatro anos. No plano plurianual estarão definidas as metas físicas e financeiras para fins do detalhamento dos orçamentos anuais.

Já a lei de diretrizes orçamentárias, conforme dispõe o referido artigo 165, § 2º, “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. Nesse sentido, a lei de diretrizes orçamentárias cumpre as seguintes funções: (i) estabelece as metas e prioridades para o exercício financeiro subsequente; (ii) orienta a elaboração do orçamento; (iii) dispõe sobre a alteração na legislação tributária; (iv) estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento.<sup>278</sup>

A lei de orçamento, ou seja, o orçamento anual é elaborado de acordo com os princípios acima citados e demais normas vigentes. Deve ser elaborado para um exercício equivalente a um ano, que é chamado de exercício financeiro, sendo que seu início e seu término coincidem com o ano civil. A lei de orçamento é formada por duas partes: a primeira é a previsão de receitas, ou seja, os recursos para o custeio das despesas fixadas, que, por sua vez, constituem a segunda parte, com especificação de

---

<sup>277</sup> Lei n. 4.320/64: artigo 11, § 2º São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente.

<sup>278</sup> *A Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 86.

como será executado o plano de governo.<sup>279</sup> A peça orçamentária deve constituir-se de orçamento fiscal,<sup>280</sup> de investimentos de empresas estatais<sup>281</sup> e da Seguridade Social, em cumprimento ao citado princípio da universalidade. De especial interesse para a área da saúde, o orçamento da Seguridade Social constitui:

[...] o detalhamento, sob a forma de um orçamento bem individualizado, dos montantes das receitas vinculadas aos gastos da Seguridade Social – especialmente as contribuições sociais nomeadas no art. 195 da Constituição – que deverão ser captadas pelo poder público, bem como de outras que lhe sejam asseguradas ou transferidas do orçamento fiscal, e dos detalhamentos das programações relativas à saúde, à Previdência e à Assistência Social, que serão financiadas por tais receitas. Esse orçamento abrange todas as entidades e órgãos vinculados à Seguridade Social, da Administração Direta ou Indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.<sup>282</sup>

O artigo 198 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 29/2000, estabelece as ações e serviços de saúde como item que deve obrigatoriamente constar no orçamento e ainda os recursos mínimos que lhe devem ser previstos neste documento:

---

<sup>279</sup> Tem-se, dessa forma, que “o ciclo orçamentário com base na Constituição de 1988 (exige compatibilidade entre a LOA, LDO e PPA) desdobra-se em oito fases bem caracterizadas, quais sejam: 1ª) formulação do Planejamento Plurianual pelo Executivo; 2ª) apreciação e adequação do plano pelo Legislativo; 3ª) proposição das metas e prioridades da Administração Pública e da política de alocação de recursos pelo Executivo, por meio do projeto de LDO; 4ª) apreciação e adequação do projeto de LDO pelo Legislativo; 5ª) elaboração da proposta de orçamento pelo Executivo; 6ª) apreciação, adequação e autorização legislativa; 7ª) execução dos orçamentos aprovados; 8ª) controle, por meio da avaliação da execução e julgamento das contas da Administração” (*Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 90).

<sup>280</sup> Trata-se do detalhamento dos montantes das receitas que deverão ser captadas pelo Estado através do exercício do poder fiscal a ele delegado, bom como dos gastos e das programações que serão financiados por seu intermédio. Designa o plano de atuação fiscal do setor público para um determinado período ou exercício, ou seja, a sistematização das intervenções pelas quais serão implementadas as políticas fiscais estabelecidas (Cf. *A Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 83).

<sup>281</sup> “Orçamento de Investimento das Estatais: tipo de orçamento de caráter estritamente administrativo (não é submetido a apreciação do Poder Legislativo), que sistematiza e consolida os dispêndios das empresas estatais vinculadas ao poder Executivo da União, estados e municípios (entendidas como tais não só as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as suas subsidiárias, as empresas controladas pela União, as autarquias, as fundações instituídas ou mantidas pelo poder público e os órgãos autônomos), bem como baseia o controle sobre a sua execução” (*Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 84).

<sup>282</sup> *A Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 84.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.<sup>283</sup>

Importante agregar às explicações sobre o orçamento o conceito de despesa pública que, no entendimento de Aliomar Baleeiro, consiste no “conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos” ou, ainda, a “aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”.<sup>284</sup> As definições dão bem a idéia da noção de despesa pública, ou seja, após traçar as finalidades que deve atender, qualificadas como de interesse público, o Estado vai se abastecer de dinheiro para atendê-las e cumprir seu objetivo.<sup>285</sup>

<sup>283</sup> Mais uma vez cumpre lembrar que a regulamentação da Emenda Constitucional n. 29 não havia se concretizado até o término deste trabalho.

<sup>284</sup> *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 65.

<sup>285</sup> Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes e HORVATH Estevão. *Manual de Direito Financeiro*, cit., p. 62. As despesas, lembram os autores, classificam-se em despesas correntes e de capital (artigo 12 da Lei n. 4.320/64). “As primeiras são as de custeio (pessoal civil, militar, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos) e de

A decisão de quais serão as despesas públicas que devem ser incluídas no orçamento público é uma decisão política, conforme entendimento de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para o seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.<sup>286</sup>

Porém, é importante observar que, apesar de tratar-se de decisão política, há certos limites constitucionais que devem ser respeitados para a elaboração do orçamento. Mais importante é atentar para que esta decisão política não pode ser tomada com plena liberdade, mas sempre respeitando as prioridades e os limites constitucionalmente estabelecidos. A propósito da alocação dos recursos públicos em obediência à Constituição e para a implementação de direitos sociais, pontuam Victor Abramovich e Christian Courtis que o Estado comprometeu-se a assumir um catálogo de prioridades, devendo, portanto, dedicar seus recursos preferencialmente ao cumprimento dessas obrigações antes de voltar-se a outras áreas. Sendo assim, “a constatação da omissão no cumprimento deste compromisso deve dar lugar a uma declaração de que este descumprimento é violador do direito em questão”.<sup>287</sup>

No mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo destaca que:

---

transferências correntes (subvenções sociais, econômicas, inativos, pensionistas, salário família e abono familiar, juros da dívida pública, contribuições de previdência social e diversas). As de capital comportam os investimentos (obras, serviços em regime de programação especial, equipamentos e instalações, material permanente, participação em constituição ou aumento de capital de empresas ou entidades industriais ou agrícolas), as inversões financeiras (aquisição de imóveis, participação em aumento ou constituição de capital de empresas ou de entidades comerciais ou financeiras, aquisição de títulos representativos de capital de empresas em funcionamento, constituição de fundos rotativos, concessão de empréstimos e diversos) e transferências de capital (amortização da dívida pública, auxílios para obras públicas, auxílios para equipamentos e instalações, auxílio para inversões financeiras e outras contribuições” (*Manual de Direito Financeiro*, cit., p. 65-66).

<sup>286</sup> *Manual de Direito Financeiro*, cit., p. 65.

<sup>287</sup> *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 135, tradução livre.

O orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que foi constitucionalmente fixada.<sup>288</sup>

Quando se trata de fornecimento de medicamentos pelo Estado, a regra geral, de fato, é a de que os órgãos públicos necessitam de disponibilidade orçamentária para iniciar um processo de aquisição de medicamentos. Contudo, se necessário para atender aos pedidos judiciais, poderão ser utilizados recursos de reserva de contingência, a ser considerada na lei de diretrizes orçamentárias, que nada mais é do que um mecanismo de prevenção de riscos e previsto justamente para que o Poder Público possa dar conta de situações contingentes, ocasionais.<sup>289</sup>

Os princípios orçamentários e as demais regras aplicáveis à elaboração do orçamento público servem para nortear a atuação do Poder Executivo, da Administração Pública. Mas, para além de iniciar os contornos do tratamento que deve ser dado ao orçamento, a Constituição também dita o destino prioritário das despesas públicas, indicando onde prioritariamente deve ser empregado o dinheiro público. Dito de outro modo, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição que determina entre os objetivos fundamentais a promoção da dignidade humana, tarefa a cujo cumprimento as autoridades públicas estão vinculadas. Não é possível concretizar a dignidade humana sem a garantia do direito à saúde.

---

<sup>288</sup> Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional. *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÈ, Edis (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.498.

<sup>289</sup> Conforme CONASS, *A Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 96. Esta orientação é formulada quando do tratamento da Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo artigo primeiro traz como postulados da responsabilidade na gestão fiscal: ação planejada e transparente; prevenção de riscos e correção de desvios que afetem o equilíbrio das contas públicas; e garantia de equilíbrio nas contas, via cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, com limites e condições para a renúncia de receita e a geração de despesas com pessoal, seguridade, dívida, operações de crédito, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar. A prevenção de riscos deve estar presente durante o processo de planejamento e a LRF preconiza a adoção de mecanismos para neutralizar o impacto dessas situações cujos recursos necessários para implantação devem estar previstos em reserva de contingência (*A Gestão Administrativa e Financeira do SUS*, cit., p. 95 e ss.).

#### 4.5 A Reserva do Possível

Reforçando a idéia de que na interpretação do Direito é preciso levar em conta não só elementos jurídicos, mas também elementos da realidade, como as condições financeiras para a realização das prestações que estão atreladas à concretização dos direitos sociais,<sup>290</sup> vem ganhando espaço a figura da reserva do possível.<sup>291</sup>

É justamente o condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos que recebe a denominação de reserva do possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a própria denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo, do que se depreende a estreita ligação deste instituto com as colocações dedicadas aos princípios orçamentários.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> Apesar de, como antes pontuado, os direitos civis e políticos também demandarem recursos para sua garantia, a reserva do possível vem sendo mais freqüentemente colocada como objeção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>291</sup> Paulo Gilberto Cogo Leivas atenta que: “Na discussão sobre as restrições aos direitos fundamentais sociais, a cláusula da reserva do possível é amiúde invocada. Ela foi referida no julgamento do caso *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Numerus clausus* é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação” (*Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 97-98).

<sup>292</sup> Américo Bedê Freire Júnior acrescenta que há questões interessantes relacionadas ao problema da reserva do possível no seu aspecto jurídico, como, por exemplo: “(a) política pública prevista no plano plurianual, mas não prevista na lei orçamentária; (b) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; (c) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém realizada apenas em parte no exercício próprio; (d) possibilidade de o juiz determinar a inclusão de política pública no próprio plano plurianual; (e) problema de que a previsão na lei orçamentária anual não gera direitos subjetivos nem obriga o administrador a realizar a despesa prevista; (f) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, mas ainda não efetivada.” Quanto à hipótese (e) o autor ressalva que, apesar de não exigir uma obrigatoriedade da realização da despesa prevista na lei orçamentária anual, isto não pode ser utilizado para justificar o não atendimento de direitos fundamentais. Poder-se-ia dizer, conclui o autor, que comprovada a necessidade fática,

Muitas conclusões vêm sendo extraídas a partir da consideração de que a reserva do possível é sempre aplicável quando se trata de direitos sociais, incluindo entre eles o direito à saúde. São exemplos: a reserva do possível implica a total desvinculação jurídica do legislador quanto à concretização dos direitos sociais; significa “*tendência zero*” da eficácia jurídica das normas constitucionais sobre direitos sociais; a reserva do possível impõe *gradualidade* na implantação desses direitos, tendo em conta especialmente os limites financeiros; e ainda implica *insindicabilidade*, ou seja, impossibilidade de judicialização, das opções legislativas que dão densidade às normas constitucionais que abrigam direitos sociais.

J. J. Gomes Canotilho não deixa de ressaltar a problemática dos custos dos direitos, especialmente dos que exigem prestações positivas, mas pondera sobre o conceito de reserva do possível a partir das assertivas acima, que ele mesmo traz para seu raciocínio:

Há uma dose de verdade em todas estas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas políticos-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns “dogmas” contra os direitos sociais.<sup>293</sup>

---

há sim uma obrigatoriedade de realização da despesa, não existindo qualquer discricionariedade ao administrador público (*Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 76-77).

<sup>293</sup> Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 107-108.

Andreas J. Krell explica que esta teoria representa uma adaptação de criação da jurisprudência constitucional alemã, que vem sustentando que os direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estão condicionados à disponibilidade de recursos financeiros e que, por sua vez, as decisões acerca desta disponibilidade ficam a cargo dos governos e parlamentos.<sup>294</sup>

Contudo, como salienta o mesmo autor, é preciso tomar cuidado com os conceitos constitucionais transplantados. O Brasil faz parte de contexto socioeconômico e cultural completamente diferente do europeu, onde o Estado Providência ainda não está devidamente implantado. A transferência mal conduzida do conceito da reserva do possível implicaria a adoção de solução estrangeira que não guarda coerência com a realidade e as necessidades da sociedade brasileira. Segundo o autor:

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, cit., p. 52. Ele explica que: “Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (*Direitos Sociais e Controle Judicial...* cit., p. 52).

<sup>295</sup> *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 54. E o autor ainda pontua: “O modelo de Estado Social vigente na Alemanha de hoje tem como pontos básicos a industrialização, a tecnologia, a comunicação e a racionalidade na gestão dos serviços públicos. O estado não é chamado somente para preservar e proteger o funcionamento livre da ordem econômica, mas para desenhar e planejar a vida social e o futuro da sociedade como um todo. Esse tipo de Estado Social já ultrapassa nas suas finalidades e pretensões o modelo clássico do Welfare State e procura a harmonia entre, num lado, idéias liberais de uma economia livre e, no outro, a igualdade de chances e distribuição de riquezas” (*Direitos Sociais e Controle Judicial* . cit., p. 44).

Ainda mais cautela deve-se ter ao utilizar a reserva do possível e as conseqüências dela advindas nos casos brasileiros. Este é o alerta do autor trazido aqui, o que não significa afastar de pronto os problemas da limitação de recursos públicos para dar conta de todos os anseios da sociedade brasileira.

Se, de um lado, a prática de assegurar direitos sem se preocupar com os meios hábeis a realizá-los pode ocasionar a desmoralização e inocuidade dos mesmos no mundo real; por outro, deixar de fazê-lo sob o argumento cotidiano de falta de recursos pode impedir mudanças sociais conforme ambicionado e determinado pela Constituição.

Tomando as lições de Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira que adiantam o entendimento de que o mínimo vital pode afastar a alegação da reserva do possível, onde está incluída a saúde:

A “reserva do possível” não pode acarretar a ineficácia do direito. Ainda assim, chama atenção o caso concreto [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45], no que se discutiu a abrangência da cláusula da “reserva do possível” para o direito à saúde, o que beira uma ousadia indevida. Isso porque, no caso brasileiro, como se ensina, o mínimo essencial dos direitos seria a garantia à saúde e à educação básica, pontos nos quais não se poderia chegar a cogitar de descumprimento “justificado” da Constituição Federal, por questões de caixa. Com sinceridade à Constituição, tamanha a essencialidade do direito que seria incogitável sua análise à luz de discussões técnico-orçamentárias.<sup>296</sup>

Veja-se, portanto, que há modos de se tratar a reserva do possível: como “cláusula supralegal de descumprimento da Constituição” e com seriedade, buscando “o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais”.<sup>297</sup>

---

<sup>296</sup> Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Ano 8, n. 15, 2007. Disponível em <http://www.institucional.us.es/araucaria>, acesso em 15 de setembro de 2007.

<sup>297</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 75.

## **5 A PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA SOBRE INTERESSES ADMINISTRATIVOS E FINANCEIROS**

### **5.1 O mínimo vital**

Partindo de uma visão sistemática da Constituição Federal e de todo o ordenamento jurídico, para se chegar à melhor conclusão diante de um caso concreto é preciso identificar as normas que tratam do assunto em questão, identificando e ordenando os princípios e as regras pertinentes, para depois confrontá-las com as demais existentes. Especificamente quanto às normas constitucionais, vale lembrar que a unidade da Constituição exige a convivência harmônica de suas disposições.

Nesse sentido, o direito à saúde foi apontado desde o início como integrante do núcleo da dignidade da pessoa humana, fazendo parte, portanto, do mínimo existencial. Posteriormente, as normas constitucionais, leis e regulamentos que se dedicaram à matéria, com foco no fornecimento de medicamentos, foram delineados. E ainda, outras normas e princípios do ordenamento brasileiro, que poderiam ser vistos como oposição aos primeiros, foram pontuados no capítulo anterior.

Passa-se aqui a delinear com maior atenção o conteúdo integrante do que se convencionou chamar de mínimo vital, especialmente no que se refere aos direitos sociais. O objetivo é destacar, levando em conta o posicionamento dos autores colacionados, a unanimidade quanto à inclusão do direito à saúde neste conteúdo mínimo. O exposto neste item, que se soma ao tratamento conferido ao direito à saúde e aos contornos de sua eficácia jurídica expostos durante todo o trabalho, contribuirá para uma visão menos complexa do confronto com as supostas objeções ao fornecimento de medicamentos pela via judicial.

A discussão da teoria do mínimo vital vem crescendo na doutrina constitucional, mas pode-se dizer que ainda é pouco refletida na jurisprudência do país.

Segundo Andreas Krell, a teoria do mínimo vital ou existencial tem a função de “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem sua existência digna”.<sup>298</sup>

O mínimo existencial corresponde, então, a um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência digna, condizente não apenas com a sobrevivência física e a manutenção do corpo, mas também espiritual e intelectual, sem o que não se viabiliza a possibilidade de participação dos indivíduos nas deliberações públicas e muito menos a de ser capaz de tomar as rédeas de seu próprio desenvolvimento.<sup>299</sup> Cristina Queiroz contribui para o desenho do mínimo existencial:

Assim, quando o legislador procede à concretização dos direitos fundamentais, deve-lhe ser traçado um “limite último”, “extremo” e “intransponível” (*äuBerste Grenze*). Daí a expressão “barreira última” (*Schranken-Schranke*) referida no n. 2 do artigo 19º da Lei Fundamental de Bona e no artigo 18º/3, “in fine”, da Constituição de 1976.

É, pois, nessa “função positiva” (e não meramente “negativa” ou “proibitiva”) de concretização dos direitos fundamentais que se formula o “conteúdo essencial”. Este pode representar nas mãos do juiz constitucional um instrumento valioso, *v. g.*, em razão da cláusula da “dignidade da pessoa humana” do artigo 1º da Constituição ou mesmo da “função social” que se reconhece, em geral, aos direitos fundamentais.<sup>300</sup>

A mesma autora lembra que o legislador e o administrador não só estão obrigados a garantir esse conteúdo mínimo, como também “não poderão suprimir completamente, sem contrapartida, as disposições legais e administrativas correspondentes. Nestas circunstâncias, caberá reconhecer aos direitos fundamentais sociais um conteúdo mínimo, que corresponde à extensão e ao alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e que não pode ser diminuído”.<sup>301</sup> Cristina

---

<sup>298</sup> *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 62.

<sup>299</sup> Conforme BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 230.

<sup>300</sup> *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 189.

<sup>301</sup> *O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 26. Esta autora portuguesa traz a relação entre o mínimo existencial e a proibição de retrocesso social comentando decisão do

Queiroz argumenta ainda que o “standard mínimo incondicional” não deve ser interpretado de forma restritiva, mas deve ser progressivamente fixado e desenvolvido numa perspectiva aberta e casuística.<sup>302</sup>

Relembrando a já apontada relação intrínseca do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, tem-se que o princípio da dignidade humana possui eficácia jurídica, especialmente para vincular e condicionar a atividade interpretativa, para impedir atos e normas que lhe sejam contrários e para vedar aqueles que impliquem retrocessos. Mas seu núcleo essencial, ou seja, o mínimo vital, possui eficácia integral, ou seja, positiva.<sup>303</sup>

Luiza Frischeisen aponta que o referido mínimo existencial para a sobrevivência incluirá, de início, um atendimento básico e eficiente à saúde e, conseqüentemente, o acesso aos medicamentos necessários, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas; à educação – pelo menos de primeiro grau – e a garantia de moradia.<sup>304</sup>

Luís Roberto Barroso identifica o mínimo existencial como “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada

---

Tribunal Constitucional português: “Entre nós, no Acórdão n. 509/2002, o Tribunal Constitucional sublinhou que o “retrocesso social” operaria tão-só quando se pretende atingir o “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, ou seja, quando “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, se pretenda proceder: – a uma “anulação, revogação ou aniquilamento pura e simples desse núcleo essencial”; – quando a alteração redutora se faça com violação do “princípio da protecção da confiança”; – ou se atinja o “conteúdo” de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade” (*O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, cit., p. 95).

<sup>302</sup> *O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, cit., p. 93.

<sup>303</sup> Barcellos completa: “[...] pode-se concluir, inicialmente, que se os princípios que versam sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, os de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo, a eles devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes. No caso e, em especial, a positiva ou simétrica, e não apenas as modalidades interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso, cuja capacidade de aproximar a eficácia jurídica do efeito isolado do enunciado é muito mais limitada” (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 235).

<sup>304</sup> *Políticas Públicas – A Responsabilidade Administrativa e o Ministério Público*, cit., p. 68.

sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.<sup>305</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet indica que a composição do mínimo existencial certamente conta com verdadeiros direitos subjetivos a prestações, “mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador”. Nessa linha, destaca a íntima relação de tais direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, elencando então o direito ao salário mínimo, à moradia, à assistência e previdência social, bem como o direito à saúde.<sup>306</sup> E destaca a relevância, nesta seara, do direito à saúde, do seguinte modo:

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais ora referidas, **é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.** Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.<sup>307</sup>

A preservação do “mínimo de existência condigna” é sempre qualificada de direito subjetivo para Cristina Queiroz, sendo garantida nos mesmos moldes dos

---

<sup>305</sup> *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 2007. p. 10-11.

<sup>306</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 321 e 352.

<sup>307</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 326, sem grifos no original.

direitos fundamentais de defesa. No entendimento da autora, se o fundamento do conteúdo mínimo existencial é o princípio da dignidade da pessoa humana, “o direito encontra-se garantido não a título de direito fundamental social, mas a título de direito de defesa, isto é, sujeito ao regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias”.<sup>308</sup> Nesse sentido, especifica:

não vemos como, em relação aos direitos fundamentais sociais mais básicos, como o trabalho, a saúde e a educação, estes não possam ser concebidos e valorados como “direitos prestacionais de natureza subjectiva” naquilo que neles possa ser tido por eminentemente “pessoal”, isto é, directamente decorrente do princípio da “dignidade da pessoa humana” na sua dupla dimensão “individual” e “social”, numa palavra, “ser socialmente integrado”.<sup>309</sup>

Para Ana Paula Barcellos o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Para a autora, a educação e a saúde formam “um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente”. Essas prestações não se concentram necessariamente na infância e na juventude, sendo que a saúde básica, na expressão da autora, acompanhará a pessoa por toda a vida e a educação fundamental poderá ser prestada em qualquer fase da vida. A assistência aos desamparados diz respeito a um conjunto de pretensões “cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo”.<sup>310</sup>

Estando nítido o consenso entre os citados autores de que o direito à saúde integra o núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana, fazendo parte, portanto, do mínimo existencial, resta ainda o questionamento acerca do mínimo vital em saúde. Dito de outro modo, seria possível se falar em mínimo vital da saúde no

---

<sup>308</sup> *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 95.

<sup>309</sup> *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 155.

<sup>310</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 288.

Brasil, ou seja, seria possível eleger *a priori*, entre as prestações relativas ao direito à saúde, aquelas aptas a serem exigidas judicialmente? E, sendo a resposta afirmativa, quais ações, serviços e insumos integrariam o mínimo vital do direito à saúde?

Vale dizer que o enfrentamento deste questionamento parece trazer contribuições significativas para a superação das objeções ao acesso a medicamentos por meio de ordem judicial direcionada aos gestores públicos de saúde, iniciada no capítulo anterior e neste concluída. Isso porque tanto as objeções acima comentadas como a proposta de se eleger o mínimo vital de saúde acabam por confluir no mesmo sentido, qual seja, traçar limites objetivos para o direito à saúde. No primeiro caso, trata-se de restringir o direito à saúde àqueles medicamentos definidos ou eleitos pelo administrador público e, portanto, constantes das listas públicas. Somente estes integrariam o direito à saúde no que se refere à possibilidade de exigí-los pela via judicial, caso não fornecidos prontamente.<sup>311</sup> No segundo, mínimo vital da saúde, trata-se de eleger aqueles serviços e ações mais essenciais, mais diretamente relacionados com as condições materiais mínimas de uma vida digna, esses sim os que deveriam ser garantidos a toda coletividade e, por conseguinte, passíveis de serem exigidos judicialmente.

O que se pretende com a afirmação acima é apenas chamar a atenção para o fato de que, embora sob nuances diferentes, algumas das considerações feitas a seguir sobre a inviabilidade de se discutir o mínimo vital da saúde no Brasil – porque colocam luzes em características do direito à saúde e à vida – também podem servir para sustentar a impropriedade de se tomar as relações públicas de medicamentos como limitadoras do direito à saúde ou, ao contrário, para sustentar a possibilidade de o Poder Público extrapolar seus regulamentos, suas relações públicas de medicamentos, o que se torna obrigatoriedade quando necessário para a recuperação da saúde de um indivíduo.

---

<sup>311</sup> Ressalva-se, contudo, que, para os defensores das limitações do Estado, o argumento da insuficiência de recursos, mesmo para os medicamentos das listas, ainda poderia subsistir.

Nessa linha, toma-se como ilustração a posição de Ana Paula Barcellos para o mínimo vital em saúde e de Luís Roberto Barroso para os medicamentos passíveis de judicialização.

Ana Paula Barcellos, reconhecendo as limitações do ineditismo de se traçar de modo mais concreto os componentes do mínimo vital, elenca alguns aspectos da saúde, da educação e da assistência aos desamparados, como já ficou evidenciado acima. Especificamente sobre a saúde elenca: (i) a prestação do serviço de saneamento básico; (ii) o atendimento materno-infantil; (iii) as ações de medicina preventiva;<sup>312</sup> (iv) as ações de prevenção epidemiológica.

Ao traçar o que chamou de *parâmetro para a alteração das listas de medicamentos no âmbito de ações coletivas*, Luís Roberto Barroso, que concentra a possibilidade de medicamentos não constantes nas relações públicas serem fornecidos apenas se, mediante ação coletiva, for determinada a modificação das próprias listas, conforme antes mencionado, indica os requisitos: (i) necessidade de se tratar de medicamentos de eficácia comprovada; (ii) de se referir a substâncias disponíveis no Brasil; (iii) e, mais importante, de ser medicamento indispensável para a manutenção da vida, explicando que o medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outros que “apenas” proporcionem melhor qualidade de vida.<sup>313</sup>

De início, apesar de não tratar do mínimo vital em saúde, mas especificamente de medicamentos, a proposta de Barroso parece mais confortável do que a antecedente. Isso porque remete à análise caso a caso, já que somente será possível averiguar a necessidade de garantir a sobrevivência mediante consideração das condições do caso concreto. Contudo, como já frisado, ainda assim esse critério vai de encontro com o conceito de dignidade humana que, para além da sobrevivência, exige

---

<sup>312</sup> A autora aponta como um parâmetro interessante para as ações de medicina preventiva a cobertura prevista para o chamado plano ambulatorial, conforme previsão da Lei n. 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde. Estariam então incluídas neste item consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, serviços de apoio diagnóstico e tratamento e demais procedimentos ambulatoriais (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 314).

<sup>313</sup> *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva*, cit., p. 31 e ss.

condições materiais mínimas para proporcionar a possibilidade de um projeto de vida, de autodeterminação, e de participação na vida política e social. Sendo assim, a qualidade de vida é também essencial, ainda que não seja a ideal.<sup>314</sup>

Apesar de reconhecer que quanto maior a definição maior a segurança e a clareza do rumo a ser seguido pelo legislador, pelo administrador e pelo aplicador do direito, não parece ser possível a elaboração de elenco previamente definido de prestações (e os direitos subjetivos correspondentes) a comporem o mínimo existencial, especialmente no que diz respeito à saúde. Ingo Sarlet pontua que “todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõem o mínimo existencial”.<sup>315</sup> O autor explica melhor:

O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afina com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível.<sup>316</sup>

No mesmo sentido Cristina Queiroz sustenta que a tarefa de delimitação do conteúdo essencial como “limite dos limites” ou “barreira última” da concretização do direito social em questão, tarefa complexa, resulta essencialmente da atividade do intérprete. Para esta autora não é possível traçar, abstratamente, o valor absoluto

---

<sup>314</sup> A esse respeito pondera Ingo Sarlet: “Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Por derradeiro, registre-se lição de H. Scholler, professor emérito da Universidade de Munique, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade’” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 324).

<sup>315</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 353.

<sup>316</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 353-354.

desses direitos de modo uniforme para todos os casos. Sendo assim, a determinação exata do conteúdo essencial dependerá dos outros interesses presentes.<sup>317</sup>

Paulo Gilberto Leivas também está na mesma linha, defendendo uma “teoria ampla do tipo normativo”,<sup>318</sup> que não exclui *prima facie* quaisquer prestações, mesmo as que, à primeira vista, possam ser consideradas de menor importância. Para o autor:

a vantagem da teoria ampla do tipo normativo é a de que exige sempre uma fundamentação dos casos jusfundamentais e também está aberta à complexidade da vida e da sociedade. Como já dito, é mais honesto dizer ao indivíduo que a prestação que ele quer seja prestada pelo Estado não é tão importante a ponto de justificar a superação dos princípios colidentes, do que afirmar simplesmente que determinada prestação não se inclui dentro do tipo normativo do direito fundamental social.<sup>319</sup>

Neste contexto, torna-se muito difícil admitir a possibilidade de vislumbrar alguns serviços e ações de saúde mais essenciais do que outros, seja porque atinentes à prevenção ou mais básicos, seja porque direcionados aos males que mais atingem a população, seja porque possuem a melhor relação custo-benefício. Imagine a situação de uma pessoa que, tendo garantidas consultas médicas e exames básicos, descobre ter doença séria cujo tratamento é especializado e complexo, como é o caso do câncer, o qual, por não ser tido como mínimo existencial da saúde, seguindo a proposta de Barcellos, não poderá ser exigido judicialmente caso não fornecido prontamente pelo Poder Público. Dependendo do caso, ter-se-á verdadeira tortura, pois o doente nada poderá fazer a não ser esperar pela piora de sua saúde e por sua morte.

---

<sup>317</sup> *Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 188-189.

<sup>318</sup> A “teoria ampla do tipo normativo” se contrapõe à “teoria estreita do tipo normativo” que, segundo o autor, parte de determinado nível de prestação de cada um dos direitos fundamentais sociais, promovendo uma interpretação estreita do bem protegido. Como exemplo, Leivas traz que o direito à saúde compreenderia apenas a assistência médica de emergência e atendimentos básicos (*Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006. p. 107).

<sup>319</sup> *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 107-108.

Embora a busca por maior segurança e racionalidade, não se pode negar: as incongruências oriundas da fixação *a priori* de um mínimo vital do direito à saúde; a incompatibilidade das tentativas nesse sentido, expostas no texto, com da idéia da dignidade da pessoa humana; e ainda a realidade brasileira que também contribui para afastar esta possibilidade. Considerações no mesmo sentido parecem caber bem à limitação intransponível que as relações de medicamentos elaboradas pelos gestores de saúde têm significado para alguns.

## **5.2 A dignidade humana e o mínimo vital ante as supostas objeções ao acesso aos medicamentos**

Levando em conta tudo o quanto dito até aqui a respeito do direito à saúde, corolário do direito à vida, direito humano fundamental de eficácia e aplicabilidade imediata, e especialmente o conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, passa-se a confrontar cada uma das objeções supra-indicadas, de modo que demonstre a já iniciada superação das mesmas.

Como antes referido, a **separação dos poderes** por si só não constitui uma objeção apta a impedir a atuação do Poder Judiciário, ainda mais no caso de fornecimento de medicamentos, que diz respeito à garantia da saúde e da vida. Ao contrário, a vida real dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estado Social depende da atuação dos juízes que não podem se colocar como reféns, e arrastar a população a esta condição, de normas infralegais que por vezes não refletem qualquer preocupação com os princípios e valores constitucionais. A atuação do Judiciário no cumprimento dos direitos fundamentais e especificamente do direito à saúde é sustentada por vários autores.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Além dos citados neste ponto, cf. também SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado*, cit.; e FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit.

A neutralidade política do Judiciário e os juízes racionais, imparciais e neutros que, privilegiando a segurança jurídica, apenas se valiam de métodos lógico-dedutivos e não criativos de aplicação do Direito, deve dar lugar às exigências de direito material “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico’. O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele ‘não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?’”, questiona Andreas Krell.<sup>321</sup>

Lenio Luiz Streck sustenta o relevante papel a ser desempenhado pelo Judiciário, ao afirmar que:

A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell [Andreas J. Krell], ali “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestação dos serviços sociais básicos”.<sup>322</sup>

A separação dos poderes convive perfeitamente com a eficácia jurídica da dignidade humana, com o mínimo vital. Este núcleo existencial pode e deve ser objeto do mais amplo controle judicial. Cabe ao Judiciário não apenas impedir a violação de seus dispositivos, mas garantir que seus efeitos sejam produzidos e que as condutas necessárias para tanto sejam praticadas. Victor Abramovich e Christian Courtis também defendem que a execução das políticas

---

<sup>321</sup> *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 73.

<sup>322</sup> O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 203.

públicas que lhes darão cumprimento pode sim ser imposta pelo Poder Judiciário e as sentenças obtidas podem se constituir em importantes instrumentos de orientação dos agentes políticos para as necessidades da população, ao lado das atividades de *lobby* e das demandas político-partidárias.<sup>323</sup>

Ao argumento de falta de legitimidade e de representatividade popular democrática do Poder Judiciário, o que inviabilizaria decisões judiciais sobre políticas públicas, embora não se vá aprofundá-los, apontam-se brevemente dois aspectos: a crise dos parlamentos e das maiorias políticas<sup>324</sup> e os limites impostos pelos direitos fundamentais. O regime democrático, soberania popular e governo da maioria, tem como pressuposto os direitos humanos fundamentais, individuais e sociais, que devem ser garantidos a todos, maiorias ou minorias. Nas palavras de Canotilho:

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer “absolutismo da maioria” e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.

A maioria não pode dispor de toda a “legalidade”, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar

---

<sup>323</sup> Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales. Contextos. *Revista Crítica de Derecho Social*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, n. 1, 1997. p. 22.

<sup>324</sup> A esse respeito, parecem pertinentes as considerações de Canotilho de que, tratando da crise da Constituição e das teorias de direitos fundamentais, aponta o que denominou *problemas de mal-estar*. Para o autor: “Os problemas de mal estar cívico e político afectam a credibilidade das ‘tábuas da lei’ mesmo no campo mais sedimentado dos direitos individuais fundamentais. Os fenômenos de corrupção, clientelismo trouxeram para a arena político-social a ‘crise da representação’, do ‘Estado de partidos’, da ‘política’ e dos políticos. O direito de voto, a liberdade partidária, o mandato livre, o direito de acesso aos cargos públicos, a igualdade no tratamento tributário, pouco valem numa sociedade política varrida pelo tráfico de influências, o clientelismo e a corrupção” (O Tom e o Dom na Teoria Jurídico Constitucional dos Direitos Fundamentais. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 122). Ana Paula de Barcellos também trata da questão trazendo várias razões que fundamentam a legitimidade do Judiciário para tratar, quando necessário, da implantação dos direitos sociais, entre elas: a independência dos magistrados; a obrigatoriedade de a atividade jurisdicional se pautar com fundamento e limite nos enunciados normativos – fruto de manifestações majoritárias; o dever de o Judiciário prestar contas publicamente de suas decisões, motivando-as explicitamente; a possibilidade de revisão das decisões judiciais por órgãos superiores, não veiculando necessariamente uma vontade única e possibilitando a correção de eventuais equívocos; o caráter essencialmente participativo do processo jurisdicional, mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que o contraditório é amplamente assegurado às partes; mesmo os grupos minoritários terão acesso ao Judiciário para assegurar seus direitos, ainda que não tenham acesso ao processo político (Cf. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 255-256).

disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário).<sup>325</sup>

Também deve ser lembrado aqui que a Constituição Federal brasileira confere ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda e que qualquer juiz, por meio do controle difuso de constitucionalidade, deve fazer valer a Constituição, independentemente de alegação da parte. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, fundada na garantia dos direitos fundamentais e na democracia substancial. E os direitos fundamentais não devem ser sacrificados em favor dos interesses da maioria. “Centrando-se o foco nos direitos fundamentais, o papel do juiz – tomando-se por referência o estado constitucional – é de garantidor da intangibilidade dos direitos individuais do cidadão e não de protetor dos interesses da maioria”.<sup>326</sup>

Como se vê, a separação dos poderes não é fim em si mesmo, valendo relembrar que seu maior intuito, quando de seu surgimento, foi conferir efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista. A principal característica do movimento constitucionalista foi a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico. E, nessa linha, todos os direitos fundamentais, de todas as gerações, devem ser protegidos pela separação dos poderes, já que a indivisibilidade é uma característica desta espécie de direitos. Parece mesmo um absurdo afirmar que a separação dos poderes poderia configurar entrave para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que esta interpretação aniquila a própria razão de ser da separação dos poderes.<sup>327</sup>

O Judiciário, portanto, deve atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição, especialmente quando os Poderes Legislativo e

---

<sup>325</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 329.

<sup>326</sup> Cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 55 e ss.

<sup>327</sup> Cf. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 38.

Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos fundamentais. Engrossa o chamamento do Judiciário ao seu novo papel a composição da Carta de 1988, formada por princípios e regras. Os princípios, como já se viu, exigem postura diferenciada do juiz, cuja atuação é também responsável por conferir-lhes densidade. A atividade judicante concretiza diretamente o conteúdo dos princípios constitucionais, sempre que necessário. Nessa linha, mas atentado para eventuais excessos, Paulo Bonavides leciona:

Tocante ao princípio da separação dos Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto, ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais [...].

A separação dos Poderes instala-se, portanto, tecnicamente numa Sociedade de extrema complexidade, por onde trafegam velozes três gerações de direitos fundamentais – e estamos, já, às vésperas da quarta, em adiantado estado de gestação! –, as quais, para se concretizarem, impetram uma hermenêutica de princípios sujeitos a colidirem, não havendo, porém, instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado democrático de Direito do que a jurisdição constitucional. Sua ascendência pode, todavia, abalar o compromisso da separação e ocasionar, em favor de um só dos Poderes, oscilações de competência suscetíveis de fazer o próprio princípio malograr. [...]

Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio; enquanto Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

Por fim, concluindo essa ligeira análise à convergência de mutações que podem estruturar uma nova e mais sólida teoria de valores, cabe referir, por igual, a proporcionalidade [...], não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma

eventual colisão de princípios; isto sobretudo tocante à interpretação de direitos fundamentais.<sup>328</sup>

No que se refere especificamente sobre a **discricionariedade**, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen esclarece que:

O administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. Os meios pelos quais deve atuar também já se encontram determinados, bem como, em várias áreas, suas fontes de custeio.<sup>329</sup>

Como já se disse antes, a discricionariedade do Poder Público ao eleger os medicamentos que integrarão suas listas – nacionais, estaduais e municipais, não tem o condão de atribuir-lhe liberdade total. A escolha dos medicamentos deve ser orientada por critérios específicos, conforme abordado no terceiro capítulo, a depender da espécie de medicamentos em apreço – essenciais, estratégicos, excepcionais. Esta escolha também deve seguir os passos dos Protocolos de Diretrizes e Consensos Terapêuticos, orientar-se pela total transparência, além de ser periodicamente revisada. Quanto mais atento e mais conhecedor das necessidades de saúde da população, mais feliz será o ente público na eleição daqueles integrantes de sua lista e mais perto estará do cumprimento de seu dever discricionário.

Ainda, assim, sempre existirão as pessoas cujo tratamento de sua saúde não estará abrangido pelas escolhas públicas. E várias razões podem ser apontadas, como, a título de exemplo, a raridade da doença em questão, as peculiares características do avanço de determinada doença, ou ainda as

---

<sup>328</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 634-635.

<sup>329</sup> *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público*, cit., p. 95-96.

especificidades de determinado problema de saúde no caso específico de um indivíduo.<sup>330</sup>

A unidade e os princípios específicos do Sistema guardam perfeita correspondência harmônica com a Constituição Federal. Em termos gerenciais, certamente, a regulamentação específica que cria as listas de medicamentos do SUS é de grande valia para o funcionamento da rede pública de saúde. Contudo, não pode sobrepor-se à lei e à Constituição de modo que dificulte ou impeça a garantia de direito humano fundamental.

No caso do enfoque aqui tratado, o interesse público a ser perseguido pelos administradores do Sistema Único liga-se ao direito à saúde e à vida, direitos humanos fundamentais. Sendo assim, a exclusão *a priori* do fornecimento daqueles medicamentos não eleitos para as relações públicas poderá significar desrespeito ao conteúdo jurídico de tais direitos. Dito de outro modo, ainda que se tenha alguma margem de discricionariedade quando da seleção dos medicamentos integrantes das relações públicas, esta não tem o condão de vedar o fornecimento de quaisquer outros medicamentos, o que deverá ser feito mediante a análise dos casos concretos.

Muitas decisões judiciais vêm refletindo a esperada atuação do Poder Judiciário na exigência do cumprimento de direitos sociais e das políticas públicas a eles imanentes, não se intimidando com o tom por vezes intransponível dado à discricionariedade administrativa e à separação de poderes, que, como dito, andam juntas. Apenas para ilustrar, seguem trechos de duas ementas de acórdãos proferidos, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, apreciando justamente o tema deste trabalho, e de apelação cível julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determina à Anvisa o cumprimento de seu dever de polícia sanitária:

---

<sup>330</sup> A aids, por exemplo, conforme o tempo de tratamento se prolonga, origina pacientes multirresistentes que sempre dependerão de medicamentos mais novos, de novas tecnologias. Soma-se a isso, o fato de as características de saúde de determinado indivíduo, alergias por exemplo, tornar determinado tratamento não recomendável, originando a necessidade de outro mais específico e menos utilizado.

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. **Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. "O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com 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" (Ives Gandra da Silva Martins, in "Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).** Recurso especial provido.<sup>331</sup>

\*\*\*

ADMINISTRATIVO E MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO USO DE ORGANOFOSFORADO CLORPIRIFÓS EM FORMULAÇÕES DE DESINFETANTES DOMISSANITÁRIOS. CANCELAMENTO DOS REGISTROS DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESAS TITULARES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. COMPROVADA TOXICIDADE DOS PRODUTOS ELABORADOS À BASE DE CLORPIRIFÓS. RECONHECIMENTO PARCIAL DO PEDIDO PELA ANVISA. RESOLUÇÃO RDC-ANVISA N. 226, DE 28 DE SETEMBRO DE 2004. ARTS. 6º E 7º DA LEI 6.360/76. TUTELA INIBITÓRIA. PREVENÇÃO DO DANO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. REGULARIDADE DO PROCESSO DE REAVALIAÇÃO DO CLORPIRIFÓS EMPREENDIDO PELA ANVISA COM BASE NA RESOLUÇÃO RDC N. 135/2002. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. FINALIDADE PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL.

<sup>331</sup> REsp 353147 / DF, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 18.08.2003, sem grifos no original. Exatamente no mesmo sentido tem-se: REsp 338373/PR, 2ª Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, DJ 24.03.2003.

(...)

- Importa, aqui, novamente recordar expressiva passagem do parecer do MPF, a fls. 1.025-6, verbis: "31. Assim, não há falar em nulidade no procedimento levado a cabo pela ANVISA. 32. **Cabe registrar, por derradeiro, que a sentença não adentrou indevidamente na seara da discricionariedade administrativa. 33. É que o Administrador Público, ainda quando atue com certo grau de liberdade no que respeita a conveniência e oportunidade de determinados atos administrativos, não poderá jamais afastar-se da finalidade pública, a qual estará sempre jungido enquanto porta-voz dos interesses coletivos. Isso significa que a Administração, em qualquer nível de poder, ao fazer escolhas no campo da discricionariedade, deverá necessariamente se pautar pelo razoável e pelo eficiente, podendo-se falar, modernamente, que é mínima a margem de efetiva discricção, estando os atos administrativos sujeitos a uma sorte de liberdade vigiada, na feliz expressão de Rodolfo de Camargo Mancuso.** Em síntese, o controle judicial será legítimo sempre e quando a Administração Pública se afastar dos parâmetros referidos, podendo, inclusive, ensejar a aplicação de sanções de natureza ressarcitória, administrativa e política. 34. **No caso, a sentença incitou a ANVISA a observar o seu dever legal e institucional de exercer o poder de polícia sanitária, velando pela segurança das relações de saúde.** A proibição do uso de organofosforado clorpirifós em formulações de desinfetantes domissanitários e o cancelamento dos respectivos registros nada mais são do que conseqüências diretas do exercício das atribuições legais da agência reguladora, razão pela qual não há questionar o acerto da sentença monocrática proferida na ação civil pública. (...)<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup>AC 2004.71.00.020735-2, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 01/08/2006, sem grifos no original. No mesmo sentido, tratando de temas diversos e não só do direito à saúde, podemos ainda citar: Agravo de Instrumento 8014465300, TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Antonio Carlos Villen, data do julgamento: 28/07/2008; AC 2002.72.03.000824-7, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Vânia Hack de Almeida, julgado em 14/11/2005; AG 2007.04.00.000882-0, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 27/03/2007; AMS 2005.72.00.008340-2, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 08/08/2006; AC 2000.70.00.031763-0, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Vânia Hack de Almeida, julgado em 25/04/2005; AG 117267, TRF 2ª Região, 8ª Turma, Relator Poul Erik Dyrlund, DJU 23/01/2006; AC 362880, TRF 2ª Região, 7ª Turma, Relator Luiz Paulo S. A. Filho, DJU 30/11/2005; AgRg nos EDcl no RMS 17718 / AC, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 11/04/2006; REsp 647417/DF, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 09/11/2004; REsp 429.570/GO, STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11/11/2003; e, RE 131661 / ES, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/09/1995.

**A falta de alocação de recursos orçamentários (reserva do possível jurídica)** necessários à compra de medicamentos solicitados judicialmente não subsiste diante de prestação que integra o mínimo vital como é o caso. O Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos. Especialmente atenderá a Constituição Federal quando remanejar verbas inicialmente destinadas a atividades de menor ou pouca importância, como é o caso daquelas destinadas à publicidade governamental.<sup>333</sup>

Eros Roberto Grau, ao ser questionado sobre o conflito entre o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública (para o autor, inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário nos termos da normatividade constitucional, o que se equipara à necessidade de observância das normas constitucionais sobre o orçamento, reserva do possível jurídica) diz não ter dúvida quanto à prevalência do primeiro em relação ao último. A sujeição da Administração às decisões judiciais consubstancia, segundo o autor, “axioma de direito público”. E completa:

Assim, ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, quando em confronto com o princípio da legalidade da despesa pública, há de ser atribuído peso maior – e isso há de ocorrer sistematicamente, quando esse confronto se estabeleça (não visualizo situação nenhuma em que o inverso pudesse vir a ocorrer) – do que o revestido por este último. O acatamento ao princípio da legalidade da despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável.

---

<sup>333</sup>Só para se ter uma idéia, de acordo com a Secretaria da Comunicação Social da Presidência da República (Secom), os investimentos do Governo Federal em mídia totalizaram cerca de R\$ 1,1 bilhão em 2006 e R\$ 908,1 milhões em 2007. Fonte: [http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/Subsecretaria/noticias/ultimas\\_noticias/invest\\_midia2007/](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/noticias/ultimas_noticias/invest_midia2007/), consultado em julho de 2008.

Daí a conclusão que firmo: cumpre, no âmbito da situação de que estamos a cogitar – inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário *nos termos da normatividade constitucional* – atribuímos peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração àquelas decisões, do que decorre, pois, não se aplicarem ao caso as regras veiculadas pelo art. 167, II, pelo art. 85, VI, pelo art. 166, pelo art. 167, V, pelo art. 167, VI, e pelo art. 169 da Constituição de 1988 e pelo art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a eficácia dessas regras, em relação àquela situação, é afastada.<sup>334</sup>

Américo Bedê Freire Júnior pondera que, dependendo da urgência do caso concreto, o magistrado, evitando-se qualquer conflito com a falta de previsão orçamentária, pode determinar a inclusão no orçamento do ano seguinte da verba específica para atender à prestação por ele determinada em cumprimento das disposições constitucionais, citando como exemplo a construção de uma escola. Por outro lado, sendo necessário o cumprimento imediato da decisão, como, refere o próprio autor, é o caso de um remédio, haverá a colisão entre as disposições constitucionais sobre o orçamento e aquelas atinentes ao direito à saúde, ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Nesses casos, ensina o autor:

[...] haverá a prevalência da decisão [referência à decisão judicial que determinou a compra de medicamento ou realização de cirurgia], pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.

Ademais, quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídica somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição).

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.<sup>335</sup>

---

<sup>334</sup> Despesa Pública – Princípio da Legalidade – Decisão Judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro, 1994, p. 101-102.

<sup>335</sup> *Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 76.

Não há como negar a insuficiência de recursos para dar conta de todas as necessidades da população. Nesse sentido, **a reserva do possível**, ou melhor, os alertas acerca da limitação dos recursos financeiros não são falaciosos. O que tem beirado ao falacioso é o uso que dela se tem feito, tornando a reserva do possível argumento praticamente impeditivo da atuação judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação do direito à saúde e dos direitos sociais em geral. E, quanto ao mínimo existencial, os cuidados ao alegá-la devem ser ainda maiores, até porque, em face de prestações básicas, a regra é a de que a reserva do possível não pode subsistir.<sup>336</sup> Os órgãos e agentes públicos têm o dever de maximizar os recursos e reduzir os impactos da reserva do possível.

A denominada “reserva do possível jurídica”, que traz o empecilho da falta de previsão orçamentária para o gasto demandado pelo fornecimento de medicamento por meio de decisão judicial, pode muito bem ser superada, como explicitado acima, devendo prevalecer o direito fundamental à saúde, seja para determinar a inclusão no plano plurianual da despesa apta a concretizá-lo, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual. Não se trata de menosprezar o orçamento, mas tão-somente de não deixar argumentos formais se sobreporem à materialização da essência da Constituição. As regras relativas ao orçamento também não são um fim em si mesmo, ao passo que àquelas que cuidam dos direitos humanos fundamentais deve-se dar interpretação em prol de sua máxima efetividade.<sup>337</sup>

Resta apenas o argumento da incapacidade (fática) do Estado de arcar com referida despesa que não pode ser simplesmente alegada totalmente desvinculada de qualquer comprovação. Mas será que no caso do Brasil é possível fazer e comprovar tal alegação?<sup>338</sup> Ana Paula Barcellos bem indica que, fora os países em que

---

<sup>336</sup> Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 357.

<sup>337</sup> *Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 78.

<sup>338</sup> Para dar uma idéia de que a insuficiência fática de recursos pode ser afastada, vale lembrar os vultosos valores destacados ano a ano pelo governo a título de superávit primário. No primeiro semestre de 2008, o superávit primário, valor até então reservado pelo governo para o pagamento dos juros de sua dívida, foi de R\$ 86,116 bilhões, maior resultado da série histórica iniciada em 1991 e equivalente a 6,32% do Produto Interno Bruto (PIB). Nos 12

os níveis de pobreza são extremos, onde não se vê mesmo capacidade contributiva, os Estados têm grande mobilidade no que se refere à capacidade de crédito e à possibilidade de aumento de receita. No Brasil, como se sabe, a capacidade contributiva não apenas existe como é bastante significativa.<sup>339</sup>

Por sua vez, Américo Bedê Freire Júnior destaca:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública.

Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.<sup>340</sup>

Acrescente-se ainda a necessidade de se comprovar também o não desperdício dos recursos existentes, uma vez que a insuficiência não deixaria espaço para quaisquer desperdícios. Lamentavelmente, não é isso que se vê na realidade brasileira. Corrupção, fraudes, desvios e má gestão de verbas públicas, entre outros fatores, fazem com que vultosos recursos destinados à saúde não sejam utilizados para

---

meses do ano o total, que em 2007 foi de R\$ 101,6 bilhões – equivalente a 3,98% do PIB – deve chegar a R\$ 168,704 bilhões. Por sua vez, o orçamento da saúde para o mesmo ano, 2008, somou por volta de R\$ 48,20 bilhões, cerca de um terço daquele montante. Vale destacar que, para cumprir a meta de superávit primário acertada com o FMI, o governo eleva a arrecadação de impostos ou reduz os investimentos públicos, sobretudo na área social. Os números foram consultados nos seguintes sítios eletrônicos, em 27 de julho de 2008:

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/07/30/materia.2008-07-30.9885059178/view>

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/30/materia.2008-01-30.1595828952/view>,

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/11/materia.2008-03-11.2018173189/view>

<sup>339</sup> Projeção do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – aponta que a arrecadação tributária de todo o Brasil supere R\$ 1 trilhão entre o fim de 2008 e o início de 2009. A projeção é cerca de 19% maior que a receita proveniente de tributos registrada no ano de 2007, de R\$ 926,7 bilhões. Para 2009, a projeção do IBPT chega a R\$ 1,3 trilhão e para 2010 em R\$ 1,4 trilhão. Cf. <http://www.ibpt.com.br>, acessado em 30 de julho de 2008.

<sup>340</sup> *Controle Judicial de Políticas Públicas*, cit., p. 74.

o tratamento de doenças. No Brasil, entre janeiro de 2003 e julho de 2007, apenas a Controladoria Geral da União (CGU) apurou prejuízos de R\$ 513,2 milhões decorrentes de desvios, superfaturamentos e falhas na aplicação de recursos. O valor total no período chega a R\$ 613 milhões. Recentemente, em junho de 2008, foi divulgada pesquisa realizada por especialistas do Banco Mundial (Bird) que fizeram amplo estudo sobre a rede hospitalar brasileira. O relatório "Desempenho hospitalar brasileiro" conclui que o setor de saúde no Brasil gasta mal, desperdiça e é mal gerido, sendo reprovadas tanto unidades públicas como privadas. Os pesquisadores Gerard La Forgia e Bernard Couttolenc apresentaram o "escore de eficiência" dos hospitais: de uma escala de 0 a 1, a nota no Brasil é um amargo 0,34, sendo necessária uma reforma profunda no modelo atual. A falta de informações sistematizadas é um dos problemas. No sistema brasileiro de saúde, o centro do universo são os hospitais e, apesar de serem a maior fonte de gastos do sistema, há pouca informação sobre gastos e desempenho. Outro dos apontamentos é a grande quantidade de casos atendidos como alta complexidade e que demandariam tratamento mais simples e mesmo sem internação.<sup>341</sup>

Ainda que seja preciso compatibilizar a efetivação dos direitos, sobretudo dos direitos sociais, com a proclamada reserva do possível, isso não significa permissão para o não atuar do Estado. A imperatividade das normas constitucionais e dos direitos humanos fundamentais torna inaceitável que "em nome da **reserva do possível**, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade".<sup>342</sup>

Não se pode perder de vista que o direito à saúde e à vida assumem posição prioritária, uma vez que, sem esta garantia, todas as outras perdem sentido. É neste contexto que a falta recursos deve ser trabalhada pelos operadores do direito e

---

<sup>341</sup> Os dados foram retirados dos seguintes sítios eletrônicos, consultados em julho de 2008:

[http://www.presidencia.gov.br/estrutura\\_presidencia/Subsecretaria/noticias/clipping/noticias/assunto11/pq13jun2g/](http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/Subsecretaria/noticias/clipping/noticias/assunto11/pq13jun2g/)  
[http://www.estadao.com.br/nacional/not\\_nac75569,0.htm](http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac75569,0.htm)

<sup>342</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*, cit., p. 235.

não como limite fático à preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas. Não se trata de defender o acesso irrestrito a quaisquer medicamentos e de ignorar a existência de limites financeiros. Contudo, diante de pedidos pela vida e pela saúde, as objeções que se colocam ao acesso judicial aos medicamentos por meio do SUS podem ser superadas a partir de interpretação sistemática das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que rege a organização e funcionamento do SUS.

Vale a pena mencionar decisão do Superior Tribunal de Justiça que deu prioridade a tratamento médico necessário à saúde do jurisdicionado, corroborando a medida indicada por decisão anterior para obter os recursos hábeis a financiá-lo, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC.

1. O Tribunal *a quo* examinou e decidiu, fundamentada e suficientemente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

2. A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados à garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

3. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.

4. Recurso especial improvido.<sup>343</sup>

Em seu voto, o Ministro Relator João Otávio de Noronha frisou que:

---

<sup>343</sup> RESP 832.317/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJU 08.11.2006.

É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.

Não apenas o Superior Tribunal de Justiça, mas também outros tribunais do país têm afirmado a prevalência do direito à saúde em face dos interesses econômicos e financeiros do Estado, declarando a desnecessidade do cumprimento de princípios e regras sobre o orçamento, quando necessário. Bem exemplifica o teor dessas decisões, a decisão que está abaixo ementada proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOBREPRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE PATOLOGIA GRAVE. RISCO À SAÚDE E À VIDA. ARTIGOS 196 E SEQUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 8.080/90. PRECEDENTES.

1. (...)

4. A Constituição de 1988, ao instituir o sistema único de saúde, erigiu à condição de princípio o atendimento integral (artigo 198, II), concretizando o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias, e medicamentos, e o que mais necessário à tutela do direito fundamental.

**5. A compreensão do direito, assim construído em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite rejeitar os fundamentos de ordem econômica que, com freqüência, são deduzidos pelo Poder Público. Neste sentido, cabe salientar que o que se tem como preponderante, acima do interesse econômico, orçamentário e administrativo**

**do ente público onerado, foi, por opção inequívoca e legítima do constituinte, o direito individual e social à saúde, especialmente em relação aos economicamente hipossuficientes que para controle e tratamento de doença grave necessitam, como condição de sobrevivência com dignidade, de medicamentos especiais, de custo além de suas posses, e não fornecidos, voluntária e gratuitamente, pelo Poder Público.**

**6. Os princípios invocados pelo Poder Público, inseridos no plano da legalidade, discricionariedade e economicidade de ações e custos, mesmo como emanações do princípio da separação dos Poderes, não podem prevalecer sobre valores como vida, dignidade da pessoa humana, proteção e solidariedade social, bases e fundamentos de nossa civilização. Nem mesmo o requisito formal da licitação, cuja legislação conhece hipóteses de dispensa e inexigibilidade, pode impor-se em circunstâncias tão especiais, de perigo de vida ou à saúde, o que, por evidente, não autoriza que, com tal pretexto, sejam praticadas arbitrariedades, desvios de poder e de finalidade.**

7. (...)

8. Precedentes.<sup>344</sup>

### *5.2.1 A fundamentalidade da dignidade da pessoa humana e da saúde*

Em que pese a importância das classificações doutrinárias e do esforço em identificar o nível de eficácia e de exigibilidade das normas constitucionais, o certo é que o direito à saúde seja visto como regra ou como princípio, é direito fundamental diretamente relacionado com o direito à vida, que integra o núcleo mínimo do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, o direito à saúde exige grau máximo de concretude, impondo deveres ao Poder Público em realizá-lo e, diante de omissão, confere aos seus beneficiários a possibilidade de exigir o cumprimento das obrigações

---

<sup>344</sup> AC 1177761, 3ª Turma, Relator JUIZ CARLOS MUTA, DJU 23/05/2007, sem grifos no original. No mesmo sentido, é possível indicar outras decisões de outros Tribunais, como: TRF4, AC 200171050025414, 3ª Turma, Relatora Sílvia Marina Gonçalves Goraieb, DJU 26/11/2003; TJ/RS, Agravo de Instrumento n. 70025467838, Terceira Câmara Cível, Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 23/07/2008; TJ/RS, Agravo de Instrumento n 70025437104, Terceira Câmara Cível, Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 23/07/2008; TJ/SP, Apelação Com Revisão 7253235900, 12ª Câmara de Direito Público, Relator Prado Pereira, data do julgamento: 25/06/2008; TJ/SP, Apelação Com Revisão 7099435000, 12ª Câmara de Direito Público, Relator: Prado Pereira, data do julgamento: 25/06/2008.

a ele inerentes, como o fornecimento de medicamentos, inclusive por meio do Poder Judiciário.

Ana Paula Barcellos lembra que a identificação da “tonalidade” da eficácia jurídica atribuída a determinado dispositivo não deve ser feita de modo aleatório. Devem seguir a fundamentalidade social e jurídica do dispositivo em questão. Não por outra razão, os dispositivos que protegem os bens de maior valor para a sociedade, em cada época e lugar, vêm acompanhados de maior grau de eficácia jurídica e dos mecanismos mais consistentes para exigir-lhes o cumprimento, seja para afastar as iniciativas que contradizem seu comando, sejam para exigir aquelas que lhe dêem concretude. Quanto mais fundamental a matéria tratada pelo dispositivo for para a sociedade, quanto maior o seu grau de importância ou relevância social, mais consistente deverá ser sua eficácia jurídica. Este registro, como salienta a autora, é da maior importância para o intérprete do direito, visto que, por vezes, a eficácia positiva ou integral de um dispositivo é atribuída por meio de sua decisão.<sup>345</sup>

Por todo o exposto em item dedicado exclusivamente à dignidade da pessoa humana, não restam dúvidas acerca de sua fundamentalidade para a sociedade brasileira nos dias de hoje. A fundamentalidade social da dignidade humana decorre do senso comum brasileiro (e também internacional), que não admite situações de desrespeito ou esvaziamento das condições mínimas necessárias a uma existência digna. Por isso, a rejeição a situações degradantes como a falta de alimentação e de assistência à saúde.

Nesse sentido, embora não se vá aprofundar aqui, cumpre consignar que a fundamentalidade social está relacionada ao consenso social, tendo relevância significativa para o Direito, especialmente para o intérprete e para o administrador em sua atividade discricionária.<sup>346</sup> Para refletir o consenso social no que se refere ao direito

---

<sup>345</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 135 e ss.

<sup>346</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “Assim, nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha (real ou pretensamente), sobre o que é ‘segurança pública’, ‘moralidade pública’, ‘urgência’, ‘interesse público relevante’, ‘tranquilidade pública’, ou de outros conceitos fluidos do gênero. A

à saúde (e à dignidade humana), apesar da obviedade, cumpre destacar que entre os temas que mais preocupam os brasileiros está a saúde, talvez justamente em virtude de sua essencialidade para o exercício de quaisquer outros direitos e realização de quaisquer atividades, de sua ligação direta com a dignidade humana e com a manutenção da vida. Em pesquisa realizada pelo Datafolha Instituto de Pesquisa, em novembro de 2007, 21% dos entrevistados mencionaram a saúde como sua principal preocupação, ao lado da violência (21%) e do desemprego (18%). Outra pesquisa realizada pelo Ibope – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Pesquisa – em dezembro de 2006 mostrou que a população considerava a saúde como a ação prioritária a ser implementada pelo governo federal no período 2007-2010.<sup>347</sup>

No que se refere à fundamentalidade jurídica, tanto a dignidade humana como o direito à saúde estão reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro e também na esfera do direito internacional. Como já dito, a Constituição Federal de 1988 privilegiou a dignidade humana, erigindo-a a valor central do sistema jurídico. Na esfera internacional, tratados, pactos e convenções têm reiteradamente reconhecido a importância de se garantir a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, embora os meios para provê-los ainda não sejam consenso.<sup>348</sup> Agregue-se aqui a fundamentalidade material e formal do direito à saúde, especificamente referida por Ingo Sarlet e já citada anteriormente. Daí, a vinculação inequívoca do intérprete em conferir à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a maior eficácia possível e eficácia integral quanto ao seu núcleo essencial, onde está a saúde.

---

intelecção bizarra, original ou as peculiares idiosincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes reconhece dado meio social.” (*Discrecionarietà e controle jurisdicional*, cit., p. 30).

<sup>347</sup> Os dados foram retirados dos seguintes sítios eletrônicos, consultados em junho de 2008: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0412200711.htm>

[http://www.ibope.com.br/Eleicoes/2006/download/opp494\\_cni\\_dez06.pdf](http://www.ibope.com.br/Eleicoes/2006/download/opp494_cni_dez06.pdf)

<sup>348</sup> *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 155 e ss. Nas palavras de Ana Paula: “Ou seja: o direito internacional encontra-se comprometido com a dignidade humana e com a proteção dos direitos humanos. Não é apenas a Constituição brasileira de 1988 que consagra a dignidade humana como fim central do sistema jurídico e do Estado, para o qual todos os demais elementos devem convergir. Não se trata de uma idiosincrasia nacional. Também o direito internacional compartilha dessa mesma opção substantiva. Ou seja: é possível afirmar que a fundamentalidade jurídica de que se cuida aqui pode ser encontrada não apenas no sistema brasileiro, mas também no sistema internacional” (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, cit., p. 164).

Baseando-se nas lições de Len Doyal e Ian Gough,<sup>349</sup> Paulo Gilberto Leivas, engrossando o entendimento de Sarlet, acima exposto, assevera que a saúde e a autonomia constituem as necessidades humanas mais elementares e formam as pré-condições básicas para evitar prejuízos graves. Para Leivas, “a saúde física, antes que a mera sobrevivência, constitui uma necessidade humana básica. Para desenvolver-se bem na vida cotidiana – com independência de sua atividade ou contexto cultural –, os seres humanos precisam ir muito mais além da mera sobrevivência. Eles devem gozar de um mínimo de boa saúde”.<sup>350</sup>

Por tudo o quanto exposto ao longo deste trabalho, não parece ser possível, considerando os apontamentos feitos acima, pensar em divisão do direito à saúde e nesse sentido dos diferentes tipos de medicamentos de modo que apenas seja permitido o pedido judicial do básico ou do integrante das relações públicas de medicamentos. Em sua tomada de decisão, o magistrado deverá ter em mente o valor absoluto do ser humano, as disposições constitucionais e legais acerca da saúde e do fornecimento de medicamentos e o caráter organizatório e acessório das listas públicas de medicamentos. Ao mesmo tempo deverá sopesar alguns aspectos relevantes como: (i) a gravidade do estado de saúde do indivíduo; (ii) o grau das limitações ou restrições ao gozo de uma existência digna, o que significa ir além da garantia apenas da sobrevivência; (iii) a comprovação da eficácia do medicamento em questão; e (iv) a existência ou não de alternativa equivalente nas listas de medicamentos do Sistema Único de Saúde.

Alguns dos aspectos sugeridos como relevantes para a decisão judicial, muitos deles também referidos por alguns dos autores citados ao longo do trabalho, ainda são sobremaneira genéricos e de difícil avaliação. Outros dependerão de esclarecimentos do médico que prescreveu o medicamento e da crença em seu entendimento, ou mesmo de auxílio de peritos ou de técnicos administrativos, o que

---

<sup>349</sup> Cf. *Teoría de las Necesidades Humanas*. Traduzido por José Antonio Moyano y Alejandro Colas. Barcelona: Icaria, 1994.

<sup>350</sup> *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, cit., p. 125.

nem sempre extinguirá eventuais dúvidas acerca da existência ou não de alternativas já incorporadas na rede pública de saúde. Sendo assim, os aspectos a serem considerados pelo magistrado devem ser revistos sempre, especialmente diante de novas alternativas e da evolução do debate público já iniciado.

Como mais uma contribuição nesse sentido, cabe lembrar por fim que a razoabilidade costuma trazer a orientação necessária ao intérprete. Sendo assim, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. E para ilustrar o razoável em matéria de saúde, têm-se mais uma vez as palavras de Ingo Sarlet:

Embora tenhamos que reconhecer, a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e da efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.<sup>351</sup>

---

<sup>351</sup> Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1998, cit., p. 13.

Em complemento, Andreas Krell pondera sobre raciocínio de outro autor, Gustavo Amaral, que, defendendo a prevalência da reserva do possível e a impossibilidade de judicialização das prestações positivas oriundas de direitos sociais, atribui ao Executivo a prerrogativa de escolher empregar os recursos disponíveis para tratar “milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável”.<sup>352</sup> Para Krell:

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc.<sup>353</sup>

Dessa forma, diante da possibilidade da cura de uma doença ou mesmo da melhora significativa das condições de vida de um indivíduo por meio do acesso a medicamentos, fazer prevalecer quaisquer dos supostos impedimentos acima aventados implica verdadeira violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade. Daí se depreende que os direitos fundamentais de primeira geração podem ser tomados como fonte de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado.<sup>354</sup>

### 5.3 O Supremo Tribunal Federal

Além das decisões judiciais citadas ao longo deste trabalho, é importante colocar luzes na Corte Suprema brasileira. O Supremo Tribunal Federal já deparou com

---

<sup>352</sup> Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 110 e ss. O posicionamento do autor também pode ser conferido em *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>353</sup> *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 52-53.

<sup>354</sup> Cf. KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 60.

vários casos de solicitação de medicamentos que, por motivos diversos, não foram fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. A partir de consulta a 130 decisões do STF, entre acórdãos e decisões monocráticas (essas últimas bem mais numerosas), é possível afirmar que a imensa maioria das decisões é favorável ao pleito dos doentes, determinando o fornecimento do medicamento solicitado, ainda que seja necessário adquiri-lo no exterior.

Uma das características comuns a essas decisões é a atribuição de várias facetas ao direito à saúde. Uma mesma decisão qualifica a saúde como direito público subjetivo, direito fundamental, como norma programática, política pública, sem a preocupação com as diferentes conseqüências que poderiam decorrer a partir da adoção de uma ou outra qualificação, conforme apontado durante este trabalho. A decisão cuja ementa segue abaixo, relatada pelo Ministro Celso de Mello no final de 2006, que reflete outras decisões suas mais antigas<sup>355</sup> – demonstra bem a despreocupação aqui apontada, e tem seu conteúdo mencionado em muitas outras das prolatadas pela Corte Suprema:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O **direito público subjetivo à saúde** representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - **políticas**

---

<sup>355</sup> A exemplo da decisão proferida no Recurso Especial RE 271286/RS, 2ª Turma, julgada em 12/09/2000, DJ 24/11/2000.

**sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.** - O direito à saúde - além de qualificar-se **como direito fundamental** que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (...) Precedentes.<sup>356</sup>

<sup>356</sup> RE-AgR 393175/RS, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007, sem grifos no original. Neste caso, destacam-se os seguintes trechos do voto proferido pelo Ministro Celso de Melo: “Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação

A solidariedade dos entes administrativos é ponto pacífico no Supremo Tribunal, como já tratado anteriormente. União, Estados e Municípios respondem, solidariamente, pelos serviços, ações e insumos de saúde. Além dos exemplos antes colacionados, vale também aqui citar uma ementa de antiga decisão proferida pela Segunda Turma, em fevereiro de 2000, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

**MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. **SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA.** Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. **O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.**<sup>357</sup>

Outra característica também facilmente notável nas decisões do Supremo Tribunal é o registro da falta de condições financeiras para suportar o custo do tratamento. As decisões da Corte Suprema não deixam de afirmar que o direito à saúde é assegurado à generalidade das pessoas, a todos os cidadãos, nos termos da Constituição Federal, especialmente artigo 196. Contudo, ao mesmo tempo, as condições financeiras daqueles que batem às portas da Justiça para pleitear medicamentos parecem influenciar significativamente as decisões que obrigam o SUS

---

constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.”

<sup>357</sup> Recurso Especial RE 195192 / RS, julgamento em 22/02/2000, DJ 31-03-2000, sem grifos no original.

a garantir o acesso ao medicamento solicitado. Segue abaixo um exemplo, decisão proferida em novembro de 2007, que dá conta desta característica e também ressalta o aspecto da fundamentalidade do direito à saúde.

EMENTA: PACIENTE PORTADOR DE OSTEOMIELOITE CRÔNICA. **PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO:**

(...)

Entendo não assistir razão à União, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o ora recorrido (que é portador de osteomielite crônica) - impediria, se aceita, **que o paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira**, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. **Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde**, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

(...)

Cumpra não perder de perspectiva que **o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República**. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas **que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar**.

(...)

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, **incumbendo-lhe promover, em favor das pessoas e das**

**comunidades, medidas - preventivas e de recuperação** -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

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

(...)

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento.<sup>358</sup>

Das decisões consultadas, uma se destacou por destoar dos entendimentos dominantes no STF. A Ministra Ellen Gracie, então presidente da Suprema Corte, em Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, proferiu decisão parcialmente favorável ao Estado de Alagoas, que viu sua responsabilidade limitada aos medicamentos constantes de Portaria do Ministério da Saúde sobre medicamentos excepcionais, onde estavam aqueles destinados ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, problema de saúde enfrentado no caso concreto. São os principais trechos da comentada decisão monocrática:

(...)

5. (...).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**

---

<sup>358</sup> Recurso Especial RE 557548 / MG, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 05/12/2007, sem grifos no original.

**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 para o 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. 1.318 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 subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)” (fl. 11).

6. Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido** para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para **limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde.**

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.<sup>359</sup>

Verifica-se que esta decisão, além de dissonante em relação à posição majoritária da Corte, também está na contramão do entendimento sustentado ao longo deste trabalho acerca de alguns aspectos do direito à saúde. Um primeiro ponto é a prevalência da saúde coletiva em prejuízo do atendimento a situações individuais, ainda quando em risco a saúde e a vida de uma pessoa. Paulo Bonavides, acrescenta-se aqui, apontando as inovações constitucionais atribuídas aos direitos fundamentais, destaca a aquisição de um “duplo caráter”, ou seja, “os direitos fundamentais

<sup>359</sup> DJ n. 43, 05/03/2007, sem grifos no original.

conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha”.<sup>360</sup>

Outro aspecto é a observância de repartição de competência entre os entes federativos de modo que restrinja a obrigação do Estado de Alagoas ao fornecimento apenas dos medicamentos excepcionais, visto que somente estes estariam sob sua alçada, desconsiderando a responsabilidade solidária instituída nos artigos 23 e 196 da Constituição Federal. E o terceiro ponto é a obediência à relação constante em determinada Portaria do Ministério da Justiça. Essas considerações, contudo, parecem merecer alguma relativização diante de uma peculiaridade pontuada com destaque pela Ministra Ellen Gracie: a abrangência do pedido em questão que, ao invés de especificar de qual medicamento se tratava, a quais deles o acesso se fazia necessário, abrange, além dos que relaciona, também *outros medicamentos necessários para o tratamento*. Essa infinidade do pedido acaba gerando situação de incerteza e pode ter sido importante fator a motivar as opções consignadas na decisão.

Maior peso ganha a relativização indicada diante de duas outras decisões que se seguiram, ambas em Suspensão de Segurança, também da lavra da Ministra Ellen Gracie. Essas decisões, ao contrário da anterior, vão ao encontro do posicionamento fixado pelo STF no que se refere ao direito à saúde e também ao entendimento aqui sustentado. Em uma delas, o Estado do Rio Grande Norte é obrigado a fornecer medicamento que não faz parte da portaria que traz o elenco dos excepcionais (Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg para tratamento de doença vascular encefálica isquêmica), ressaltando a decisão, além da falta de condição financeira do paciente, o fato de se tratar de medicamento cuja versão genérica já havia sido registrada junto à Anvisa. Seguem os principais trechos:

---

<sup>360</sup> *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 588-589.

(...)

**Embora os medicamentos Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg não constem da Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, extraído do sítio eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que os mesmos obtiveram registro de medicamento genérico (Resoluções RE n. 412, de 8 de março de 2002, DOU 12.3.2002, e RE n. 745, de 3 de maio de 2002, DOU 6.5.2002, respectivamente), tendo, pois, a sua qualidade, a sua segurança e o seu efeito terapêutico atestados pelo órgão competente. O próprio Ministério da Saúde reconhece que o ponto central da estratégia de uma Política de Medicamentos Essenciais é a adoção de uma Política de Medicamentos Genéricos, proposta que se encontra inserida entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (Portaria GM n. 3.916/98) e que passou a nortear todas as ações daquele ministério na área de medicamentos para o setor público.**

(...)

**Assim, diante da hipossuficiência econômica da impetrante, da necessidade de tratamento contínuo da doença que a acomete e da natureza e do custo dos fármacos em questão, entendo que a ausência do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente.**

**Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.**

Ante o exposto, indefiro o pedido.<sup>361</sup>

Indo além, a outra decisão determina que o Estado do Amazonas importe o medicamento Diazóxido do Canadá, para tratar criança com “hiperinsulinismo congênito”, rara patologia causada com a liberação exarcebada de insulina pelas células beta do pâncreas. Novamente é destacada a falta de condições financeiras da família da criança e também o seu histórico de já ter tentado o tratamento com outros medicamentos, mas sem sucesso, apenas obtido com o uso do medicamento em questão:

**Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em**

---

<sup>361</sup> SS/3158, julgada em 21/05/2007, sem grifos no original.

**questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado**, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. **Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.**<sup>362</sup>

Pode-se dizer que o entendimento dominante da Corte Suprema no que se refere ao acesso judicial a medicamentos por meio do Sistema Único de Saúde reflete o entendimento sustentado por este trabalho, afastando as supostas objeções e fazendo prevalecer o direito à saúde, à vida, e, conseqüentemente, dando vida à dignidade da pessoa humana. As decisões colacionadas a título exemplificativo também apontam no sentido de não ser possível se fixar um mínimo da saúde, parcela do direito à saúde ou determinados serviços, insumos e ações cujo acesso poderia ser reclamado junto ao Poder Judicial, porque apenas estes configurariam direito subjetivo público. A análise do caso concreto e a ponderação dos aspectos jurídicos e fáticos envolvidos parece ser mesmo o melhor caminho a seguir.

---

<sup>362</sup> SS 3205, julgada em 31/05/2007, sem grifos no original. Decisão de grande relevância foi o reconhecimento de que controvérsia sobre a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamento de alto custo possui repercussão geral, proferida no Recurso Extraordinário 566471, em dezembro do ano passado, cujo Relator é o Ministro Marco Aurélio Mello. Como determina o artigo 543 B, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil e o artigo 321, § 5º, VII do Regimento Interno do STF, publicado o acórdão respectivo, os recursos extraordinários, que ficaram sobrestados, serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Até o fechamento deste trabalho a decisão não havia sido proferida.

#### 5.4 O caso dos anti-retrovirais

Alguns estudos sobre os pedidos judiciais de medicamentos – com enfoque específico em determinado fármaco ou doença, ou ainda em determinado Tribunal ou Estado brasileiro – têm evidenciado os problemas decorrentes da crescente demanda judicial e, algumas vezes, apresentado sugestões – que nem sempre apontam para a mesma direção<sup>363</sup> – para diminuir os conflitos no Poder Judiciário.

Acreditando que as considerações de três estudos sobre a judicialização de anti-retrovirais podem colaborar significativamente para a compreensão do tema aqui debatido, este item se dedicará a destacar seus pontos principais. Como se verá, o comportamento do Supremo Tribunal Federal se reflete por todo o Judiciário brasileiro, assim como a interpretação – sustentada no decorrer desta dissertação – de muitos aspectos do direito positivo pertinente. Mais importante, contudo, são os apontamentos acerca de medidas administrativas – elaborados a partir de uma visão global da assistência farmacêutica prestada no Brasil, suas etapas, principais atores e fragilidades – que podem contribuir sobremaneira para a diminuição das contendas judiciais e para a sustentabilidade da assistência farmacêutica prestada, no caso, pelo Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e Aids (PN DST/Aids).

Dois dos mencionados estudos dedicaram-se exclusivamente à judicialização de pedidos de anti-retrovirais e exames diagnósticos necessários ao tratamento do HIV/Aids.<sup>364</sup> No primeiro, realizado durante o ano de 2004, foram

---

<sup>363</sup> Apenas para citar alguns exemplos: MESSÉDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 21, n. 2, Rio de Janeiro Mar./Apr. 2005; VIEIRA, Fabíola Sulpino e ZUCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 41, n. 2, São Paulo, Apr. 2007; MARQUES, Silvia Badim. *A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, São Paulo, 2005.

<sup>364</sup> SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andrea e GROU, Karina Bozola. *O Remédio via Justiça. Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*, cit. A segunda etapa deste estudo foi realizada em 2006, estando consignada nos relatórios enviados ao Programa Nacional de DST/Aids.

analisadas cerca de 400 decisões judiciais<sup>365</sup> com o objetivo de verificar as principais controvérsias que envolviam os pedidos judiciais de anti-retrovirais e suas condicionantes, como o posicionamento do Judiciário, a inclusão ou não do medicamento no Consenso Terapêutico do PN DST/Aids, isto é, sua incorporação ou não pelo SUS, e a esfera de governo competente para fornecer o medicamento, segundo entendimento do Poder Judiciário.

O segundo, realizado em 2006, dividiu-se em uma análise quantitativa junto ao Poder Judiciário de todo o país,<sup>366</sup> somando 500 decisões,<sup>367</sup> e uma análise qualitativa de 72<sup>368</sup> decisões judiciais cumpridas pelo Centro de Referência e Treinamento de DST-AIDS de São Paulo, especificamente originadas por ações judiciais buscando o Kaletra (lopinavir + ritonavir), anti-retroviral mais solicitado por meio de decisões judiciais no Brasil. Pretendendo aprofundar a pesquisa anterior, esta se dedicou a: quantificar as decisões judiciais proferidas nos vários estados brasileiros, traçar os perfis dos autores e patronos das ações judiciais estudadas bem como dos médicos prescritores dos anti-retrovirais.

A primeira, dentre as principais conclusões, é a constatação de que a Justiça brasileira vem sendo extremamente favorável aos apelos dos portadores de HIV/Aids por medicamentos e/ou exames diagnósticos. Em 93% dos casos analisados na pesquisa quantitativa, os julgadores foram favoráveis à concessão do medicamento

---

<sup>365</sup> As decisões judiciais foram colhidas por meio do sistema de busca de jurisprudência on-line do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Ceará e do Distrito Federal. Também foram ouvidos, por meio de entrevistas e questionários, integrantes do Programa Nacional de DST/Aids e dos Programas estaduais de São Paulo e Rio de Janeiro, além de advogados e militantes de organizações da sociedade civil que se dedicam à luta contra a Aids.

<sup>366</sup> Além dos tribunais pesquisados no primeiro estudo, foram incluídos no segundo os Tribunais de Justiça de todos os estados do país, exceto os do Amapá e do Piauí, cujos sistemas de busca apresentaram problemas técnicos, e os de Alagoas e do Amazonas, que em 2006 ainda não possuíam sistema de busca de jurisprudência on-line.

<sup>367</sup> No estudo quantitativo foram analisadas, por meio da jurisprudência on-line, todas as decisões judiciais localizadas entre 1995/1996 e março de 2006. Foi contemplado o conjunto de julgados do país proferido em apelações e em recursos especial e extraordinário.

<sup>368</sup> Os processos analisados correspondem a 64% do total originado no CRT-SP para concessão judicial deste anti-retroviral.

ou exame pleiteado, colocando à frente dos custos ou da burocracia estatal o direito à vida e à saúde.

Na maioria das ações analisadas no primeiro estudo, os réus são os Estados e Municípios. Mas verificou-se farta jurisprudência que reconhece a responsabilidade solidária das três esferas de governo: União, Estados e Municípios, muitas delas se referindo a entendimento proferido pelo STF quanto à solidariedade em matéria de saúde.

Outro ponto importante foi a relação entre o lapso de tempo transcorrido até a incorporação do anti-retroviral pelo SUS (passando, então, a integrar as relações públicas de medicamentos) e o número (maior ou menor) de decisões judiciais pleiteando o medicamento em questão. Vale esclarecer que, normalmente, o caminho de um anti-retroviral até o SUS se inicia tão logo sua descoberta e eficácia seja atestada por um órgão sanitário de qualquer país, mais freqüentemente pelo *FDA – Food and Drug Administration*.<sup>369</sup> A partir desta aprovação, iniciam-se os pedidos judiciais do remédio, que, na maioria das vezes, não chegaram ao Brasil. Aqui, como já dito, o medicamento precisa ser registrado na Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para depois ser introduzido no Consenso Terapêutico, caso escolhido pelos responsáveis.<sup>370</sup> A partir daí poderá ser normalmente comprado e distribuído pelo governo federal.

---

<sup>369</sup> Órgão do governo dos Estados Unidos responsável pela aprovação de medicamentos. O registro de um novo medicamento no FDA e sua conseqüente autorização para comercialização costuma ser referência mundial para o início das prescrições médicas.

<sup>370</sup> O Consenso Terapêutico nada mais é do que o protocolo clínico e as diretrizes terapêuticas, referidos no capítulo três, para anti-retrovirais. Consiste em um documento que contém diretrizes clínicas sobre a utilização destes fármacos, elaborado por especialistas que compõem um comitê e posteriormente aprovado pelo Ministério da Saúde. Seu objetivo é auxiliar na decisão dos profissionais médicos e otimizar o atendimento aos pacientes.

No caso de medicamentos anti-retrovirais, são elaborados três documentos, através de três comitês assessores, instituídos pelo Ministério da Saúde: i) o Grupo Assessor de Terapia Anti-retroviral em Crianças é responsável por elaborar o Consenso Terapêutico destinado ao tratamento de crianças, chamado de “Recomendações para Terapia Anti-Retroviral em Crianças Infectadas pelo HIV”; ii) o Comitê Assessor para Recomendações de Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Anti-retroviral em Gestantes elabora o Consenso Terapêutico destinado ao tratamento de gestantes e para evitar a transmissão para o bebê no nascimento, chamado de “Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Anti-Retroviral em Gestantes”; e iii) o Comitê Assessor para Terapia Anti-retroviral de Adultos e Adolescentes, competente para elaborar o Consenso Terapêutico para ao tratamento de adultos e adolescentes, conhecido como “Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos e adolescentes infectados pelo HIV”. Vale lembrar que, conforme determina a Lei n. 9.313/1996, o Consenso

Embora não guardem uma relação direta, os estudos concluíram que a demora na incorporação de um anti-retroviral pelo SUS influencia os pedidos judiciais. Mas outras condicionantes além desse lapso temporal, também influenciam as ações, como os benefícios agregados pelos medicamentos e as estratégias utilizadas pelos laboratórios detentores das patentes. Contudo, a partir da data em que o medicamento passou a ser distribuído pelo SUS, as ações e as ordens judiciais para a concessão dos medicamentos anti-retrovirais cessaram ou diminuíram significativamente.

#### *5.4.1 Os autores das ações judiciais e os prescritores das receitas médicas*

Tratando da judicialização dos medicamentos, algumas suspeitas acerca dos médicos e advogados presentes nas ações judiciais foram e são suscitadas, com alguma frequência, inclusive por meio da imprensa. Especula-se que chegam ao Poder Judiciário apenas demandas fundamentadas em receitas de médicos particulares e patrocinadas por advogados particulares, o que refletiria o privilégio daqueles que possuem condições financeiras de se servirem de profissionais particulares e acionar a Justiça, em detrimento dos que não possuem as mesmas condições.

Contudo, no que se refere à judicialização de anti-retrovirais, as alegações não foram comprovadas pelos dados obtidos nos estudos comentados, que indicaram a predominância de advogados ligados às assessorias jurídicas de organizações não-governamentais e mostraram que a quase-totalidade das ações judiciais estava instruída por prescrições de médicos do serviço público, que atenderam aos autores das ações pelo SUS.

A disposição do movimento de luta contra a Aids e a assistência jurídica que algumas organizações não-governamentais desenvolveram para socorrer os

---

Terapêutico deve ser renovado periodicamente, já que as condutas médicas precisam ser atualizadas à medida que novos medicamentos são lançados ou em razão da descoberta de novidades sobre o tratamento.

portadores de HIV/Aids têm sido fundamentais no acesso aos anti-retrovirais, inclusive por meio do Poder Judiciário. Mesmo não sendo profissionais do serviço público, os advogados ligados a tais organizações têm atuação distinta daqueles que advogam em sociedades privadas, na medida em que estão vinculados a entidades sem fins lucrativos que, por sua vez, na grande maioria dos casos, prestam seus serviços jurídicos gratuitamente.

A análise quantitativa, que abrangeu todo o país, permitiu identificar os patronos das ações judiciais em 394 das 500 decisões analisadas. Desses, 65% possuíam vínculos com organizações não-governamentais que se dedicam ao combate à Aids e 6% eram defensores públicos. Em 29% dos casos não foi possível identificar os vínculos profissionais dos patronos das ações. A importância da participação das ONGs/Aids foi confirmada na análise qualitativa, que enfocou os pedidos do anti-retroviral Kaletra. Em 98,6% dos casos, os autores das ações judiciais valeram-se dos serviços e assessorias jurídicas de organizações não-governamentais. A partir dos dados obtidos, também não se verificou a relação entre um advogado e determinado medicamento, de modo que a atuação de determinado profissional se destacasse em relação a um ou outro medicamento.

Os estudos também mostraram que, para otimizar o trabalho junto ao Poder Judiciário, as ONGs/Aids utilizaram como estratégia a formação de grupos de pessoas vivendo com HIV/Aids para a propositura de ações judiciais individuais (em litisconsórcio ativo).<sup>371</sup> Tal estratégia foi identificada em 76% dos casos na análise quantitativa e 83% dos casos na análise qualitativa. Verificou-se, também, a não utilização de ações civis públicas reguladas pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90,<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> Mesmo diante das consideráveis conquistas obtidas pelas ONGs/Aids, inclusive na esfera judicial, os estudos anotaram que o acesso à Justiça dos portadores de HIV/Aids ainda se mostra insuficiente em relação aos problemas enfrentados. Em 2006, o país contava com cerca de 530 organizações não-governamentais que trabalham com HIV/Aids, sendo que somente cerca de 50 dispunham de serviços jurídicos.

<sup>372</sup> O fato já havia sido constatado por Miriam Ventura, que, em 2003, já recomendava que as ONGs deveriam “investir em demandas coletivas e ações civis públicas através dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais ou diretamente” (in Relatório de Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS, outubro de 2000, revisado em março de 2003).

instrumento legal que costuma ser utilizado por ONGs que atuam em outras áreas e pelo Ministério Público e que é amplamente aceito pelos tribunais brasileiros.

O Ministério Público também tem sido protagonista na reivindicação dos direitos dos portadores de HIV/Aids, como autor de ações civis públicas e fiscal do cumprimento da lei nas ações em que se manifesta. São do Ministério Público de São Paulo ações civis públicas fundamentais, como a que buscou o acesso ao exame de genotipagem e ao chamado teste rápido. Além disso, o Ministério Público é autor de ações relacionadas à falta de medicamentos, geralmente ocasional e localizada, para o tratamento de doenças oportunistas e exames.

No que se refere aos prescritores das receitas médicas, a pesquisa qualitativa, que permitiu a identificação dos médicos prescritores,<sup>373</sup> constatou que 95% desses profissionais atuavam no serviço público. Além disso, o número máximo de prescrições do Kaletra feito por um mesmo profissional chegou a três, não havendo destaque de qualquer um deles na geração de prescrições que levaram a ações judiciais.

Apesar de não terem encontrado indícios de eventual ligação entre médicos e advogados que figuram nas ações judiciais e os laboratórios farmacêuticos fabricantes dos medicamentos, os estudos ressaltam o grande poderio das indústrias farmacêuticas. Tendo em vista as conhecidas ações de marketing dos laboratórios farmacêuticos, advertem não ser possível garantir que não existam situações excepcionais irregulares que possam causar algum reflexo na prescrição e nos pedidos judiciais, inclusive de anti-retrovirais.

---

<sup>373</sup> As decisões judiciais analisadas raramente traziam as referências dos médicos, não sendo possível a coleta de informações por meio da pesquisa quantitativa.

#### *5.4.2 Alternativas administrativas para garantir o acesso aos anti-retrovirais*

As ações judiciais para o fornecimento de anti-retrovirais ainda não disponíveis no Sistema Único de Saúde fazem parte da história da luta contra a Aids no Brasil. A partir de 1996, com a chegada dos inibidores de protease, medicamentos mais potentes e que alçaram a Aids à condição de doença crônica e não mais fatal quando adequadamente tratada, a Justiça passou a ser acionada com frequência pelos cidadãos portadores de HIV/Aids. As ações e decisões judiciais são conseqüências da necessidade de saúde do paciente, do amadurecimento da sociedade civil organizada, das deficiências da administração pública e, por óbvio, das prescrições médicas. Por essas razões, os estudos comentados afirmam que o pioneirismo do “ativismo judicial” na Aids contribuiu sobremaneira para a criação e para o sucesso do Programa Nacional de DST/Aids do Ministério da Saúde.

Passada mais de uma década desde o advento dos inibidores da protease, o amplo arsenal terapêutico atualmente disponível fez diminuir a urgência da incorporação de novos medicamentos e, conseqüentemente, fez cair o número de ações judiciais, cujo pico aconteceu entre os anos de 2000 e 2002. Mesmo assim, como há no país milhares de pacientes em tratamento, sempre haverá uma parcela deles para os quais os medicamentos disponíveis não fazem mais efeito. Devido à resistência, intolerância ou toxicidade, dependerão da novidade recém-lançada no mercado. Assim, a mudança das necessidades dos brasileiros em tratamento pode ocasionar novos picos de pedidos judiciais de anti-retrovirais.

Algumas medidas administrativas e apontamentos finais indicados nos estudos sobre a judicialização dos anti-retrovirais, podem perfeitamente servir para a toda a assistência farmacêutica prestada pelo SUS e, conseqüentemente, colaborar na redução dos conflitos judiciais, sem prejudicar o direito dos doentes. Entre elas, destaca-se:

- › Necessidade de o Estado (e não aos laboratórios farmacêuticos por meio do financiamento de congressos, cursos, etc.) assumir a liderança da educação continuada dirigida aos médicos prescritores de anti-retrovirais e promover a ampla divulgação das diretrizes clínicas e consensos terapêuticos aos médicos, inclusive por meio de cursos e oficinas presenciais;
- › Criação de instâncias técnicas em todos os programas estaduais e municipais de Aids, com agilidade de checagem e esclarecimento de dúvidas sobre prescrições de anti-retrovirais;
- › Adoção de medidas garantidoras da sustentabilidade da política de acesso universal aos anti-retrovirais. Os custos da medicação para HIV/Aids ficam cada vez mais elevados, especialmente porque os medicamentos de 2ª e 3ª linhas (mais novos), já necessários aos pacientes brasileiros, são patenteados. A garantia de abastecimento contínuo de medicamentos de qualidade a preços adequados somente será possível com a ampliação da capacidade nacional de produção de medicamentos para o tratamento do HIV/Aids e com a adoção de outros licenciamentos compulsórios de anti-retrovirais,<sup>374</sup> ou ainda de outras flexibilidades previstas na Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual), medidas legais e necessárias sempre que o interesse e a saúde pública estiverem ameaçados.<sup>375</sup>

Conclusões semelhantes foram apresentadas por Mário Scheffer, cuja tese de Doutorado foi dedicada à incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de

---

<sup>374</sup> Em maio de 2007, o Decreto n. 6.108 concedeu o primeiro licenciamento de um anti-retroviral no Brasil, o efavirenz.

<sup>375</sup> O Conselho Nacional de Saúde, por meio da Resolução 352/05, que não chegou a ser homologada pelo Ministro da Saúde, e várias ongs/Aids já se manifestaram incisivamente pelo licenciamento compulsório do anti-retroviral Kaletra, havendo, inclusive, uma ação civil pública com este pedido. Não faltam estudos acerca dos impactos das patentes no acesso aos medicamentos; da falta de utilização das flexibilidades previstas na Lei de Propriedade Intelectual do Brasil e também da necessidade de fomentar a capacidade da indústria farmacêutica nacional. Apenas para citar algumas referências: CHAVES, Gabriel Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A Evolução do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: Proteção Patentária para o Setor Farmacêutico e Acesso a Medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, fevereiro de 2007; BERMUDEZ, Jorge A. Z; e OLIVEIRA, Maria Auxiliadora (org.). *Intellectual Property in the Context of the WTO TRIPS Agreement: challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, 2004; FORTUNAK, Joseph M.; e ANTUNES, O. A. C. *A Produção de ARVs no Brasil: uma avaliação*. Rio de Janeiro: ABIA, 2006.

Saúde.<sup>376</sup> Em linhas gerais, a tese percorreu o caminho dos anti-retrovirais até serem incorporados pelo Sistema Único de Saúde, bem localizando os pedidos judiciais de medicamentos, que acabam por pressionar o Poder Público por uma incorporação mais rápida.<sup>377</sup>

Entre as principais considerações do autor, destaca-se, de um lado, a importância também atribuída aos pleitos junto aos tribunais, segundo ele, fundamentais para reforçar a implementação da política de acesso universal e agilizar a incorporação dos medicamentos que melhoraram significativamente as condições de saúde dos cidadãos e cidadãs que vivem com HIV e Aids. Mas, de outro, o reconhecimento da ameaça que assola o programa universal, pressionado pelo ascendente número de pacientes e pela chegada de novos medicamentos patenteados de alto custo, cenário que fica mais grave diante de subfinanciamento do SUS,

---

<sup>376</sup> SCHEFFER, Mário. *Aids, tecnologia e acesso sustentável a medicamentos: a incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde*. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências, mimeografada, São Paulo, 25 de abril de 2008. A partir de uma série de entrevistas, Scheffer descreve e analisa os percursos e processos de incorporação dos anti-retrovirais no Brasil, a política pública na qual estão inseridos estes medicamentos e a intermediação governamental na introdução desta tecnologia. O estudo considerou cinco instituições, grupos ou corporações – empresas farmacêuticas, Ministério da Saúde, médico, pessoas que vivem com HIV e Aids, e Poder Judiciário – que atuam em três percursos da incorporação da tecnologia: o científico, no qual ocorre a validação dessa tecnologia por meio da realização de pesquisas clínicas e da elaboração do documento de diretrizes clínicas, o chamado consenso terapêutico para tratamento da aids; o transicional, no qual a tecnologia passa pela fase regulatória, pelo registro e pela etapa prescritiva, que impulsiona e dá velocidade à incorporação, podendo haver interferência de elementos como o marketing das empresas farmacêuticas e as ações judiciais que obrigam o SUS a fornecer os medicamentos; e o mercantil, que é quando se conformam ou adaptam os aspectos relacionados à oferta, demanda, produção, preço, compra e venda da tecnologia em questão.

<sup>377</sup> Segundo Scheffer, que detalha o caminho dos anti-retrovirais até o SUS antes referido, um novo medicamento geralmente chega ao país via ensaio clínico, quando os médicos passam a conhecê-lo e a ter experiência prática com ele. A empresa farmacêutica passa a divulgar os resultados do desempenho do medicamento, o que é compartilhado por uma rede cada vez maior de pessoas. As autoridades sanitárias (Anvisa) quase sempre concedem o pedido de registro submetido pelo produtor, mas também convocam especialistas para decidirem, com base em evidências científicas, o momento da incorporação e os critérios de uso do anti-retroviral (Consenso Terapêutico). Neste ponto, sustenta Mário Scheffer, as prescrições médicas aumentam progressivamente, ao mesmo tempo em que se expressam as necessidades de saúde dos pacientes. Seguem, como elementos que podem influir no processo de incorporação do anti-retroviral, a promoção e o marketing deflagrados pela empresa farmacêutica e as ações judiciais movidas por pacientes que reivindicam o acesso ao novo medicamento, antes mesmo da aquisição pelo sistema de saúde. Com a incorporação do medicamento e sua compra pelo SUS, as regras de mercado são então aclaradas, com caracterização da oferta e da demanda, formação e negociação do preço do medicamento e definição das margens de atuação das empresas farmacêuticas, tanto das multinacionais quanto das nacionais públicas e privadas produtoras desses medicamentos.

problema insolúvel agravado pelos sucessivos adiamentos da regulamentação da Emenda Constitucional n. 29, que garantiria recursos mínimos indispensáveis à saúde.

O autor também demonstrou, contudo, que podem ser buscadas novas alternativas e estratégias capazes de viabilizar a distribuição atual e futura dos anti-retrovirais no SUS, que não passam pela restrição do direito de os pacientes e suas ONGs representativas recorrerem à Justiça, conquista constitucional e de cidadania que não pode ser ameaçada, ressalva. Entre elas, a prática, já adotada pelo Ministério da Saúde, de obtenção de descontos por meio da negociação de preços com as multinacionais farmacêuticas e a utilização de flexibilidades e salvaguardas existentes nas legislações nacional e internacional com vistas ao licenciamento compulsório e outras medidas legais facilitadoras do acesso aos medicamentos.

As possibilidades de distorções crescem sempre que os médicos se apóiam unicamente nas informações disponibilizadas pelo fabricante, que tende a ampliar o máximo possível a indicação do seu anti-retroviral. Embora aparentemente goze de ilimitada autonomia profissional, não pode ser delegada unicamente ao médico a decisão pela incorporação dos anti-retrovirais, da mesma forma que não é razoável transferir aos prescritores a responsabilidade de atender a restrições orçamentárias do sistema de saúde. Sendo assim, conclui Scheffer, o Estado não pode se furtar do papel de protagonista de programas isentos de reciclagem e aprimoramento profissional voltados à prescrição adequada e ao manejo clínico da infecção pelo HIV, intensificados sempre que adotada uma nova padronização nacional de tratamento. As autoridades de saúde, junto com as entidades de classe e os conselhos de fiscalização da ética profissional, devem se empenhar em diminuir o descompasso verificado entre os recursos disponibilizados pela indústria farmacêutica para as informações promocionais e os recursos destinados a fazer circular informações independentes sobre os anti-retrovirais.

Outra medida também apontada por Mário Scheffer é a criação de instâncias técnicas ágeis, para checagem e esclarecimento de dúvidas sobre

prescrições de anti-retrovirais, antes mesmo de elas chegarem aos tribunais, pelo menos nas Secretarias de Saúde de estados e grandes municípios. Se a prescrição médica estiver correta, uma solução administrativa para a compra avulsa do anti-retroviral ainda não incorporado ao SUS seria sempre preferível à contenda judicial. Se constatada a imperícia médica, o profissional deve ser esclarecido; se caracterizado o conluio entre a prescrição geradora da ação judicial e a atuação de empresa farmacêutica, devem ser tomadas medidas judiciais e ao mesmo tempo instaurados processos legais, administrativos e ético-profissionais.<sup>378</sup>

A maior transparência na tomada de decisões certamente contribuirá para um cenário menos conflituoso. Para o autor, determinar os objetivos de saúde pública e o que se espera da incorporação de anti-retrovirais não pode ser uma decisão restrita ao gestor público, aos produtores e àqueles dotados de expertise. É decisão para ser tomada em arena pública, sob o olhar atento da sociedade. Os aspectos sociais, os dilemas éticos e os interesses econômicos que acompanham a introdução de novos anti-retrovirais sugerem a necessidade de novas estruturas de deliberação pública para galgar maior transparência e publicidade.

Por fim, Scheffer faz alusão à necessidade de implementação de ações e programas que visem ao desenvolvimento, ainda que tardio, do complexo industrial da saúde no Brasil, que deve ser tratado como componente estrutural da política de saúde. Trata-se de vislumbrar um Estado forte, que agrega ao seu poder de compra a sua possibilidade de regulação sistêmica e sua capacidade de produção e inovação em saúde, conclui o autor.

---

<sup>378</sup> Algumas experiências nesse sentido estão sendo implantadas. O CRT-SP, programa estadual de DST/Aids do estado de São Paulo, conta com instância administrativa para análise técnica das prescrições. Sempre que a prescrição apresenta alguma suposta inadequação, o médico é instruído a rever se aquela é mesmo a melhor indicação para o paciente. Algumas críticas, contudo, são feitas por médicos e pacientes que consideram que processo acarreta demora na substituição do regime terapêutico, o que gera insegurança e ansiedade. Outra possibilidade é a autorização de medicamentos somente após a análise da prescrição e autorização do Médico Autorizador, credenciado pelo PN DST/Aids ou pelos programas estaduais. Este critério de dispensação foi normatizado para os medicamentos enfuvirtida e darunavir (Notas Técnicas n. 20/2008 e n. 22/2008 – UAP/PN-DST/Aids/SVS/MS).

Como se vê, a visão geral de todas as etapas, atores, pontos fracos e fortes da assistência farmacêutica do Brasil e o aprofundamento das características atuais de cada um desses aspectos permitem identificar não apenas onde o Estado pode melhorar, mas também alternativas hábeis a fomentar o acesso das pessoas aos medicamentos. Aos aspectos jurídicos apresentados neste trabalho somam-se as considerações dos citados estudos para demonstrar a total incongruência do discurso reducionista e enviesado que considera os pedidos judiciais como grandes vilões do SUS, responsáveis pelo mau uso das insuficientes verbas públicas e ainda ofensivos à saúde pública. Muitos outros aspectos, como acima apontado, se devidamente cuidados pelos gestores públicos, poderão melhorar o acesso dos brasileiros aos medicamentos necessários e, inclusive, reduzir os conflitos judiciais. Essas medidas passam longe de iniciativas para limitar ou dificultar o acesso ao Poder Judiciário, o que, inclusive, poderia representar ofensa à Constituição Federal (artigo, 5º, XXXV).

## Conclusões

O presente trabalho dedicou-se ao direito à saúde, corolário do direito à vida, e sua intrínseca ligação com a dignidade da pessoa da humana. O seu propósito não foi mais do que contribuir para o debate latente, mas ainda inicial, acerca da judicialização da saúde, mais especificamente do acesso a medicamentos por meio do Sistema Único de Saúde. Os valores, conceitos e dados da realidade envolvidos neste debate o tornam sobremaneira espinhoso, demandando revisão contínua das conclusões apresentadas.

De um lado, pontuou-se o arcabouço jurídico relativo à saúde e à dignidade da pessoa humana e a fundamentalidade jurídica e social das condições materiais que lhes dão concretude e, de outro, as principais objeções jurídicas e fáticas aos pedidos judiciais de medicamentos. A partir desse embasamento e considerando ainda aspectos da realidade brasileira, procurou-se apontar algumas inconsistências dos rígidos discursos que alçam as decisões judiciais favoráveis aos pleitos iniciais à tragédia para saúde pública. Objetivou-se também chamar a atenção para a necessidade de maior equilíbrio e cautela no embate que vem sendo travado e para a existência de outras medidas administrativas – não aquelas voltadas a simplesmente limitar ou dificultar os pedidos judiciais – hábeis a melhorar tanto o problema dos custos dos medicamentos como outras eventuais distorções.

Nessa linha, destacam-se como considerações finais:

1. O direito à saúde é direito social, direito humano fundamental de segunda geração. Sua relação umbilical com o direito à vida (primeira geração), contudo, coloca luzes na interdependência e na indivisibilidade das gerações de direitos fundamentais, atualmente três ou quatro, dependendo do autor que se toma como referência. O acesso aos medicamentos é parte essencial da garantia da saúde e da vida das pessoas.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana é conceito-chave do Direito Constitucional, sendo o motor do aperfeiçoamento de toda a ordem jurídica, especialmente no âmbito da interpretação e aplicação dos direitos humanos fundamentais, vinculando, portanto, todos os Poderes Públicos. A dignidade da pessoa humana possui eficácia jurídica, sendo atribuída ao núcleo essencial, que se confunde com o conteúdo do chamado mínimo vital ou existencial, eficácia integral. Isso quer dizer que as prestações que integram o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana ou o conteúdo do mínimo vital podem ser exigidas inclusive por meio do Poder Judiciário.
3. Os direitos fundamentais sociais, assim como os demais direitos humanos fundamentais, têm *status* constitucional e, por expressa determinação da Carta de 1988, devem ser imediatamente aplicados. Não faz mais sentido hoje negar a “justiciabilidade” dos direitos sociais, especialmente daqueles mais básicos.
4. As normas constitucionais recebem variadas classificações doutrinárias segundo o grau de sua eficácia jurídica. Normalmente, os direitos sociais figuram entre as chamadas normas programáticas, conforme a classificação bastante difundida de José Afonso da Silva. Independentemente da categorização adotada, percebe-se que parte significativa dos doutrinadores cuida do direito à saúde de modo diferenciado, atribuindo-lhe eficácia integral diante de sua posição prioritária. O acerto desse privilégio fica nítido quando o conteúdo do mínimo existencial passa a ser estudado, visto que os autores que se dedicam ao tema são unânimes em considerar o direito à saúde parte do mínimo vital e, portanto, núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Tratando-se de um conjunto de condições existenciais mínimas da população para a fruição de uma vida saudável, o mínimo existencial e as prestações por ele abrangidas atribuem ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, diante de omissão na garantia de sua existência digna.

5. Não resta dúvida de que a definição mais exata do que comporia o mínimo vital relativo (especificamente) ao direito à saúde conferiria maior segurança ao intérprete, ao aplicador do direito e também ao administrador. Apesar das teorias generalizantes serem por vezes insuficientes diante de um problema específico, os esforços atuais no sentido de se obter um elenco específico de ações e serviços que comporiam o mínimo vital da saúde não parecem compatíveis com a idéia da dignidade da pessoa humana, preceito de fundamentalidade jurídica e social.
6. As peculiaridades de cada caso concreto, portanto, é que indicarão se determinada prestação, relacionada ao direito à saúde – aqui o fornecimento de determinado medicamento –, integra o mínimo existencial e deve ser garantida judicialmente. Vale ressaltar que a existência digna não diz respeito somente à sobrevivência física e à manutenção do corpo, mas também à existência espiritual e intelectual, sem o que não se viabiliza a possibilidade de participação dos indivíduos nas deliberações públicas e muito menos a de ser capaz de tomar as rédeas de seu próprio desenvolvimento.
7. Mesmo considerando exclusivamente a dicção das normas constitucionais que tratam especificamente da saúde, arrisca-se a afirmar que a conclusão acerca da eficácia do direito à saúde seria a mesma. Parece ser possível concluir que uma primeira parte do artigo 196, “saúde é **direito** de todos e **dever** do Estado”, em conjunto com o artigo 198 – que determina que as ações e serviços de saúde constituem um Sistema Único voltado à garantia de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais – são hábeis a conferir eficácia integral e imediata ao direito à saúde. Nesse sentido, o atendimento integral às necessidades de saúde das pessoas, onde se insere o fornecimento de medicamentos, é direito subjetivo, podendo ser exigido inclusive judicialmente.

8. Ao lado da relevância pública registrada pela Constituição de 1988, a divisão constitucional de competências em matéria de saúde reflete a responsabilidade solidária dos entes federativos, o que também denota a importância atribuída à saúde. Os entes federativos concorrem no que se refere à competência legislativa e todos eles têm competência material (comum) para cuidar da saúde. Do mesmo modo, a legislação infraconstitucional delinea e contribui para a concretude do direito à saúde e do acesso a medicamentos, refletindo claramente o dever comum e solidário da União, Estados e Municípios.
9. Dessa maneira, as principais objeções ao fornecimento de medicamentos por meio do acionamento judicial dos entes públicos podem ser afastadas. O Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento, especialmente no que se refere a verbas destinadas a atividades de menor importância, sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos. Não se trata de menosprezar o orçamento, mas tão-somente de não deixar argumentos formais se sobreporem à materialização da essência da Constituição.
10. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos gastos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. Acrescente-se, ainda, a necessidade de comprovação não só da insuficiência de recursos, mas também do não desperdício dos recursos existentes, o que fica bastante difícil diante da realidade brasileira. Corrupção, fraudes, desvios e má gestão de verbas públicas, entre outros fatores, fazem com que vultosos recursos destinados à saúde não sejam utilizados para o tratamento de doenças.

11. O princípio da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa, quando alçados a barreiras ao acesso a medicamentos por meio do Judiciário, igualmente podem ser superados. A separação dos poderes não é fim em si mesmo, tendo como razão de ser justamente a efetivação dos direitos humanos fundamentais. O Judiciário deve atuar na preservação da supremacia da Constituição, especialmente quando os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros se mostrarem incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos fundamentais, sem que se caracterize ofensa à separação dos poderes. A composição da Carta de 1988, formada por princípios e regras, exige postura diferenciada do juiz, cuja atuação é também responsável por conferir densidade aos princípios e aos dispositivos que abrigam os direitos fundamentais.
  
12. Mesmo que se tenha alguma margem de discricionariedade quando da seleção dos medicamentos integrantes das relações públicas, esta não tem o condão de vedar o fornecimento de quaisquer outros medicamentos, o que deverá ser feito mediante a análise dos casos concretos, sob pena de ofensa ao interesse público, no caso, a garantia do direito à saúde e à vida. Quanto mais atento e conhecedor das necessidades de saúde da população, mais feliz será o administrador público na eleição daqueles medicamentos integrantes de suas relações e mais perto estará do cumprimento de seu dever discricionário. Ainda assim, sempre existirão as pessoas cujo tratamento de sua saúde não estará abrangido pelas escolhas públicas. Ao garantir-lhes o direito de cuidar da saúde, se preciso for, não estará o Judiciário infringindo a discricionariedade administrativa.
  
13. As peculiaridades da garantia do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana, assim como inviabilizam a escolha *a priori* de determinadas prestações que integrariam o mínimo vital relacionado à saúde, também colocam luzes no equívoco de limitar o acesso apenas àqueles medicamentos eleitos pelos gestores públicos. A simples existência de

previsões de direitos sociais e do direito à saúde (sejam constitucionais, legais e de regulamentos) não é suficiente para produzir a desejável justiça social, assim como a implantação satisfatória desses direitos não pode ficar na dependência do Poder Judiciário. Esforço conjunto dos Poderes Públicos, seriedade e razoabilidade na atuação de todos eles, é que pode avançar nesse sentido.

14. Os direitos humanos fundamentais – quer direitos civis e políticos, quer direitos sociais – são compromissos fundamentais não só dos Poderes Públicos como também de toda a sociedade. Consignados na Constituição Federal e constituindo sistema de valores de onde se extrai, em última análise, a validade de todo ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, e a respectiva concretização dos mesmos, estão acima das decisões da maioria. Ou seja, mesmo decisão tomada pelos representantes da maioria não poderá subsistir se contrariar direito humano fundamental, o que implica dizer que a legitimidade ligada à vontade da maioria não é critério hábil a autorizar a atuação nestes casos. Legislativo, Executivo e Judiciário devem agir para controlar e zelar pela realização de tais direitos, de modo que a eventual insuficiência do Legislativo e do Executivo pode ser analisada pelo Judiciário. Não se trata de defender a tirania dos juízes, visto que, no cumprimento de seu dever para com a concretização dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário também está limitado à Constituição e deve se guiar pelo princípio da proporcionalidade.
15. As ações individuais, além de servirem para atender às particularidades de saúde do indivíduo, o que não pode ser simplesmente ignorado, também podem, assim como as coletivas, servir de importante termômetro para apontar a necessidade de atualização e de revisão das listas do poder público ou mesmo de determinada política pública de saúde. Muito antes das tentativas de limitar as ações judiciais, outras medidas administrativas podem ser bastante úteis para diminuir os custos dos medicamentos, a exemplo do licenciamento compulsório, que, quando cabível, permite a produção de medicamentos genéricos e menos

custosos, e de incentivos à produção nacional de medicamentos. A transparência na formulação dos consensos e protocolos terapêuticos, a ampla divulgação e a revisão periódica dos mesmos, a educação continuada dos profissionais de saúde promovida pelo Estado, e ainda a criação de canais administrativos para a solução dos casos onde medicamentos fora das relações públicas são necessários, também são medidas que, sem ofender o direito à saúde das pessoas, podem contribuir para a melhor organização da assistência farmacêutica no SUS e ainda reduzir o número de pedidos judiciais.

16. Em sua tomada de decisão, o magistrado deverá ter em mente o valor absoluto do ser humano, as disposições constitucionais e legais acerca da saúde e do fornecimento de medicamentos e o caráter organizatório e acessório das relações públicas de medicamentos. Ao mesmo tempo deverá sopesar alguns aspectos relevantes que, apesar de demasiadamente genéricos e dependentes de preenchimento conforme o caso concreto, este trabalho considera-os os mais adequados, neste momento, para a tomada da melhor decisão. São eles: (i) a gravidade do estado de saúde do indivíduo; (ii) o grau das limitações ou restrições ao gozo de uma existência digna, o que significa ir além da garantia apenas da sobrevivência; (iii) a comprovação da eficácia do medicamento em questão; e (iv) a existência ou não de alternativa equivalente nas listas de medicamentos do Sistema Único de Saúde. O magistrado também deve procurar, sempre que possível, conceder medicamentos genéricos, por conta de seu menor custo.
  
17. Para além da contraposição entre o direito à vida e à saúde de um lado, e o princípio da separação de poderes, a discricionariedade administrativa, os princípios orçamentários e a reserva do possível de outro, alguns colocam maior dramaticidade ao conflito afirmando tratar-se de escolha entre o direito à vida e saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de muitos. Ocorre que com essas medidas a balança não pode pender para nenhum lado, devendo ambos os direitos (à saúde e à vida) serem garantidos, sacrificando-se outros, não

prioritários, se necessário. Estando em jogo a saúde, a medição proposta é inadmissível, sob pena de ignorarmos todo o arcabouço legal brasileiro que tem como vetor último a dignidade da pessoa humana. Ignorando o conteúdo do direito à vida e à saúde e da dignidade da pessoa humana, anda-se para trás, “coisifica-se” o homem, o que há muito tempo vem sendo repellido e combatido.

## Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Instrumentos e Aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 2, número 2, 2005.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales. Contextos. *Revista Crítica de Derecho Social*, n. 1, 1997, Buenos Aires: Ediciones de Peurto.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AGUILAR, Carlos; KWEITEL, Juana (Coord.). *Guia Prático sobre a OMC e Outros Acordos Comerciais para Defensores dos Direitos Humanos*. 3DTHREE – Trade Human Rights – Equitable Economy e Conectas Direitos Humanos: 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

\_\_\_\_\_. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Plauto Facaro de. *Controle Sanitário e liberdade individual*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira coligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 36, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*: 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

- BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERMUDEZ, Jorge A. Z.; e OLIVEIRA, Maria Auxiliadora (org.). *Intellectual Property in the Context of the WTO TRIPS Agreement: challenges for public health*. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*: 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 2. ed. Brasília: Paz e Terra, 1990.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contribuição para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra Editora, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*: 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis no. 8.080/90 e 8.142/90)*: 3ª Edição. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

CHAVES, Gabriel Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; e MELO, Luiz Martins de. A Evolução do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual: Proteção Patentária para o Setor Farmacêutico e Acesso a Medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, fevereiro de 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência farmacêutica no SUS*. Coleção Progestores / Para entender a gestão do SUS, vol. 7. Brasília: CONASS, 2007.

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *A Gestão Administrativa e Financeira no SUS*. Coleção Progestores / Para Entender a Gestão do SUS, vol. 2. Brasília: CONASS, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi (org.). *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992.

\_\_\_\_\_. (org.). *Vigilância Epidemiológica – Programa Nacional de Controle da Dengue – Amparo legal à execução das ações de campo*. Brasília: ASCOM/FUNASA, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Abrangência e limites da atividade de ordenação da administração pública em matéria de saúde pública*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las Necesidades Humanas*. Traduzido por José Antonio Moyano y Alejandro Colas. Barcelona: Içaria, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeiras. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *União, estados e municípios na nova constituição: enfoque jurídico-formal. A nova constituição paulista*. São Paulo: Fundação Faria Lima / Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*: 33. ed. São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*: 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 203, p. 1-10, jan./mar. 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional. Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÈ, Edis (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORTUNAK, Joseph M.; e ANTUNES, O. A. C. *A Produção de ARVs no Brasil: uma avaliação*. Rio de Janeiro: ABIA, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCÍA, Ginés González. Medicamentos – Ese raro objeto entre la ciencia, el mercado y la magia In: ZEPEDA BERMUDEZ, Jorge Antonio (org.). *Acceso a Medicamentos: Derecho Fundamental, Papel del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP, 2004.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 10, n. 39, p. 115-123, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1996.

GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública – Princípio da Legalidade – Decisão Judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro, 1994.

\_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. (Interpretação e crítica). 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Del Rey, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, Coleção Textos Filosóficos, 2007.

KRELL, Andreas J. *Os Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

LOPES, Clenir de Assis. A centralização no Estado federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 22, n. 22, Curitiba, 1985.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Silvia Badim. *A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, jan./jul. 1981.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ARANHA, Oswaldo. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 21. Editora Revista dos Tribunais, out./dez. 1997.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro, Mar./Apr. 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987. t. II.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais – sua Dimensão Individual e Social. *Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992, p. 200.

OLIVEIRA, Fernandes Regis; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais – sua Dimensão Individual e Social. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 1, out./dez., 1992.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Segunda Edición. Madri: Tecnos, 1986.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado* n. 73, *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, Ano XXIII, novembro de 2003.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. Ano 8, n. 15, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro 2002.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SCHEFFER, Mário. *Aids, tecnologia e acesso sustentável a medicamentos: a incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde*. Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências, mimeografada, São Paulo, 25 de abril de 2008.

SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *O Remédio via Justiça. Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Série Legislação n. 3. Brasília: Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância Sanitária/Programa Nacional de DST e Aids, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TÁCITO, Caio. *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*. Rio de Janeiro: Tese, 1951.

TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. Considerações sobre o Estado Federal. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 16, 1980.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção dos Direitos Humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras* (Seminário de Brasília de 1991). Brasília/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/F. Naumann-Stiftung, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário. *Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais e a reforma tributária*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 69, 1996.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, São Paulo, Apr. 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

# 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](#)