



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**LUCIVANE MARIA KLEIN PALUDO**

**O DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS  
NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE  
E ASPECTOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO**

Florianópolis

2012

**LUCIVANE MARIA KLEIN PALUDO**

**O DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS  
NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE  
E ASPECTOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Patrícia de Oliveira França, Msc.

Florianópolis

2012

**LUCIVANE MARIA KLEIN PALUDO**

**O DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS  
NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE  
E ASPECTOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 28 de junho de 2012.

---

Prof.<sup>a</sup> Patrícia de Oliveira França, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Júlio Cesar Marcellino Júnior  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof.<sup>a</sup> Carina Milioli Corrêa  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **O DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ASPECTOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo decorrente desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 04 de junho de 2012.

---

**LUCIVANE MARIA KLEIN PALUDO**

Dedico este trabalho às pessoas que amo, pelo apoio irrestrito em todos os momentos de minha vida. Ao meu esposo, pelo apoio, sempre. À minha amada filha Isabela, por sua presença em minha vida e por ter sabido tão bem compreender os meus momentos de ausência em função deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores da Universidade do Sul de Santa Catarina, fundamentais na minha vida acadêmica.

Aos colegas, amigos e companheiros que encontrei na Universidade, pelos momentos inesquecíveis que passei com todos, de aprendizagem e companheirismo.

Em especial, à professora Patrícia de Oliveira França, minha orientadora, por sua dedicação, por sua confiança, por seu apoio intelectual, por seus ensinamentos e por sua paciência. Agradeço profundamente pelo incentivo recebido, pelo conhecimento e pela sabedoria com que conduziu o presente estudo.

Também não posso esquecer dos servidores da UNISUL, que colaboram para a concretização do Curso, em especial as bibliotecárias, os atendentes e o pessoal da Coordenação do Curso de Direito da Unidade Trajano.

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo examinar o direito à saúde e aos medicamentos gratuitos a quem deles necessite, a partir do direito à vida, do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Para tanto, aborda o direito à vida e a sua proteção normativa, e os direitos fundamentais, as suas características, a sua fundamentalidade, as suas dimensões e a sua positivação no direito constitucional nacional. No estudo, foram examinados o direito fundamental à saúde e, como consequência, o direito dos indivíduos ao acesso aos medicamentos necessários. O trabalho realiza uma incursão ao campo das políticas públicas para a implementação dos direitos sociais fundamentais, avaliando, particularmente, o dever estatal de fornecer medicamentos à população. Adentra, ainda, na questão do dever do Estado de assegurar o mínimo existencial em relação à saúde em confronto com a tese da reserva do possível para o Poder Público. Explora o aspecto da atuação do Judiciário para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, notadamente do direito à saúde. Nesse ponto, compilam-se alguns delineamentos do Supremo Tribunal Federal nas suas decisões sobre o tema. Para o desenvolvimento do trabalho, adotou-se a técnica da pesquisa bibliográfica e o método dedutivo. Como resultado, o estudo constata que a deficiência das políticas públicas tem consequência na chamada judicialização da questão do fornecimento de medicamentos à população. Além disso, observa, também, que o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação concretizadora dos direitos fundamentais, no sentido de fazer valerem os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os objetivos fundamentais da República.

Palavras-chave: Direito à vida. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Direito à saúde. Medicamentos.

## **LISTA DE SIGLAS**

AI – Agravo de Instrumento

AgR – Agravo Regimental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

MS – Ministério da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial da Saúde

PPI – Programação Pactuada e Integrada

RE – Recurso Extraordinário

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E A PROTEÇÃO À VIDA HUMANA.....</b>	<b>12</b>
2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	13
<b>2.1.1 Conceito e características dos direitos fundamentais.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.2 Fundamentalidade formal e material .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1.3 Eficácia dos direitos fundamentais .....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.4 Dimensões dos direitos fundamentais .....</b>	<b>20</b>
2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SUA PROTEÇÃO NO BRASIL .....	24
2.3 O DIREITO À VIDA E AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO EM MATÉRIA DE SAÚDE: POLÍTICAS PÚBLICAS .....	30
<b>3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O MÍNIMO EXISTENCIAL .....</b>	<b>35</b>
3.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DOCTRINA DO BEM-ESTAR SOCIAL.....	35
3.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DO ESTADO .....	37
3.3 A POSITIVAÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	39
3.4 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE .....	42
<b>3.4.1 O princípio da máxima eficácia e a efetividade das normas definidoras do direito à saúde.....</b>	<b>42</b>
<b>3.4.2 A dimensão negativa do direito à saúde: a saúde como direito de defesa .....</b>	<b>44</b>
<b>3.4.3 A saúde como direito às prestações materiais com base na dimensão positiva do direito .....</b>	<b>46</b>
3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL .....	47
<b>4 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À POPULAÇÃO COMO CONSECUTÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....</b>	<b>51</b>
4.1 O DIREITO À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS .....	51

<b>4.1.1</b>	<b>Proteção constitucional .....</b>	<b>51</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Lei do Sistema Único de Saúde .....</b>	<b>52</b>
<b>4.1.3</b>	<b>Estatuto do Idoso.....</b>	<b>54</b>
<b>4.1.4</b>	<b>O Programa de Distribuição de Medicamentos .....</b>	<b>55</b>
<b>4.1.5</b>	<b>A repartição de competências entre os entes federativos em matéria de saúde e distribuição de medicamentos .....</b>	<b>56</b>
<b>4.1.6</b>	<b>Dificuldades de concretização do direito aos medicamentos .....</b>	<b>58</b>
<b>4.2</b>	<b>A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE .....</b>	<b>59</b>
<b>4.2.1</b>	<b>A impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo .....</b>	<b>62</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Alguns parâmetros do Supremo Tribunal Federal sobre o acesso a medicamentos no âmbito do direito à saúde.....</b>	<b>63</b>
4.2.2.1	Sobre a necessidade do medicamento para vida do cidadão .....	63
4.2.2.2	Sobre a impossibilidade de custeio pelo paciente (hipossuficiência).....	66
4.2.2.3	Sobre a reserva do possível.....	68
4.2.2.4	Sobre o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) .....	71
4.2.3.5	Sobre a solidariedade entre os entes federados.....	71
4.2.3.6	Sobre o bloqueio de valores das contas do ente.....	72
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>75</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central o dever do Estado de fornecer medicamentos à população, garantindo a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde previstos na Constituição Federal.

O tema-objeto deste trabalho, que se insere na área de Direito Constitucional, possui relevância sócio-jurídica, por potencialmente envolver a maior parcela da população brasileira e adentrar em questões de direitos fundamentais preconizados pela Constituição da República.

O trabalho desenvolvido parte da premissa de que a Constituição assegura a todos os indivíduos nacionais o direito à saúde, no qual está inserido o direito a receber do Estado os medicamentos que sejam necessários para a cura ou para a manutenção da vida, albergados no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A natureza da pesquisa é exploratória, pois envolve levantamento bibliográfico, jurisprudencial e legislativo. A pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com base em material já elaborado, como livros e artigos científicos. A abordagem baseou-se no método dedutivo, que parte de teorias e leis gerais para a ocorrência de fenômenos particulares.

O presente trabalho está organizado em cinco capítulos, sendo o primeiro e o último a introdução e a conclusão respectivamente.

No segundo capítulo, trata-se da constitucionalização do Direito e da proteção à vida humana. O estudo visa a aprofundar os conhecimentos relacionados aos direitos fundamentais correlacionados ao tema, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, com o foco direcionado para o tema deste trabalho, que é o fornecimento gratuito de medicamentos aos que deles necessitam. Para o estudo do segundo capítulo, foi essencial trazer o ensinamento de alguns autores, em especial Alexandre Moraes, Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Paulo Bonavides.

O terceiro capítulo aborda os direitos sociais e o mínimo existencial como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, dentro dos quais se inscreve o direito à saúde. A Constituição Federal assegurou à população o direito à saúde, que deve ser garantido pelo Estado, com amparo nos princípios fundamentais da República, como a dignidade da pessoa humana. Para o capítulo, além da Constituição Federal, foi fundamental o ensinamento dos autores Alceu Maurício Júnior, Germano Schwartz, Ingo Wolfgang Sarlet, José Afonso da Silva e Mariana Filchtiner Figueiredo.

E, no quarto capítulo, estuda-se o fornecimento de medicamentos à população como consectário do direito fundamental à saúde. Por meio da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, com o apoio de ensinamentos de doutrinadores como Affonso de Aragão Peixoto Fortuna, Alexandre de Moraes, Cícero Martins de Macedo Filho e Germano Schwartz, e com base na Constituição da República Federativa do Brasil e em leis infraconstitucionais, esse capítulo examina o problema do fornecimento gratuito de medicamentos à população no âmbito do direito fundamental à saúde e a acentuada judicialização da questão decorrente dos entraves encontrados pelos cidadãos perante a Administração Pública.

Trata-se de um tema da atualidade do mundo jurídico, o qual ainda suscita controvérsias e embates entre indivíduos da sociedade e o Poder Público que desaguam em demandas por interveniência decisória do Poder Judiciário.

Com a progressiva conscientização dos seus direitos fundamentais, a sociedade vem exigindo, do aparelho estatal, o fornecimento de medicamentos, especialmente aqueles de uso contínuo.

O desenvolvimento de novos medicamentos e tratamentos para doenças graves ou raras vem resultando em progressivas demandas ao Estado, para que este forneça medicamentos em lançamento, em geral de alto custo.

O Poder Judiciário passou a ser acionado para resolver situações de conflito crescentes, resultantes de solicitações de medicamentos negadas pelo Estado ou cujo atendimento teve demora justificada por supostas dificuldades orçamentárias e operacionais.

A intervenção judicial acirra a polêmica do direito da população de receber medicamentos fornecidos pelos órgãos do Estado, com entendimentos muitas vezes divergentes no âmbito da Justiça brasileira, inclusive sobre a qual esfera governamental deve ser atribuída tal responsabilidade.

Assim, surgem questionamentos sobre o dever do Estado de fornecer medicamentos gratuitos à população, sobre a amplitude e os limites do direito do indivíduo e sobre judicialização das questões relacionadas à matéria. Neste cenário, este trabalho procedeu ao estudo dos recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca do fornecimento de medicamentos e dos caminhos adotados para compatibilizar os princípios e os direitos fundamentais com a realidade social brasileira.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E A PROTEÇÃO À VIDA HUMANA

O fenômeno da constitucionalização dos direitos é recente na História. As constituições surgiram depois da queda dos regimes absolutistas e da implantação das repúblicas, com mais concretude a partir do século XVIII. Foi o resultado prático de um processo gradativo, decorrência natural do desenvolvimento e da evolução das ideias iluministas, do racionalismo e do ressurgimento do pensamento democrático, eclodidos na Europa e na América do Norte.

Essas novas concepções privilegiavam a positivação dos direitos dos homens frente a um novo Estado, que agora tinha por função proteger o indivíduo. Nesse contexto, a Constituição passou a ser o documento representativo do pacto social em uma nova ordem política, jurídica e social que se formava. Esse conjunto de regras basilares para uma sociedade, que era formulado pelos seus representantes – em geral, pelo Legislativo – e definia a organização do Estado, mostrava-se essencial por abarcar os direitos considerados fundamentais.

Diz-se que surgiu um novo constitucionalismo a partir da Segunda Guerra Mundial, que se caracteriza pelo fato de a Constituição figurar no centro do sistema jurídico, de onde irradia a sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. (BARROSO, 2005).

Também a partir desse neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, houve um aprofundamento da constitucionalização de direitos a partir do reconhecimento da sua fundamentalidade. Tal aprofundamento não se limitou aos direitos individuais (liberdades individuais), mas se ampliou para abarcar os direitos sociais, aí incluídos os direitos à educação e à saúde. (BARROSO, 2005).

Surgiu, então, um novo paradigma jurídico em que as normas constitucionais são a expressão máxima no ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais só têm validade

---

<sup>1</sup> Conforme sintetiza Luís Roberto Barroso (2005), “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como *marco histórico*, (i) a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como *marco filosófico*, (ii) o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e, como *marco teórico*, (iii) o conjunto de mudanças que inclui a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos, resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”. (grifo do autor).

se amoldadas aos parâmetros da constituição e constituem instrumentos operativos dos preceitos constitucionais. Em razão dessa supremacia absoluta da Constituição, cada vez mais, procurou-se introduzir novos direitos nesse marco normativo, tendo, do lado da sociedade, a expectativa de que seriam respeitados ou teriam efetividade, especialmente com relação aos direitos fundamentais. No Brasil, esse processo de constitucionalização do direito<sup>2</sup> foi marcante a partir da Constituição de 1988. (BARROSO, 2005).

## 2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma sociedade organizada está calcada em certos valores, considerados e aceitos genericamente pelos seus membros. Alguns desses valores são tidos como elementares e essenciais para o grupo social. Deles depende a coesão e o desenvolvimento socioeconômico desses povos. E certos valores são inerentes à própria existência do homem, como o direito à vida, reconhecidos, em maior ou menor grau, por todas as sociedades contemporâneas.

A sociedade moderna compreendeu que deveria positivizar determinados valores, e que tais valores deveriam estar marcados como direitos fundamentais, individuais ou coletivos, naquele conjunto normativo que se encontra no ápice da pirâmide normativa, ou seja, na constituição. Muitas constituições costumam reservar um capítulo específico para elencar e distinguir os direitos fundamentais. Não é diferente na Carta Política Brasileira.

Um estudo sobre os direitos fundamentais requer apontamentos sobre seu conceito e suas características, sobre a sua eficácia e as suas dimensões. É, também, essencial uma abordagem, ainda que sintética, sobre a proteção do direito fundamental à vida no Brasil e sobre a relação entre o direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde, materializadas pelas políticas públicas.

### 2.1.1 Conceito e características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem papel relevante na história da humanidade. O despertar para a existência dos direitos fundamentais, e sua conformação e consolidação, teve

---

<sup>2</sup> Segundo Luís Roberto Barroso (2005), “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição, à norma constitucional, do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”. (grifo do autor).

decisiva influência da religião e da filosofia. Os pensadores da época em que tais direitos foram criados defendiam que “o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, de pré-história dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2010, p. 38).

No entendimento de Sarlet (2010, p. 29), os direitos fundamentais são direitos humanos por essência, pois o ser humano é sempre o seu titular, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, estados). Os ditos direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados e positivados, enquanto que os direitos humanos são direitos de caráter universal, amparados por legislação esparsa.

Na acepção de A. de Moraes (2007, p. 1), os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

A conceituação de direitos fundamentais pode ser feita a partir do aspecto formal ou da concepção ético-moral. Para o formalismo jurídico, seriam direitos fundamentais aqueles assim definidos na constituição<sup>3</sup>, ou seja, derivados da vontade do legislador (MAURÍCIO JR., 2009). Já na concepção ético-moral (material), os direitos fundamentais decorrem de princípios universais de justiça, numa reaproximação entre o direito e a moral, dando eficácia jurídica a princípios morais superiores. Todavia, não basta a origem moral para conferir a eficácia, é preciso a positivação. (MAURÍCIO JR., 2009).

Nessa linha, para Pereira (2006), do ponto de vista formal, os direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são os que ostentam maior importância, aqueles reconhecidos por uma Constituição legítima. O autor acrescenta que os direitos fundamentais são integrados ao sistema jurídico por normas jurídicas, formuladas a partir da interpretação de dispositivos constitucionais.

Destaca-se que os direitos fundamentais não se limitam a produzir os seus efeitos somente para assegurar um direito individual no caso concreto. Tem reflexos autônomos sobre a atuação dos poderes públicos e do ordenamento jurídico. (CARDOSO, 2009).

---

<sup>3</sup> Maurício Jr. (2009, p. 36) adverte que “um dos grandes problemas de uma concepção formal de direitos fundamentais, que extrai a fundamentalidade de um direito de sua simples previsão no ordenamento positivo, é justamente a falta de controle sobre o conteúdo do sistema constitucional de direitos fundamentais. Assim, da mesma forma que o legislador brasileiro foi pródigo no catálogo de direitos fundamentais, poderia não ter incluído direitos imprescindíveis ao desenvolvimento de um Estado de direito democrático, como, por exemplo, o direito de eleger seus representantes no Congresso Nacional”.

Na visão difundida pela UNESCO (1978 apud MORAES, 2007, p. 20), os direitos humanos fundamentais são considerados, por um lado, "uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado" e, de outro lado, "regras para se estabelecerem condições humanas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana".

Também nessa esteira, Bonavides (2008, p. 560) assevera que direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais, almejando "criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana".

Nesse espectro, A. de Moraes (2007, p. 20) define os direitos humanos fundamentais como sendo:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Marmelstein (2008, p. 20) concorda com essa relação entre o constitucionalismo e os direitos fundamentais, e designa-os como:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e a limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamenta e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Nota-se que a noção de direito fundamental está intimamente associada a valores superiores da consciência do ser humano, como elementos necessários – no tempo e espaço – para que viva bem na dimensão individual e na dimensão social (em harmonia com seus semelhantes). Há uma dicotomia entre o ser individual e o ser gregário, pois a ânsia inata de liberdades individuais constitui um elemento gerador de conflitos frente à necessidade de convivência com outros. Nesse prisma, a consciência coletiva conduz à positivação de direitos fundamentais que atendam tanto o espectro individual quanto o coletivo, visando à pacificação social. A intensidade da asseguaração dos direitos fundamentais (individuais e sociais) depende de cada sociedade. (MARMELSTEIN, 2008).

Noutro viés, Canotilho (1999, p. 369) define os direitos fundamentais a partir da distinção com os direitos humanos:



As expressões direito do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimos. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

J. A. da Silva (2011, p. 175) aponta dificuldade para conceituação de direitos fundamentais, pois, para o doutrinador, existem diferentes formas de conceituação, como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Mas considera que a forma mais adequada é denominar direitos fundamentais do homem, “porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”, ainda, “é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. (grifo do autor).

Sarlet (2010, p. 32) apresenta semelhante distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos:

[...] as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam, por várias possíveis razões, a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional. (grifo do autor).

[...] à luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais [...] sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as devidas distinções em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este ângulo (não excludente de outras dimensões) que deverão ser prioritariamente analisados ao longo deste estudo.

Para Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 231), os avanços do direito constitucional decorrem da afirmação dos direitos fundamentais, sendo que a nossa Constituição lhes dá ênfase desde o seu preâmbulo:

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “**instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança.**” Esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. (grifo do autor).

Os direitos fundamentais assumem, assim, importância capital na Constituição Federal. São assegurados e reconhecidos constitucionalmente, pois estão intimamente ligados à proteção à vida, ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### **2.1.2 Fundamentalidade formal e material**

A fundamentalidade de um direito decorre da consciência coletiva sobre certos valores superiores e universais, que fazem parte da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, foi essencial o fato de a Constituição Federal ter tutelado o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado, para garantir e preservar a saúde e a vida. Portanto, entender que o direito à saúde é um direito fundamental é compreender que tal direito está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, fundamentado e amparado pela Constituição Federal. (SARLET, 2010).

Aponta a doutrina para a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais. A fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo, ou seja, ao direito previsto, escrito e ordenado na Constituição. Sarlet (2010, p. 74) esclarece:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso ordenamento constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida dos direitos de natureza supralegal; na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CRFB), cuidando-se [...] de direitos pétreos [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas [...].

O art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) declara o rol dos direitos sociais, entre eles, a saúde, o que os define como direitos fundamentais no sentido formal.

A fundamentalidade material diz respeito às características, à materialidade e à fundamentação dos direitos fundamentais, notadamente no princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, a fundamentalidade não se limita ao fato de que os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, mas leva em conta que os valores sociais representados por eles são aceitos pela sociedade. Sarlet (2010, p. 75), expõe sobre a fundamentalidade material:

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre de circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º da CRFB) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes no seu texto e, portanto, materialmente fundamentais [...].

Conforme Figueiredo (2007, p. 67), sintetizando as lições de Sarlet, a identificação da fundamentalidade material de um direito passa pelo significado de dados “que possam redirecioná-lo à ordem de valores dominantes e consensualmente aceita em certa comunidade, bem como às demais circunstâncias de caráter social, político, econômico e cultural consagradas no sistema constitucional” que reconheceu esse direito.

Nesse prisma, pela fundamentalidade em sentido material, existe a possibilidade de considerar outros direitos não presentes na Constituição, inclusive aqueles decorrentes de tratados internacionais ao qual o País venha a aderir.

### **2.1.3 Eficácia dos direitos fundamentais**

A eficácia dos direitos fundamentais diz respeito ao âmbito ou ao alcance da aplicação desses direitos na relação particular-Estado e na relação particular-particular (relações privadas).

Na constitucionalização dos direitos fundamentais, a ideia inicial de oposição ao poder estatal (característica dos primeiros direitos declarados fundamentais) evoluiu em direção a considerar que são aptos a produzir efeitos também na relação privada entre os

indivíduos<sup>4</sup>. Essa duplicidade de efeitos, os pensadores do Direito denominam-na eficácia vertical e eficácia horizontal. A primeira refere-se a quem está num patamar superior: o Estado. A segunda relaciona-se com quem está em nível equivalente: um indivíduo em relação ao outro. (BONAVIDES, 2008).

Nesse ponto, Humenhuk (2004, p. 1) informa que a eficácia horizontal existe em relação a terceiros, posto que “deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a serem efeitos horizontais perante entidades privadas.”

O constitucionalista Lenza (2009, p. 674) bem sintetiza esse aspecto ao informar que a eficácia horizontal ou eficácia privada ou eficácia externa, surge da relação entre particular e particular, já a eficácia vertical é resultado da relação entre Estado e particular.

Nota-se que, em princípio, a efetivação indiscriminada de todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, em qualquer situação, pode tornar impossível a sua concretização. Assim, nessa perspectiva, V. A. da Silva (2009, p. 50) argumenta: “toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia”.

Embora os direitos fundamentais estatuídos no plano constitucional contenham o comando que os traduz em aplicabilidade imediata, a efetiva aplicação, ou seja, a sua eficácia, nem sempre se mostra como algo fático. Em não raras vezes, os beneficiários – o indivíduo ou a coletividade representada – precisam valer-se de mecanismos – igualmente de índole constitucional – para obter a efetividade desses direitos. Para V. A. da Silva (2009, p. 180), é de suma importância a atuação do Poder Judiciário para garantir a eficácia e a efetividade na aplicação das normas que contêm os direitos fundamentais:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas quanto as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> Certos autores sustentam que, na relação entre particular e Estado, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais têm *efeitos diretos*, enquanto que, na relação entre particulares, tais normas teriam *efeitos indiretos*.

No mesmo sentido, reforça A. de Moraes (2007, p. 38), informando que competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça grave de direito, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, ganha relevância o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, pelo qual se procura compatibilizar ou harmonizar os conflitos entre princípios para atender aos objetivos da positivação de certos direitos. A eficácia dá-se fundamentalmente pelo exercício das garantias constitucionais postas à sociedade.

### 2.1.4 Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, segundo Sarlet (2010, p 45), durante a história, passaram por mudanças, e, portanto, os doutrinadores têm usado diferentes denominações para classificar esta evolução dos direitos, referindo-se a “gerações” ou “dimensões”.

A maioria das doutrinas traz uma classificação de direitos fundamentais dividida em direitos de primeira, segunda e terceira gerações. A maioria dos autores tem adotado a definição “dimensões”, pois, segundo Sarlet (2010, p. 45), a expressão “geração” pode provocar um entendimento equivocado, ou seja, a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, sem corresponder à realidade, porque os direitos fundamentais se encontram em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Já Ferreira Filho prefere falar em “momentos de conscientização”<sup>5</sup> dos povos para certos direitos que categoriza como fundamentais.

O constitucionalista Bonavides (2008, p. 561-594) apresenta cinco “gerações”, com quem concordam Wolkmer e Leite (2003, p. 7-16), mas tal classificação destoa da maioria dos doutrinadores, que indicam três gerações.

Sobre essa multiplicidade de dimensões, esclarece Tavares (2008, p. 454) que isto é compreensível e decorrem da própria natureza humana, pois "as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano".

---

<sup>5</sup> Vale apontar que, “historicamente, a afirmação dos direitos fundamentais é marcada por três etapas, ou momentos de conscientização. A primeira é a do reconhecimento das *liberdades* que acompanha o nascimento do constitucionalismo. Outra é a de consagração dos *direitos sociais*. A última, que é contemporânea, é a dos *direitos de solidariedade*. (...) Em cada uma prepondera um tipo de direito considerado fundamental, embora não tenha nisso exclusividade. (...) Por outro lado, cada uma delas reflete as exigências de um quadro sociopolítico”. (FERREIRA FILHO, 2010. p. 84). (grifo do autor).

Ainda na visão de Tavares (2007, p. 426), “daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos.”.

Os direitos fundamentais de primeira geração são definidos por Bonavides (2008) como os direitos de liberdade e os primeiros a constarem na norma constitucional, representados pelos direitos civis e políticos. São direitos que têm por titular o indivíduo<sup>6</sup>. Sobre essa primeira dimensão, Sarlet (2010, p. 47) explica que:

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jus naturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, 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.

Sarlet (2010, p. 46) ensina, ainda, que a primeira dimensão dos direitos fundamentais inicia no século XVIII, marcada pelo pensamento liberal-burguês individualista, surgindo e afirmando-se como a dimensão dos direitos do indivíduo perante o Estado. Demarcava uma zona de não intervenção do Estado, sendo, portanto, direitos de defesa. Por isso, eram tidos como direitos de cunho “negativo”, uma vez que o seu objetivo maior era a abstenção dos poderes públicos, ou seja, representavam uma verdadeira oposição aos abusos estatais. A preocupação essencial era a proteção individual contra os abusos do Estado.<sup>7</sup> Nesse momento histórico, surgiram outros direitos, como o de igualdade formal, e algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição. Os

---

<sup>6</sup> Borges (2009) assim sintetiza: “Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem, essencialmente, ao pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho fortemente individualista, consubstanciado na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as quais serviram de base para as primeiras Constituições escritas do mundo ocidental. Surgem e afirmam-se, basicamente, como direitos do indivíduo perante o Estado, dirigidos a uma abstenção dos poderes públicos perante sua esfera de autonomia individual. São em princípio considerados *direitos negativos ou de defesa*, ‘de resistência ou de oposição perante o Estado’, na concepção de Paulo Bonavides, que os inclui entre os direitos civis e políticos. Tais são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, desdobrados nas liberdades de expressão coletiva (de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação e outros), nos direitos de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva), nas garantias processuais do devido processo legal, do uso dos remédios heroicos, do direito de petição e outros”. (grifo do autor).

<sup>7</sup> Há que se lembrar de que o berço dessas mudanças – a Europa – vinha de séculos de dominação absolutista, em que a maioria dos detentores do poder eram déspotas opressores que minimizavam as liberdades individuais. A fase libertária, a partir do século XVIII, teve por preocupação primeira assegurar direitos individuais basilares, vinculados à autodeterminação e ao respeito à vontade de cada indivíduo.

documentos desse momento histórico também mencionam os direitos à vida, à segurança e à propriedade. (SARLET, 2010).

São representativos dessa geração a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), a Declaração de Independência da Virgínia (EUA, 1776) e as declarações de independência de outras colônias na América do Norte. No Brasil, destaca-se a Carta Imperial de 1824 (Constituição outorgada).

Para o constitucionalista Bonavides (2008, p. 564-565), os direitos fundamentais de segunda geração são “os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou da coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, [...] que nasceram abraçadas ao princípio da igualdade”.

Também enfatizam Wolkmer e Leite (2003, p. 8) que os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, e acrescentam, ainda, que são os direitos fundados nos princípios da igualdade e do alcance positivo, afirmando que: “não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público”. Integram os direitos da segunda geração ou dimensão, como, por exemplo, os direitos à saúde, à educação, ao trabalho.

Os direitos da segunda dimensão (geração) vêm reivindicar uma conduta positiva do Estado, visando à proteção aos direitos sociais, tendo em vista a nova concepção do homem enquanto membro de uma coletividade. Nesse período, devido ao impacto da industrialização e aos graves problemas sociais e econômicos que dela advinham, a consagração formal da liberdade e da igualdade já não era suficiente, e passaram a ocorrer movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos. Tais movimentos exigiam do Estado um comportamento ativo no sentido de garantir e conceder os direitos reivindicados, ou seja, exigindo um comportamento ativo do Estado para a realização da justiça social, na busca do bem-estar social. (SARLET, 2010).

Nesse segundo momento de conscientização coletiva (FERREIRA FILHO, 2010, p. 84) foram categorizados como direitos fundamentais os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, ao sustento na doença e ao amparo na velhice (previdência social), ao lazer e outros direitos de cunho social, visando à melhoria na qualidade de vida, à preservação da dignidade do ser humano e a permitir um equilíbrio de oportunidades para o desenvolvimento socioeconômico dos indivíduos e da sociedade. Para Borges (2009),

Já o que caracteriza os chamados direitos de segunda dimensão, que muitos chamam de "direitos prestacionais", é o seu caráter predominantemente *positivo*, por meio da exigência de *comportamentos ativos do Estado* na realização da justiça social, da

outorga ao indivíduo de direitos a prestações sociais estatais, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, etc. São as *liberdades-prestação* a que sempre aludiu George Burdeau, prestações concretas que asseguram ao indivíduo condições para o exercício das suas liberdades, na moderna concepção do Estado Social de Direito. (grifo do autor).

Além disso, os direitos de segunda dimensão englobam ainda as liberdades sociais (sindicalização, greve) e os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º — CRFB (férias, repouso remunerado, salário mínimo, jornada de trabalho, etc.). E mais outros direitos espalhados pelo texto constitucional, como o direito à cultura.

Tais avanços foram plasmados, em maior ou menor grau, na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), na Constituição Mexicana (1917), no Tratado de Versalhes (1919) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). (FERREIRA FILHO, 2010).

Na terceira dimensão, foram consagrados direitos que transpassam o indivíduo e o seu grupo social, pois afetam, simultaneamente, mais de um povo, envolvendo toda a humanidade. São direitos difusos. Nesse momento de conscientização (FERREIRA FILHO, 2010, p. 89), têm assento os direitos de solidariedade, positivados nas constituições de diversos países como direitos fundamentais. Para Bonavides (2008, p. 569-570) são aqueles que dizem respeito ao direito da fraternidade, à paz, ao meio ambiente, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

A propósito, Marmelstein (2008, p. 40) explica que os direitos da solidariedade são, “em especial, o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948”. E Sarlet (2010, p. 48) assim comenta:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação, são, para Sarlet (2010), os direitos de terceira dimensão e estão, segundo ele, voltados para a coletividade.

Porém, como já anunciado, há autores, como Bonavides (2008, p. 561-594), que classificam em cinco gerações (ou dimensões). Em relação aos direitos fundamentais de quarta geração, ensina Bonavides (2008, p. 570-571) que se referem à globalização dos



direitos fundamentais. Fazem parte desses direitos “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. Sustenta o autor que os direitos da quarta geração têm a ver com “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”. Para Bonavides (2008, p. 570-571), o direito fundamental de quinta geração está direcionado ao direito à paz, à dignidade jurídica da paz, que deve reinar na convivência humana. Como se nota, confundem-se com os de terceira geração nas outras classificações.

Nota-se, pois, na perspectiva histórica, uma evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais da via individualista para a dimensão global da humanidade. Ou seja, inicialmente a preocupação foi com os direitos e garantias individuais. Posteriormente, passou para a assecuração formal dos direitos de um determinado grupo ou sociedade. E, na fase mais recente, desenvolveram-se os direitos que extrapolam o indivíduo e o seu grupo e afetam – em alguma medida – toda a humanidade. Portanto, houve uma evolução do microcosmo (o indivíduo) para o macrocosmo (a coletividade globalizada).

## 2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SUA PROTEÇÃO NO BRASIL

O direito à vida talvez seja o direito primeiro do homem. Sem a vida, exaure-se qualquer discussão sobre outros direitos da pessoa, embora a morte tenha por efeito criar direitos para terceiros. Por isso, diz-se direito inviolável. Tavares (2008, p. 527) assinala que o direito à vida “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isso, o direito humano mais sagrado”.<sup>8</sup>

I. G. da S. Martins (1987, p. 27 e 29) anota:

O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar. [...]  
O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido, e principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida dos seus filhos após o nascimento, os quais não teriam condições de viver sem tal proteção à sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco a partir da teoria do suprimento.

---

<sup>8</sup> Para Tavares (2008, p. 527), “[...] o conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida”.

A comunidade jurídica costuma relacionar o direito à vida ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A concepção é de que a dignidade da pessoa humana é o bem supremo fundamental do qual deflui o direito à vida. Colaciona-se o escólio de Borges (2009):

Em nosso país, o ordenamento jurídico-constitucional expressamente entronizou a dignidade da pessoa humana como *fundamento* do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), do qual emanam todos os outros direitos sociais fundamentais. Bem assim, como *finalidade precípua* da ordem econômica (art. 170, caput). Também aparecem expressas menções ao respeito da dignidade da pessoa humana no capítulo respeitante à ordem social (arts. 226, §6º e art. 227, caput). (grifo da autora).

A evolução da consciência dos povos fez brotar declarações e constituições que expressaram o direito à vida e à sua proteção pelo Estado. Nesse ponto da História, a vida do homem passou a ser objeto do direito. Foram promulgadas várias Cartas e Declarações de diferentes países, contendo regras relativas a direitos fundamentais, parte delas relacionadas ao bem supremo: a vida.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (BRASIL, 2012), aprovada em 1948 na terceira Assembleia Geral da ONU, é o documento de reconhecimento internacional mais expressivo no contexto da afirmação, ainda que declaratória, da vida como direito elementar, inviolável. Foi influenciada pela legislação de vários países e também influenciou a elaboração da legislação de outros países, como exemplo a Carta Federal do Brasil.<sup>9</sup> O seu art. III prescreve: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” J. A. da Silva (2011, p. 162) afirma:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com sete considerando, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana [...] reconhecem os direitos fundamentais do homem. Do art. 1º ao art. 21 encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados direitos e garantias individuais, certamente impregnados de conotações mais modernas, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação; direito à vida [...].

No Brasil, em 1824, a então Constituição Política do Império do Brasil - a primeira Constituição brasileira - já trazia uma declaração dos direitos do homem brasileiro e do estrangeiro residente no país. Depois, a primeira Constituição Republicana, elaborada em

---

<sup>9</sup> Isto fez Tavares (2008, p. 508) alertar que “pode haver coincidência entre as normas internacionais e as nacionais, asseguradas constitucionalmente”, já que muitas normas constitucionais “reproduziram o conteúdo de normas internacionais, como o art. 5º, III, relativamente ao art. V da Declaração Universal dos Direitos de 1948”.

1891, também fez referência aos direitos e garantias individuais, mas não tratou expressamente do direito à vida. Somente em constituições posteriores, com o maior desenvolvimento sócio-político da sociedade brasileira – e também sob influência dos pactos internacionais –, o tema do respeito à vida passou a integrar o normativo constitucional (TAVARES, 2008).

A expressa proteção ao direito à vida no arcabouço normativo brasileiro é relativamente recente, efeito das declarações internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

As constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1967 são citadas por Tavares (2008, p. 528) quando explana sobre a evolução constitucional do direito à vida.

Art. 113, 34, da Constituição Federal de 1.934: “A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência”.

O art. 136 da Constituição de 1.937 assinala, já dentro da ordem econômica: “A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”. Com a Constituição de 1.967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, ficara garantido a inviolabilidade “dos direitos concernentes à vida” (art. 153, *caput*), em redação dúbia, que deixava de referir-se, diretamente, a inviolabilidade do direito à vida. (grifo do autor).

Embora as constituições brasileiras anteriores a 1967 não contivessem expressamente o direito fundamental à vida, seus dispositivos, indiretamente, remetiam a esse direito, ao atribuir ao Poder Público o dever de amparo na indigência, embora se perceba nessa atribuição uma eficácia muito limitada desse direito universal do homem. (TAVARES, 2008).

A Constituição Federal de 1988 foi mais explícita em relação aos direitos vinculados à vida. Prevê no *caput* do 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”. O art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dita que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, **o direito à vida**, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (sem destaques no original).

A Constituição Federal de 1988, também, em vários artigos, menciona o princípio da dignidade da pessoa humana, como no art. 1º, inciso III; no art. 170; no art. 226, § 7º; no art. 227 e no art. 230. Dessa forma, evidencia-se que a Constituição Federal acolhe a ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo um princípio fundamental, consagrando-se, assim, o valor da vida humana. Essa proteção legal transforma a vida em um bem jurídico (TAVARES, 2008).

Daí decorre o dever estatal de adotar políticas públicas para manter e prover o direito constitucional à vida do indivíduo, perpassando pelas ações de saúde, segurança pública, lazer, educação e condições econômicas adequadas, que também se traduzem na vida digna. Assevera Tavares (2008, p. 528):

Desde o primeiro e mais essencial elemento do direito à vida, vale dizer, a garantia de continuar vivo, é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo, assim como o momento em que, seguramente, cessa a existência humana e, nessa linha, o dever estatal, de cunho constitucional, de mantê-la e provê-la.

A constitucionalização do direito à vida como direito fundamental não se limita à vida em sentido estrito, numa conceituação biológica. A Constituição quer reconhecer e imprimir uma dimensão maior, na direção dos outros fatores que envolvem esse direito sagrado, como à vida digna<sup>10</sup>. A vida, no sentido biológico, é apenas o núcleo ao redor da qual giram e gravitam elementos psíquico-sociais. Nessa concepção, não basta viver por viver. O ser humano merece viver com o menor sofrimento físico, moral e psíquico possível (CARVALHO, 2006).

Para garantir o direito à vida digna aos cidadãos, a Constituição Federal ainda trouxe outras disposições, como o art. 6º, que trata da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância, e da assistência aos desamparados. Há, também, o art. 196, que contém prescrições sobre a saúde, o art. 205, sobre a educação, o art. 215, a respeito da cultura, e o art. 217, sobre o lazer (BRASIL, 1988).

---

<sup>10</sup> É sempre difícil fixar um conceito como “vida digna” por envolver questões subjetivas. O que seria uma vida digna? De qualquer modo, uma vida digna seria aquela que permite à pessoa, sem renunciar aos princípios e ao respeito consigo e para com as demais pessoas, viver de forma confortável, a partir de um trabalho sem exploração e humilhação, que permita obter alimentação adequada e um bem-estar econômico, com acesso à educação, à assistência de saúde, à habitação e à justiça, e a morar em um ambiente não degradado, de forma a proporcionar a satisfação das necessidades básicas.

Assim, a Constituição Federal assenta, de forma explícita, o direito fundamental à vida, que, na acepção de A. de Moraes (2011, p. 39), é a mais valiosa garantia individual, cabendo ao Estado assegurá-lo, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo tal linha de pensamento, J. A. da Silva (2011, p. 198-199) ensina que o direito à vida envolve o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade física, o direito à integridade moral e o direito à integridade privada. E entende que ninguém tem o direito de dispor da própria vida ou da vida de outra pessoa, pois direito à vida é estar vivo, defender a própria vida, lutar pela vida e permanecer vivo. Para J. A. da Silva (2011, p. 198):

*A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A ‘vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo’. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.<sup>11</sup> (grifo do autor).*

Quanto ao direito à vida, previsto no art. 5º na Constituição Federal,<sup>12</sup> Lenza (2009, p. 678) diz que: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Nessa linha, A. de Moraes (2011, p. 39) assinala que a Constituição Federal “proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

De acordo com C. L. A. Rocha (2004, p. 11 e 21), ao Estado incumbe garantir o direito à vida, de ter vida digna durante a vivência e não somente em manter o homem vivo. Assim ensina:

---

<sup>11</sup> José Afonso da Silva (2011, p. 198) assere que “o direito à existência: consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria”.

<sup>12</sup> 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”.

E a dignidade da vida fez-se direito. A própria vida tornara-se conteúdo fundamental dos ordenamentos jurídicos no Estado Moderno. Percebe-se que não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade inerente à condição do homem em sua aventura universal. [...] todos os homens têm direito à vida digna livre e em igualdade de condições que o dignifique mais e mais. O direito à vida é fundamental da pessoa.

E também ensina sobre o direito à vida (2004, p. 25):

O direito à vida manifesta-se, numa interpretação mais restritiva que se adotasse, com um significado mais estático e objetivado. Assim, o direito à vida compreende o direito a integridade física (direito ao corpo), direito de não ser atingido em sua integridade física e psíquica (vedação de tortura, maus tratos, de penas degradantes ou hedionda), direito ao patrimônio genético, direito à vida privada e intimidade, direito à honra e à imagem, dentre outros direitos que compõem o patrimônio de bens jurídicos tutelado pelo sistema.

A autora (2004, p. 25-27) diz, ainda, que o direito à vida complementa o direito constitucional de viver em dignidade. E afirma que o direito a uma vida digna amplia o direito à vida, pois já existe um ser desde a concepção. Para a doutrinadora, o princípio da dignidade da pessoa humana é de toda a existência, e não somente do viver do ser humano. Logo, não basta viver, mas é preciso viver com dignidade. E, nesse aspecto, o direito à saúde é essencial para atender a essa dupla perspectiva.

O princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, inciso III, da CRFB<sup>13</sup> apresenta-se como essência fundamental e informadora de todo o ordenamento jurídico, como parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional. (SPITZCOVSKY, 2005).

O art. 3º da Constituição Federal apregoa uma sociedade mais justa, solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais e a promoção do bem de todos como objetivos fundamentais do país. Assim, o estabelecimento desses objetivos constitui um avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, que ainda são elevados à categoria de cláusulas pétreas<sup>14</sup>. A Carta Política nacional contém mecanismos para proteger os indivíduos contra a antecipação da extinção da vida e para garantir a vivência dentro de padrões mínimos, materializáveis por meio de políticas sociais.

No Brasil, além da Constituição Federal, outras leis tratam do direito à vida. Cabe, aqui, fazer referência à Lei nº 8.069/90, Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente

---

<sup>13</sup> Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>14</sup> Art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”.

(BRASIL, 1990), mais especificamente ao seu art. 7º, que prescreve: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, expressa, no art. 3º, o direito à vida, entre outros:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Cabe dizer que a vida (e a sua manutenção) está muito ligada à questão da saúde. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, e para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabelece que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Assim, constitui dever do Estado garantir a saúde por meio da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como a assegurar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Embora não esteja explícita a expressão direito à vida, esse estatuto normativo tem escopo jurídico voltado a atender o direito fundamental à vida no âmbito da saúde.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional, expressamente, consigna a proteção ao direito à vida como bem jurídico fundamental, fornecendo aos cidadãos os meios para exigir respeito a esse direito basilar, notadamente quando houver atentado à dignidade da pessoa humana.

### 2.3 O DIREITO À VIDA E AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO EM MATÉRIA DE SAÚDE: POLÍTICAS PÚBLICAS

Cabe ao Estado criar políticas públicas que garantam a todos os cidadãos o direito à vida e à existência digna. Nesse sentido, Ressurreição (2009) comenta:

No Brasil, o direito à vida e à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado no seu dever de formular e implementar políticas públicas que garantam aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 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. Nesse sentido, o agente do Estado deve assumir uma postura consciente de seu dever-poder de proteção e promoção da dignidade humana, aqui exemplificada pela tutela do direito à saúde, já que, sem os bens de saúde, torna-se inimaginável a própria conservação da vida, quanto mais de uma vida digna, saudável.

Portanto, a ideia de vida digna impõe deveres ao Estado e determina que este atue num determinado sentido. Tal conduta pode-lhe ser exigida judicialmente, incluindo-se, nesse âmbito, os deveres relativos a medicamentos e a tratamentos médicos. O Estado encontra-se obrigado, no atual desenho constitucional, a desenvolver e concretizar políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, Sarmiento (2004) chega a apontar que o princípio da dignidade manifesta a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio pela Constituição Federal de 1988 importa no reconhecimento de que a pessoa humana é o fim e de que o Estado não é mais do que um meio para a garantia e a promoção dos seus direitos fundamentais. O mesmo autor ainda comenta a importância fundamental da proteção de determinados direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana e afirma que:

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. Como afirma José Castan Tobena, “*el postulado primario del Derecho es el valor propio del hombre como valor superior e absoluto, o lo que es igual, el imperativo de respecto a la persona humana.*” (sem destaques no original).

Nesta linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano [...] razão última do Direito e do Estado. (SARMENTO, 2002, p. 59).

Destaca Nunes (2007, p. 57) que é dever de todos, especialmente daqueles que trabalham no campo jurídico, como advogados, procuradores, juízes e outros que trabalham na área jurídica, regular a conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à vida humana.



Segundo Sarlet (2010, p. 322-323), o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana baseiam-se, por evidente vinculação de conteúdo, nas postulações judiciais em torno do acesso a tratamentos médicos e medicamentos.

[...] é no âmbito do direito da 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 do 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 a 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, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com direito à vida, o direito a saúde (aqui considerado em sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível. (SARLET, 2010, p. 322-323).

O Estado, operacionalmente representado pela Administração Pública, tem o dever de desenvolver ações e atividades estrategicamente planejadas e organizadas, a fim de produzir resultados adequados e suficientes para cumprir os desígnios constitucionais relativos aos direitos fundamentais. Costuma-se, pois, chamar de políticas públicas a cada conjunto de programas e ações governamentais com cuja finalidade é atender aos direitos fundamentais. (PIVETTA, 2010).

As políticas públicas decorrem de decisões políticas nas várias instâncias do Poder Público, tanto no sentido vertical, das esferas de governo, quando no sentido horizontal, dos poderes estatais, estando intimamente ligadas ao aspecto orçamentário. Obviamente, as políticas públicas também devem ser executadas seguindo os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais de validade e legitimidade. Por isso, as políticas públicas também possuem conteúdo jurídico. Pivetta (2010, p. 222) sintetiza:

O modo de agir governamental por meio de políticas públicas decorre do estabelecimento, pela Constituição, de objetivos fundamentais e de direitos sociais, que demandam prestações positivas do Estado para serem concretizados. Nesse sentido, tem-se que o ponto de partida da política pública é o próprio texto constitucional, marcando um controle prévio da discricionariedade do administrador. Isso impõe que o aparato material e orgânico da Administração seja estruturado de modo a viabilizar a implementação dessas políticas. E será o processo de formulação da política que definirá seus contornos concretos. Processo, ou conjunto de processos, portanto, é palavra-chave para se compreender a noção de política pública.

As prescrições constitucionais acerca de direitos fundamentais convocam o gestor público à adoção de políticas públicas, às quais se obriga. Silveira (2008 apud ÂNGELO, 2012), em palestra sobre Políticas Públicas e Judicialização<sup>15</sup>, observa que:

As nossas políticas públicas, que devem garantir ao cidadão o direito à saúde, são normas de cogência destinadas ao gestor. Desse modo, devemos ter muito cuidado ao examinar a questão e não pretender que se exija que o cidadão adapte as suas moléstias às políticas estabelecidas pelo administrador, quando é o contrário, o gestor, por meio de políticas públicas, é que deve garantir a saúde do cidadão por meio de normas que viabilizem formalmente este processo de prestar-lhe a saúde.

A questão da reserva do possível, nestes casos, não tenho nenhuma dúvida em afirmar aos senhores que não pode ter aplicação, porque se o Estado, amparado pela norma de cogência, estabelece políticas mínimas de gestão para a saúde pública, estas têm que ser cumpridas. Supõe-se que, a partir desse regramento básico, haja um pressuposto orçamentário.

É indispensável que os gestores públicos concretizem a efetivação da saúde por meio de políticas públicas que atendam a toda a população. Logo, o direito à vida e à saúde não atinge especificamente cada cidadão, mas sim toda a população, por meio de um trabalho efetivo, por meio das políticas públicas que atinjam a coletividade.

Por conseguinte, os gestores públicos, independente da esfera (federal, estadual ou municipal), devem desempenhar com clareza as suas obrigações, com a execução de políticas públicas efetivas e eficazes. É preciso que, por meio dessas políticas, propicie-se o mínimo necessário para a conservação da vida. Assim, os gestores públicos devem reunir todo o empenho viável para que as políticas públicas sejam consolidadas.

Uma política pública é um meio de ação que o gestor realiza por meio da utilização de recursos dirigidos à sociedade, com o objetivo de satisfazer os direitos sociais. Para garantir o direito à vida por meio do direito fundamental à saúde, o gestor público deve estabelecer quais são as necessidades básicas e primordiais da sociedade. Deve estipular metas, medidas de ação e critérios para o melhor aproveitamento dos recursos disponibilizados. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC, 2012).

Cabe ao gestor público compreender quais são as necessidades mais importantes para que a sociedade atenda ao direito à vida e à saúde. É uma escolha que deve ser feita com critérios voltados para satisfazer as exigências, as necessidades, as urgências e as carências da

---

<sup>15</sup> A *Judicialização*, em linhas gerais, corresponde ao ato de se transferir para o Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República (Legislativo e Executivo). Implica em colocar sob a análise do Poder Judiciário questões que envolvem o reconhecimento e concretização de um direito. As demandas que versam sobre o reconhecimento e concretização de direitos de natureza social envolvem questões de grande repercussão social e política, o que só faz aumentar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais quando da resolução desses casos. (BLIACHERIENE e SANTOS, 2010, p. 259). (grifo do autor).

sociedade, pois a saúde está intimamente ligada ao direito fundamental de maior importância, o direito à vida. (PIVETTA, 2010).

Porém, é evidente que os gestores possuem um encargo difícil em face da multiplicidade dos problemas e carências sociais e da limitação de recursos. Nesse sentido, parece oportuna a análise de Bliacheriene e Santos (2010, p. 291):

O problema que envolve a operacionalização do Direito à Saúde abrange algumas questões a priori: (a) a maneira de implementar, em um país em desenvolvimento e com recursos bastante escassos e limitado, políticas públicas que assegurem o básico indispensável à sobrevivência digna aos cidadãos; (b) impossibilidade de antemão (apriorística e teoricamente) definir o mínimo a que cada pessoa faz jus, uma vez que essa definição somente surge no caso concreto, sem desconsiderar a macroperspectiva social; (c) pouca transparência no processo de elaboração e execução orçamentária que dificulta o acompanhamento das despesas públicas.

De tal modo, para que se alcance o que prevê o art. 196 da Constituição Federal, é necessário que se implante políticas públicas que atendam à população, voltadas à prevenção, que fomentem o bem-estar social por meio da total integração do acesso e da assistência. (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010).

No que tange ao direito fundamental à saúde, conforme os ditames da Lei nº 8.080/1990<sup>16</sup>, o Estado deve prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e pelo estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços, para garantir a sua promoção, proteção e recuperação, e a abrangência dos diversos fatores determinantes e condicionantes da saúde. (BRASIL, 1990).

O dever estatal de estabelecer políticas públicas irradia-se para todos os direitos fundamentais. Tais políticas constituem meios assecuratórios do exercício desses direitos, ainda que em seu grau mínimo para se considerar atendida a dignidade da pessoa humana, mas sempre buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>16</sup> Art. 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

### **3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

O direito à saúde é um direito social fundamental assentado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, ao lado dos direitos à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Seu estudo demanda uma incursão aos direitos sociais fundamentais e à doutrina do bem-estar social, à história da positivação e da constitucionalização do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Também é essencial abordar a questão do mínimo existencial e da reserva do possível e sua influência no direito fundamental à saúde. (BRASIL, 1988).

A tendência à universalização de direitos humanos foi albergada na Constituição Federal de 1988, resultando, por decorrência natural, o reconhecimento da saúde como direito fundamental (BRASIL, 1988).

#### **3.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DOCTRINA DO BEM-ESTAR SOCIAL**

Os direitos sociais estão pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes confere a categorização de direitos fundamentais. Em nossa Constituição, estão proclamados no Capítulo II, do Título II, cujo rol está expresso no art. 6º, nele incluído o direito fundamental à saúde. A disciplina específica sobre o direito à saúde está prescrita desde o art. 196 até o art. 200 da Constituição (BRASIL, 1988).

J. A. da Silva (2011, p. 308) assinala a importância da elevação do direito à saúde à categoria de direito fundamental nas atuais normas constitucionais:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

Na mesma senda, comenta Cardoso (2009, p. 52) sobre o dever do Poder Público em garantir o direito fundamental à saúde:

O direito à saúde, incluído no rol dos direitos sociais do art. 6º, também é um direito fundamental, possui aplicação imediata (art. 5º, § 1º), e sua concretização exige ações positivas do Estado. A proteção e a defesa da saúde estão inseridas no rol da competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XII). Por ser um direito individual, trata-se de cláusula pétrea, não podendo ser retirado do texto constitucional (art. 60, § 4º, IV).

Para garanti-lo, a execução dos serviços de saúde pode ser feita diretamente pela Administração Pública ou de forma indireta (por terceiros), inclusive pessoa natural ou jurídica de direito privado (art. 197).

Bliacheriene e Santos (2010, p. 290) mencionam que o direito a saúde é um direito fundamental do cidadão expresso na Constituição, um direito social, que pode ser tomado como direito individual, coletivo e difuso, e um dever do Estado. Constitui direito individual na medida em que qualquer pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica como corolário do seu direito de personalidade, dispondo “de ação e pode exercer pretensão objetivando a abstenção de comportamento de terceiros que venham a pôr em risco sua saúde”. Acrescentam que a saúde “é direito difuso e apresenta uma faceta política. De fato, a comunidade como um todo é titular de direito a comportamentos positivos e negativos em relação a particulares e ao próprio Estado.” (BLIACHERIENE E SANTOS, 2010, p. 291).

Concorda J. C. de S. da Rocha (2011, p. 19) com o pensamento de que saúde é um direito difuso, pois a Carta Magna, no art. 196, assim o trata, como direito de todos, e também é um direito social, pois previsto no art. 6º da Constituição, o que também assegura a prestação de forma gratuita e universal e adequada às necessidades da pessoa humana.

Figueiredo (2007, p. 77) ensina que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, e é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde.

Ao longo do tempo, houve uma evolução da ideia de que certos direitos têm abrangência coletiva, passando a ser assim reconhecido a partir das concepções de Estado de bem-estar social.

A doutrina do bem-estar social foi impulsionada e teve como ponto de partida a Alemanha, a partir da década de 50, ou seja, depois da Segunda Guerra Mundial, momento em que se passava por pressões sociais, em que a classe dos trabalhadores exigia garantias dentro do sistema de produção capitalista. Para definir o bem-estar social, utiliza-se o conceito de Gomes (2006 apud SANTOS, 2010, p. 33):

Conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal providos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa “harmonia” entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base

material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente. (grifo do autor).

A doutrina do Estado de bem-estar social (*welfare state*) ganhou maior relevância na Alemanha, difundindo-se em maior ou menor grau para outros países. Os autores dizem que no Brasil não se instalou um verdadeiro Estado de bem-estar social, mas apenas algumas políticas sociais nessa direção. Apontam-se diversas razões inviabilizadoras: desigualdades sociais nos aspectos econômicos (como má distribuição de renda), subdesenvolvimento cultural (em especial nos níveis educacionais), reduzida capacidade econômica da nação, sistema político precário, sistema judicial precário e problemas em aspectos estruturais e institucionais da Administração Pública. (SANTOS, 2010).

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 193, cita que a ordem social tem como base o trabalho e como objetivo o bem-estar social e a justiça social. Um baixo nível de bem-estar pode causar riscos para o corpo e para a mente, afetando a saúde (BRASIL, 1988).

O bem-estar preconizado pela Constituição Federal, em outras palavras, quer dizer o bem de toda a população brasileira, sem especificar qual ou mesmo discriminar. É o que se verifica no seu art. 3º, inciso IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Quando o Poder Público possibilita acesso aos direitos sociais fundamentais a toda a sociedade, por meio de políticas públicas, também está conferindo o direito ao cidadão de exercer a cidadania plena e executando os objetivos fundamentais elencados na Constituição Federal. Convém destacar o estudo de Abreu (2012):

É evidente a adoção pela Carta Magna, da garantia do exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos da cidadania e da dignidade da pessoa humana; como fundamentos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais; e como objetivos fundamentais, bem como da referência dos direitos sociais como princípio.

Nesse contexto, as políticas públicas são as alavancas para a promoção e para a efetivação dos direitos sociais propostos na Constituição Federal Brasileira.

### 3.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DO ESTADO

A saúde é um dos bens intangíveis mais preciosos do ser humano. É um bem tutelado pela Constituição Federal, incluído como direito social fundamental.

E a saúde deve ser objeto de proteção pelo Estado, porque é uma propriedade indissociável do direito à vida.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a assegurar ao cidadão o direito à saúde explicitamente. Nas Constituições anteriores, tal garantia não estava expressa. Cabia ao Estado somente cuidar da edição de normas de proteção à saúde, da assistência pública, da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador. A atual Constituição (BRASIL, 1988) dita no art. 196 que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A prescrição do art. 196 deixa evidente que a saúde é um dever do Estado, e para garantir essa previsão constitucional o Poder Público precisa realizar políticas públicas que resultem em ações concretas direcionadas à assegurar a prevenção de doenças, a cura e a integridade física e psíquica do cidadão.

Isso é complementado pelo art. 197, que afirma serem de relevância pública as ações e os serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

No ensinamento de Tavares (2008, p. 786), o Estado deve fomentar políticas sociais e econômicas designadas a permitir o ingresso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, para a proteção e para a recuperação da saúde, devendo também estar atento à prevenção de doenças e aos demais danos, diminuindo os riscos por meio da ação de políticas públicas.

Assim, a Constituição é clara quanto à determinação de que as políticas sociais e econômicas devem ser voltadas a garantir a saúde na sua integralidade, reafirmando-se a fundamentalidade do direito à saúde.

Para que o Estado cumpra o dever de garantir a saúde, também precisa ter a sua atenção voltada a outros fatores determinantes que asseguram a saúde da população, como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, lazer, trabalho e educação, pois a falta desses fatores desencadeia sérios problemas à saúde física e mental.

Portanto, o direito à saúde é um dever estatal que gera para o cidadão um direito subjetivo público, derivado diretamente da Constituição, razão pela qual o Estado deve

colocar à disposição da população políticas públicas que atendam às suas necessidades, com o objetivo de resguardar, amparar, prevenir e recuperar a saúde.

O direito à saúde tem íntima relação com o direito à vida e depende de providências abrangentes, de políticas públicas direcionadas a distintos campos, tanto curativas como preventivas. Inclui a assistência médica, farmacêutica e terapêutica, a assistência ao trabalhador e a prevenção sanitária e epidemiológica, bem como condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável e campanhas de vacinação. (CARVALHO, 2006). Muitas dessas ações são preventivas e direcionadas à área da saúde, com a finalidade de evitar prejuízos irreparáveis à integridade física e à vida.

### 3.3 A POSITIVAÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com Bonavides (2008, p.562), foi a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (no âmbito da Revolução Francesa) que a universalidade dos direitos fundamentais teve um grau de abrangência muito mais significativa, pois, anteriormente, dirigiam-se a uma camada social privilegiada, enquanto que essa Declaração tinha por destinatário o gênero humano.

A partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, iniciou-se uma sequência de momentos históricos, fazendo com que os direitos humanos fossem ganhando, cada vez mais, força e legitimidade. Os ditames da democracia e dos direitos fundamentais começaram a surgir por efeito do teor da universalidade da Declaração Francesa de 1789 (HUMENHUK, 2004), mas o direito fundamental à saúde ainda não ganhara assento nessas declarações de direitos humanos.

Somente no século XX, houve o devido reconhecimento. O tema direito à saúde, no âmbito mundial, recebeu tratamento normativo apenas em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme consta do seu art. XXV:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.



Também nesse contexto, em 1948, a Organização das Nações Unidas criou a Organização Mundial de Saúde (OMS), com o objetivo primordial de proteção à saúde no mundo, reconhecida como um direito humano. (FIGUEIREDO, 2007).

Outras declarações e pactos sucederam-se, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966, que entrou em vigor em 1976 e foi ratificado no Brasil em 1991); a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992); a Declaração e Programa de Ação de Viena (Conferência de Direitos Humanos de Viena, 1993); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1988, adotado pelo Brasil em 1995). (COMPARATO, 2007).

Como se percebe pelo processo histórico, o direito à saúde é reconhecido com um direito humano fundamental e reflete uma preocupação mundial e um avanço social. O direito à saúde é tratado em diversos instrumentos internacionais e inserido nos ordenamentos jurídicos de grande parte dos países.

No Brasil, a questão da saúde passou a ser um tema público somente no início do século XX, quando o jovem bacteriologista Oswaldo Cruz – que, ao voltar da Europa no final do século XIX, encontrou o Porto de Santos arrasado pela epidemia de peste bubônica – engajou-se no combate à doença, iniciando memoráveis campanhas de saneamento, organizando e implementando progressivamente instituições públicas de higiene e saúde no Brasil e fomentando, cada vez mais, o surgimento de políticas públicas voltadas para a saúde, conquistando, assim, paulatinamente, uma definição de direito social para a área, que culminaria com o seu reconhecimento constitucional como direito fundamental.

Em 1923, foi criada no Brasil a primeira previdência social, pelo Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro (BRASIL, 1923), a chamada Lei Eloy Chaves, que deu origem à Caixa de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários (art. 1º da Lei). Tal Lei deu fundamento para outras Leis, estendendo os direitos dos ferroviários para outras categorias trabalhistas.

Na Constituição Federal de 1934, foram garantidos ao trabalhador os serviços de previdência, proclamando a promoção da assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (antes e depois do parto, garantido o salário e o emprego) (BRASIL, 1934).

A Constituição Federal de 1967, no seu art. 158, inciso XV, assegurava aos trabalhadores assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. (BRASIL, 1967).

Entretanto, o direito à saúde como direito fundamental ganhou força com a realização da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela

Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), na capital do Kazaquistão, em setembro de 1978.

Segundo Globekner (2008), dessa Conferência resultou a Declaração de Alma-Ata<sup>17</sup>, documento que, a par de reafirmar a saúde como um direito do homem, afirmou a essencialidade da sua promoção e de sua proteção para o desenvolvimento econômico e social dos povos e estatuiu, ainda, a responsabilidade dos governos pela promoção e proteção à saúde de seus cidadãos, responsabilidade somente realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

A partir desse contexto internacional, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil resultou, imediata e fortemente, de um movimento popular bastante significativo que se formou na sociedade civil brasileira a partir da década de 70 e que passou a ser designado Movimento da Reforma Sanitária (GLOBEKNER, 2008). O autor esclarece que, com a Constituição Federal de 1988, o país adere ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde é assumida como responsabilidade do Estado, tendo por desafio a efetivação dos dispositivos voltados à garantia dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal de 1988, somente após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aborda a questão da saúde como um direito fundamental e também como um dever do Estado, o que vem previsto em seu art. 196. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 200, impõe a presença do poder público nos serviços de saúde prestados à população, para garantir o direito à saúde, como bem expõe Tavares (2008, p. 528):

Desde o primeiro e mais essencial elemento do direito à vida, vale dizer, a garantia de continuar vivo, é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo, assim como o momento em que, seguramente, cessa a existência humana e, nessa linha, o dever estatal. De cunho constitucional, de mantê-la e provê-la.

Em lógica decorrência, o direito à saúde está conectado a outros direitos relevantes, como o direito ao saneamento, o direito à moradia, o direito à educação, o direito ao bem-estar social, o direito da seguridade social, o direito à assistência social, o direito de acesso aos serviços médicos e o direito à saúde física e psíquica.

---

<sup>17</sup> Capital do Cazaquistão.

### 3.4 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O fato de um direito fundamental estar expresso no Texto Constitucional não constitui uma garantia de sua real aplicação no mundo dos fatos. Daí aqui se discute a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais.

#### **3.4.1 O princípio da máxima eficácia e a efetividade das normas definidoras do direito à saúde**

A eficácia de uma norma está relacionada à consequência jurídica resultante de sua observância ou de seu descumprimento, podendo ser exigida a intervenção do Poder Judiciário. A máxima eficácia manifesta-se pela capacidade de realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (SILVA, 1999).

Nessa seara se põe em discussão se as normas relativas ao direito à saúde possuem eficácia imediata ou mediata (programáticas).

O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal determina que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que vem a ser uma proteção aos direitos e garantias fundamentais, de modo que o Estado é obrigado a atuar na sua imediata realização e efetivação. Entendem-se, assim, como direitos subjetivos públicos, porque o Estado é obrigado a realizar o que está expresso na Constituição (BRASIL, 1988).

Embora prevaleça o entendimento de que o direito fundamental à saúde é de eficácia imediata, sabe-se que os direitos sociais fundamentais dependem da ação positiva do aparelho estatal, notadamente por meio de políticas públicas. As ações do Estado nem sempre atendem de forma adequada à integralidade do universo de possíveis beneficiários (detentores subjetivos do direito), ou o nível de prestação – qualitativa ou quantitativa – se mostra aquém das necessidades. Tal circunstância decorre de diversos fatores estruturais e econômicos.

No entanto, a teoria constitucionalista caminha no sentido de considerar as normas constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais como normas de eficácia imediata, não dependendo de regulamentação infraconstitucional para sua aplicação. Nesse norte, entende-se que o indivíduo pode se opor ao Estado para assegurar a fruição desses direitos, sempre que não estiver disponível a prestação do serviço. Essa oposição pode se dar por meio da provocação da intervenção do Poder Judiciário. (SCHWARTZ, 2001).

A eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais não se refere precipuamente à eficácia jurídica da norma em si, mas à efetiva disponibilização das

prestações sociais que devem ser asseguradas pelo Estado (eficácia social). Nesse sentido, explica J. A. da Silva (2009, p. 66) que a eficácia jurídica de uma norma está na possibilidade de que ela atinja os seus fins, ao passo que a eficácia social ou a efetividade refere-se à sua concretização no mundo dos fatos. Se a norma jurídica tem possibilidade de alcançar todos os objetivos almejados pelo legislador, sendo exigível e executável, tem ela eficácia jurídica. Por seu turno, a eficácia social remete à efetividade, ao alcance, no mundo dos fatos, dos objetivos nela pretendidos.

Assim, a efetividade da norma definidora de um direito fundamental diz respeito à produção de resultados reais nas prestações sociais relacionadas à norma. O princípio da efetividade advoga que se deva dar à norma constitucional, pela sua posição no ordenamento jurídico, o sentido e a interpretação que ofereça a maior concretização possível.

Para Barroso (2004, p. 374),

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ele tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, no limite do possível, sobre questões que refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Canotilho (1991 apud SPITSKOVSKY, 2005, p. 9), ao discorrer sobre a efetividade, assere:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

O princípio da máxima eficácia e a efetividade das normas constitucionais não permitiriam interpretações limitadoras da consecução dos direitos fundamentais. Na interpretação de uma norma constitucional relacionada aos direitos fundamentais, há que se dar o sentido que ofereça concretização ao direito. No caso do direito fundamental à saúde como exemplo, o princípio da efetividade impõe uma interpretação de modo a, no mínimo, preservar a vida e a dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, 2008).

A máxima eficácia e a efetividade das normas de direito fundamental estão diretamente relacionadas à sua interpretação. O contemporâneo pensamento dos constitucionalistas dirige-se a uma interpretação concretizadora, que deve superar os métodos interpretativos tradicionais.

Sintetiza Bonavides (2008, p. 619):

Com efeito, os métodos tradicionais, embora aplicáveis satisfatoriamente às leis no campo do Direito Privado, são, porém, de todo inadequadas e insuficientes para captar o sentido das cláusulas não raro principais de uma Constituição ou ao alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental. A Constituição, de natureza, se apresenta, tanto quanto aquele, aberta e indeterminada, contendo cláusulas gerais e principais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação em face do problema.

Surge, assim, a necessidade de uma operação valorativa, fática e material, que se executa mediante uma nova técnica interpretativa – a técnica concretizadora – em que, fugindo o esquema formal e abstrato de subsunção, peculiar à hermenêutica do positivismo, e fundado num voluntarismo subjetivo ou objetivo – a vontade do legislador ou a vontade da lei –, o intérprete se volve diretamente a uma “compreensão” do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à “pré-compreensão” do intérprete como ao *problema* concreto que se vai resolver. (grifo do autor).

Diante do problema concreto, não basta a mera interpretação do texto constitucional (subsunção do caso à norma), é preciso ir além para considerar a fundamentalidade do direito, os valores que o inspiram e as mudanças na sociedade, de forma a dar concretude real ao direito fundamental.

### **3.4.2 A dimensão negativa do direito à saúde: a saúde como direito de defesa**

A dimensão negativa do direito à saúde, conceito desenvolvido pela doutrina, em síntese, quer dizer que nem o Estado nem particulares podem realizar ações que prejudiquem ou coloquem em risco a saúde da população.

Para entender e compreender tal conceito, é pertinente recorrer ao ensinamento de Sarlet (2007, p. 10):

[...] chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente este quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros, ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.

Assim, qualquer ação realizada pelo Poder Público que tenha como resultado um prejuízo ao direito à saúde será uma ação inconstitucional, mesmo não sendo previsto o conceito de dimensão negativa na Constituição, pois afeta o direito à saúde, que é um direito fundamental constitucionalizado.

Sarlet (2010, p. 10) menciona, como exemplo, que, se o Estado criasse uma lei para impedir que alguns cidadãos tivessem acesso ao Sistema Único de Saúde, essa lei não seria constitucional, pois afetaria o direito fundamental desses determinados cidadãos de efetivarem o direito fundamental à saúde. Seria uma negação a um direito constitucional. O autor, ainda, relaciona o princípio da vedação do retrocesso à dimensão negativa.

Na mesma linha de pensamento de Sarlet, P. do C. V. A. Martins (2004 apud FILETI, 2009, p. 138) justifica o princípio da vedação do retrocesso por meio dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da efetividade das normas constitucionais e do Estado democrático de direito:

O princípio da proibição do retrocesso local proclama que uma vez conformado pelo legislador constitucional o direito fundamental social, o que faz com que se integre por completo o seu conteúdo, incabível é a reversão desta medida, sem criação de outros expedientes compensatórios.

Em outras palavras, cumprida a deliberação constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais sociais, o legislador infraconstitucional torna-se vinculado, não lhe sendo lícito eliminar os direitos implementados sem oferecer mecanismos de recomposição do respectivo direito social. Este já se engloba no “patrimônio jurídico” daquela coletividade ou categoria. (grifo do autor).

Concorrentemente, a vedação ao retrocesso social objetiva a preservação do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito.

O princípio da vedação do retrocesso anuncia que os direitos sociais fundamentais já conquistados constitucionalmente não podem ser afetados por normas infraconstitucionais. Para Sarlet (2002, p. 11), muitas vezes, a eficácia e a efetivação de normas constitucionais dependem da aplicação de novas normas infraconstitucionais. A proibição do retrocesso ocorre para assegurar o dever de proteção, por meio da defesa dos direitos sociais fundamentais.

Pelo princípio da vedação do retrocesso, tem-se, como meio de defesa, que o direito fundamental à saúde não será abolido nem haverá contenção, diminuição, limitação, redução ou ressalvas desse direito por meio de novas normas infraconstitucionais (SARLET, 2010). Essa defesa pode ser perseguida no Judiciário.

### **3.4.3 A saúde como direito às prestações materiais com base na dimensão positiva do direito**

O direito à saúde está ligado ao direito de defesa como também à dimensão positiva do direito, que compreende as prestações materiais por parte do Estado, sempre com o objetivo da efetividade do direito. É atuar no sentido de promover os direitos.

Como a saúde é um direito fundamental social, a dimensão positiva do direito à saúde atribui ao Estado as obrigações de prestações materiais, como bem explica Sarlet (2007), de qualquer benefício ligado à saúde, como de atendimento médico específico, de fornecimento de medicamentos, de exames laborais e internação hospitalar. Também está obrigado o Estado a editar normas que criem condições materiais e institucionais o para seu exercício, como ainda proteger o cidadão contra agressões de terceiros e fornecer prestações.

No dizer de Schwartz (2001, p. 188), todos os direitos sociais possuem característica positiva (o Estado deve promover políticas para efetivação), mas nem todos têm característica negativa. O direito fundamental à saúde possui ambas as características: o dever do Estado de agir para prestar o serviço (dimensão positiva) e de abster-se de ações que reduzam o direito ou prejudiquem a saúde dos cidadãos (dimensão negativa). Na opinião de Krell (2002 apud SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 260), os direitos fundamentais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”.

Um problema atualmente encontrado, como muito bem pondera Sarlet (2007), é que o objeto da saúde não está definido na Constituição Federal. Assim, não está expresso no direito positivo se o direito às prestações se refere a toda e qualquer prestação relacionada à saúde humana. Sobre o assunto, Almeida Jr. (2007) aponta:

[...] os direitos sociais prestacionais originários se dirigem ao fornecimento de prestações estatais independentemente da existência de um sistema prévio de oferta de bens e serviços correlatos, ao passo que os direitos sociais prestacionais derivados compreendem as tarefas de igualdade de distribuição, acesso e utilização de todas as prestações que o Poder Público coloca à disposição dos indivíduos. Não é difícil constatar que, em nosso ordenamento jurídico constitucional, a maioria dos direitos sociais se enquadra no âmbito dos prestacionais derivados, dependentes, portanto, da distribuição equânime das atividades sociais do Estado.

Portanto, o direito a prestações materiais com base na dimensão positiva do direito significa o direito a medidas e prestações do Estado objetivando à prevenção de doenças e ao tratamento delas.

### 3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais no mundo real, surgem situações que nem sempre permitem a consecução idealizada desses direitos, contrapondo-se teorias como a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível.

O mínimo existencial, nos direitos fundamentais que protegem a vida, está relacionado com o direito à saúde, à integridade física e psíquica, à alimentação, ao direito à moradia e a outros de relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010).

O mínimo existencial compreende não só as prestações materiais necessárias para a subsistência, mas aquelas que permitam uma vida com dignidade. No dizer de Figueiredo (2007, p. 189),

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais da liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a ideia de felicidade do homem [...]. A noção de mínimo existencial releva nas pretensões à efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, servindo como parâmetro que se contrapõe diante de eventuais objeções lançadas à eficácia jurídica e à efetividade social desses direitos. Dessa maneira, fundamenta a exigibilidade judicial de pretensões originárias, é dizer, a exigibilidade de um mínimo à subsistência digna, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica.

A doutrina ensina que a ideia de mínimo existencial é precedente à positivação constitucional do direito fundamental, porque inerente ao ser humano e derivada do princípio universal da dignidade da pessoa humana, de forma que condiciona o próprio ordenamento jurídico. (FIGUEIREDO, 2007).

Ao mínimo existencial, por vezes, contrapõe-se a teoria da reserva do possível. Esta, inicialmente concebida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, no início da década de 1970, foi importada para o Brasil, servindo de justificativa para que Estado se eximisse ou protelasse a consolidação de direitos que impliquem dispêndio de elevados valores financeiros, sacrificando os cofres públicos e dificultando a concretização de outras políticas públicas. A reserva do possível envolve a questão orçamentária e os recursos disponíveis. (FIGUEIREDO, 2007).



Segundo Maurício Jr. (2009, p.62), “A reserva do possível impõe um complexo balanceamento de razões, que envolve o conjunto de necessidades de dispêndios públicos, exigibilidade jurídica desses dispêndios e possibilidade fática de sua realização.” Nesse balanceamento, o gestor público deve garantir direitos fundamentais dentro do que o orçamento permite e, ao mesmo tempo, garantir o mínimo existencial para assegurar os padrões fundamentais para a garantia da vida. Para que haja a garantia da efetivação dos direitos sociais, são necessários recursos orçamentários, e muitas vezes esses recursos são limitados e escassos. De outro lado, deve-se assegurar o mínimo existencial. Há, pois, uma necessidade de ponderação. (MAUCÍCIO JR., 2009).

Uma concepção doutrinária diz que é cabível se utilizar do princípio da reserva do possível quando o valor do recurso empregado para atender a determinado fim extrapola o orçamento. Nesse sentido, comenta o doutrinador Cardoso (2009, p. 53) que a reserva do possível, “em princípio, pode ser um argumento aceitável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo, quando o valor do remédio ou do tratamento tiver um impacto significativo no orçamento público.” Cardoso (2009, p. 53) cita ainda que muitas vezes o Judiciário se pronuncia nesse sentido, afirmando que deve ser considerada a reserva do possível e também os limites para atender a determinados direitos fundamentais, pois é necessário efetivar os direitos fundamentais a todos.

Outra parte da doutrina enfatiza que eventuais dificuldades financeiras dos entes federativos não deve afastar o dever estatal de cuidar da saúde e das condições de vida da população. Nesse sentido, é conveniente explorar o ensinamento de Krell (2002 apud FIGUEIREDO, 2007, p. 132):

A reserva do possível [...] passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais depende da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado – disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Para Krell (2002 apud FIGUEIREDO, 2007, p. 132), os governantes e parlamentares utilizam da reserva do possível para fundamentar a não disponibilidade de prestações de serviços e materiais que garantam os direitos sociais para a população, como, por exemplo, o direito à saúde. Mas isso não deveria ser uma justificativa para o Executivo e para o Legislativo não efetivarem ou darem início a políticas públicas, descumprindo o que a Constituição Federal ordena. As políticas públicas devem estar voltadas a prestar à população o direito à saúde, como também à educação, à segurança, à alimentação e a outros itens

essenciais para a garantia do direito à vida, e também devem ser garantidas e iniciadas mesmo quando não há recurso suficiente.

Nesse sentido, Freire Júnior (2005, p. 74) comenta que os gestores devem destinar as verbas de outro fim específico, que não seja tão primordial à vida, para o atendimento da garantia do direito fundamental à saúde. Além do mais, é fundamental ter presente que é necessária a garantia de condições mínimas de existência, de sobrevivência, para a continuidade e a preservação da vida. Por sua vez, Lopes (2008 apud SARLET 2010, p. 351) discorda da tese de alocação de recursos de outro fim, dizendo:

[...] que o pedido além de logicamente possível, no sentido de ter referência na realidade, deve estar sustentado na efetiva disponibilidade material, ou seja, na existência propriamente dita dos recursos para atender a demanda, que não pode ser confundida com a decisão sobre uma determinada alocação de recursos, que, por sua vez, pressupõe opções sobre eventuais prioridades.

Os direitos fundamentais que têm como essência o mínimo existencial se encontram, muitas vezes, sem a devida proteção, prestação e garantia, pois o Executivo e o Legislativo utilizam a reserva do possível para justificar o não cumprimento dos direitos fundamentais, pela ausência e escassez de recursos. É necessário que se garanta e que se cumpra o que a Constituição Federal estabelece, pois de nada adianta ter uma Constituição se não é feito o que ela determina. Nesse ponto, Sarlet (2010, p. 351) esclarece:

[...] o que se aplica essencialmente ao direito à saúde, prestações inequivocamente tidas como necessárias à preservação da vida ou de uma vida com um mínimo de qualidade (portanto, com dignidade) podem ser extremamente onerosas, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos a prestação nesta seara (do mínimo existencial) não se fundamenta apenas na ausência de comprometimento ou no baixo comprometimento de recursos públicos, mas também na necessidade (e na imposição constitucional!) de se priorizar as demandas vinculadas ao mínimo existencial, inclusive no que diz com eventual redistribuição de recursos ou sua suplementação, inclusive no contexto de uma repartição da responsabilidade pelo corpo social, [...].

Todavia, é sabido que a justificativa do poder público em não fornecer medicamentos e tratamentos médicos pelo fato do alto custo não é argumento suficiente para justificar o não cumprimento do dever do Estado, por meio do princípio da reserva do possível. O não cumprimento do dever do Estado, que alega a reserva do possível pela falta de recursos, está aumentando o número de demandas no judiciário sobre um direito fundamental positivado na Carta Magna.

Quando se fala do direito à saúde, também está se referindo ao direito fundamental à vida, que é o fundamento de maior importância, e o poder público não pode se omitir do dever de garantir tal direito, de garantir o mínimo existencial, efetivando a garantia ao direito à vida e à saúde previstos na Constituição Federal.

## **4 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À POPULAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Neste quarto capítulo, aborda-se a questão do acesso aos medicamentos como prerrogativa do direito fundamental à saúde, com enfoque sobre a assistência farmacêutica e a competência para o fornecimento de medicamentos por parte do poder público. Também será feita uma incursão à discussão sobre a atuação do Judiciário na busca da garantia do direito à vida e a saúde e sobre alguns posicionamentos do Supremo Tribunal acerca do acesso aos medicamentos.

### **4.1 O DIREITO À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS**

Os direitos à saúde e à assistência médica e farmacêutica são primordiais para a proteção e manutenção do direito à vida, estando amparados pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais, como a Lei do Sistema Único de Saúde e o Estatuto do Idoso. A assistência farmacêutica constitui um elemento integrante da saúde.

#### **4.1.1 Proteção constitucional**

A saúde está prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988), no art. 6º, como um direito social fundamental. E o art. 23 prescreve que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Pelo inciso XII do art. 24, compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a proteção e defesa da saúde. E, ainda, pelo art. 30, inciso VII, compete aos Municípios “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. (BRASIL, 1988).

Ao prescrever que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não restringiu esse direito a uma determinada camada social. Nesse sentido, eventual negativa ou alegação estatal de que determinado tratamento médico ou fornecimento de medicamentos será direcionado somente aos hipossuficientes, por exemplo, além de contrariar a Lei Maior, afronta o direito à saúde, o princípio da dignidade da

pessoa humana e, conseqüentemente, o direito à vida. Entende-se que a assistência farmacêutica está abrangida na proteção à saúde e será acessível indistintamente. Sobre o art. 196 da Constituição Federal, Schwartz (2001, p. 97) comenta:

No referido artigo, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui, estamos diante de um Estado interventor, e, também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde – e jamais da inércia – e, conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde (como efetivamente também o é). Portanto, caso o Estado cumprisse o dever constitucionalmente imposto, desnecessário seria ter de se garantir a saúde, a vida e a dignidade humana.

Assim, o fundamento do sistema de saúde brasileiro é a Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de garantir meios para preservação da saúde a saúde por meio de políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, o art. 198 da CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]”.

Prescreve o art. 197 da CFRB<sup>18</sup> que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. A participação estatal dá-se por meio de várias políticas públicas, como o Sistema Único de Saúde (SUS), em que o setor privado participa de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviços ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda a população de uma determinada região. (BRASIL, 1988).

Desse modo, o arcabouço normativo constitucional confere proteção individual e coletiva à saúde e ao acesso aos medicamentos essenciais para a sua preservação.

#### **4.1.2 Lei do Sistema Único de Saúde**

O Sistema Único de Saúde foi preconizado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis n.º 8.080/1990 e 8.142/1990, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão.

---

<sup>18</sup> “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.” (BRASIL, 1988, p. 9).

Consta da redação do art. 2º da Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990) que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. O art. 4º do mesmo diploma define o SUS como 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”.

O art. 6º, inciso VI, da Lei nº 8080/1990 (BRAISL, 1990) trata da atuação Sistema Único de Saúde na formulação da política de medicamentos de interesse para a saúde. Em 1998, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a União elaborou a Política Nacional de Medicamentos, em conformidade com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde. Nela, a assistência farmacêutica é definida como (BRASIL, 1998):

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas às ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e o controle de qualidade, a segurança e a eficiência terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento, e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais da saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

Segundo Oliveira, Bermudes e Osório-de-Castro (2007, p. 85), as atividades relacionadas aos medicamentos têm como objetivo garantir o acesso da sociedade a medicamentos fundamentais à vida e à saúde, com qualidade e uso racional.

A Lei nº 8080/1990 (BRASIL, 1990), com as alterações da Lei nº 12.401/2011, estabeleceu, entre outras, as seguintes diretrizes relativamente à distribuição de medicamentos:

- a) a assistência terapêutica integral inclui a dispensação<sup>19</sup> de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado (art. 19-M);
- b) os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde (art. 19-O);
- c) na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e de forma suplementar pelos Estados, Distrito Federal e

---

<sup>19</sup> “Dispensação - ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não.” (BRASIL, 2012).

Municípios, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos respectivos gestores do SUS (art. 19-P);

- d) são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ou de medicamento e produto, nacional ou importado sem registro na ANVISA (art. 19-T);
- e) a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite (art. 19-U).

Portanto, existe um arcabouço normativo nacional que delinea diretrizes para o fornecimento de medicamentos, dando um norte às políticas públicas e disciplinando a matéria, mas com critérios que, muitas vezes, dificultam o acesso aos medicamentos.

#### **4.1.3 Estatuto do Idoso**

A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, denominada como Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), surge como uma ferramenta importante para conferir proteção integral ao idoso, ampliando em muito a resposta do Estado e da sociedade às necessidades dessas pessoas (BRASIL, 2003). O Estatuto do Idoso constitui um avanço na legislação, consolidando e ampliando direitos. Seu art. 2º (BRASIL, 2003) prevê que:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), no seu art. 3º, atribui responsabilidade prioritária à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público de “assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

O art. 15 estabelece que é “assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS”, e determina que é garantido o “acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a

prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”.

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) também prevê, em seu art. 9º, que é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável em condições de dignidade.

Quanto aos medicamentos, o § 2º do art. 15 encarrega ao Poder Público de fornecê-los gratuitamente, em especial os de uso continuado, como também próteses, órteses e recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. Na senda da proteção à saúde e à vida, o fornecimento de medicamentos é essencial, pois nessa faixa etária as necessidades são muito maiores.

#### **4.1.4 O Programa de Distribuição de Medicamentos**

A distribuição gratuita de medicamentos pelo Poder Público está inserida na política de assistência farmacêutica gerida pelo Ministério da Saúde. O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (BRASIL, 2011), reconhece “a garantia do usuário de acesso universal e igualitário à assistência terapêutica integral”.

A Política Nacional de Medicamentos foi estabelecida pela Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (BRASIL, 1998), e tem como propósito precípua “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”.

No âmbito dessa política pública, foi estabelecida a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, contendo o rol de medicamentos essenciais disponibilizados no âmbito do SUS. Conforme o art. 2º da Resolução nº 1, de 17 de janeiro de 2012, da Comissão Intergestores Tripartite, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2012), os medicamentos essenciais são aqueles definidos pelo SUS para garantir o acesso do usuário ao tratamento medicamentoso, e a RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. Os medicamentos disponibilizados de forma gratuita devem constar da RENAME.



O Ministério da Saúde publicou a Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012 (BRASIL, 2012)<sup>20</sup>, com a atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, contemplando 810 itens.

Mas, além dos medicamentos essenciais (RENAME), existem os medicamentos excepcionais e os demais fornecidos por ordem judicial (FORTUNA):

Nos termos das regras do SUS, existem três classes de medicamentos:

- a) os da RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, integrantes da Portaria nº 2.475, de 13.10.06, para atender às doenças prevalentes, comuns, e que, por isso, devem ser disponibilizados pelos municípios, nos termos da lista que elaborarem, segundo o acordo firmado com cada Estado Federado, que deve fornecer os não integrantes das listas municipais;
- b) os excepcionais, constantes da Portaria nº 2.577/GM, de 27.10.06, e os integrantes dos protocolos clínicos dirigidos a determinados tipos de doenças, como a AIDS (Recomendações para Terapia Anti-retroviral em Adultos e adolescentes infectados pelo HIV), a hipertensão arterial e o diabetes melitus (Portaria nº 371, de 04.03.02), os transplantes renais (Portaria nº 1.018, de 23.12.02) a doença de Alzheimer (Portaria nº 843, de 06.11.02), a Doença de Parkinson, Asma grave e Hipelipidemia (Portaria nº 921, de 25.11.02), a artrite reumatóide (Portaria nº 865, de 12.11.02) a hepatite B (Portaria nº 860, de 12.11.02), a hepatite C (Portaria nº 863, de 12.11.02) e outras, medicamentos estes destinados a: (a) doenças que configuram problemas de saúde pública, (b) doenças de caráter individual; ou (c) doenças que envolvem o uso de medicamentos não disponíveis no mercado, a serem disponibilizados pelos Estados-membros, nos termos da Portaria MS nº 3.916/98, que, para tanto, recebem recursos financeiros específicos da União, como, por exemplo, determina a Portaria nº 1.321, de 05.06.07;
- c) os medicamentos não constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde, a serem disponibilizados pela União, sempre que o Judiciário decidir que tais medicamentos devem ser fornecidos, já que a União é responsável pela política de saúde e pela política de medicamentos e é ela que elabora as listas e faz a repartição de competências entre os entes da República.

Portanto, existe uma política pública de fornecimento gratuito de medicamentos à população, que envolve medicamentos para doenças mais comuns, para doenças graves, medicamentos de uso contínuo e medicamentos fornecidos por determinação judicial, com coordenação geral da União, mas com distribuição também pelos estados e municípios.

#### **4.1.5 A repartição de competências entre os entes federativos em matéria de saúde e distribuição de medicamentos**

A estrutura do Estado brasileiro, em entes federados, exige a atuação coordenada entre as esferas de administração para atender à população, de modo a não haver sobreposição

---

<sup>20</sup> A RENAME/2012 foi elaborada a partir das definições do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2008, e estruturada de acordo com a Resolução nº 1/CIT, de 17 de janeiro de 2012, conforme informação disponível no site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2008).

de ações em determinadas áreas e ausência de políticas públicas em outras. Tal coordenação dá-se por meio da distribuição de competências – privativas, comuns e concorrentes –, cuja matriz normativa se encontra na Constituição Federal.

Nesse sentido, em matéria de competências para instituição e execução de políticas de saúde entre os entes federativos e sobre a distribuição de medicamentos, é importante destacar a regra prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

O Texto Constitucional não explicita a quem cabe a distribuição de medicamentos, como também não foi disciplinado na Lei 8080/1990 – Lei do Sistema Único de Saúde. Entretanto, a base estrutural está presente na Carta Magna (BRASIL, 1988), pois o art. 198 prescreve que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, com direção única em cada esfera de governo. Nesse contexto, a conjugação de esforços e a solidariedade entre as três esferas de governo foi assentada como diretriz da Política Nacional de Medicamentos aprovada pela Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (BRASIL, 1998):

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas. [...]  
Em conformidade com as diretrizes relativas à reorientação da assistência farmacêutica anteriormente explicitadas, especialmente no que se refere ao processo de descentralização, as três esferas de Governo assegurarão, nos seus respectivos orçamentos, os recursos para aquisição e distribuição dos medicamentos, de forma direta ou descentralizada.

Assim, a Portaria nº 3.916/98 (BRASIL, 1998), que criou a Política Nacional de Medicamentos, informa que as três esferas estatais são responsáveis solidariamente pela distribuição de medicamentos<sup>21</sup>.

Nessa repartição de competências, segundo a Lei 8080/90 (BRASIL, 1990), cabe à União os serviços de alta complexidade, ou seja, aqueles que demandem alta tecnologia e

---

<sup>21</sup> No mesmo sentido, o artigo 10 da Resolução nº 1/2012, da Comissão Intergestores Tripartite, do Ministério da Saúde, estabelece: “Os medicamentos e insumos farmacêuticos constantes da RENAME serão financiados pelos 3 (três) entes federativos, de acordo com as pactuações nas respectivas Comissões Intergestores e as normas vigentes para o financiamento do SUS”. (BRASIL, 2012).

alto custo, como assistência ao portador de doença renal crônica, assistência ao paciente com câncer, cirurgia cardíaca e de veias, assistência aos pacientes portadores de queimaduras e procedimentos de neurocirurgia.

Aos estados federados, competem os serviços de média e alta complexidade, que, conforme a Lei nº 8080/90 (BRASIL, 1990), são os serviços de proteção social especial, como o atendimento assistencial às famílias e aos indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social, quando por resultado de abandono, maus tratos físicos ou psíquicos, como também em caso de abuso sexual ou situação de trabalho infantil.

Ainda de acordo com a referida Lei, cabe ao Município executar os serviços de menor complexidade e o fornecimento básico de medicamentos, oferecidos nas unidades básicas municipais de saúde. É o atendimento inicial, que introduz o cidadão ao sistema de saúde.

As responsabilidades, no âmbito do SUS, são compartilhadas, mas descentralizadas de acordo com a complexidade dos serviços e com o montante dos custos (FORTUNA):

As responsabilidades quanto à prestação mesma de serviços de saúde, ou seja, as responsabilidades referentes à execução das ações finalísticas, dividem-se entre a União, os Estados e os Municípios. Pela União, através dos hospitais universitários e hospitais especializados. Nos Estados, depende da política fixada pelo próprio Estado, por determinação autônoma. Essa política é fixada nas PPI (Programação Pactuada e Integrada) de cada Estado, em que são alocados recursos financeiros para cada município e definidas as responsabilidades de cada qual, segundo as suas possibilidades.

Em suma: a responsabilidade entre os entes da Federação é repartida.

À União cabem os procedimentos de alta complexidade/alto custo; aos Estados, as de alta e média complexidade; aos Municípios, de acordo com as PPI, as ações básicas e as de baixa complexidade e, segundo acordado com os Estados, as de média e alta complexidade para as quais possuam recursos financeiros, humanos e materiais.

A distribuição dos medicamentos é realizada de acordo com a pactuação entre os entes federados.

#### **4.1.6 Dificuldades de concretização do direito aos medicamentos**

A questão tormentosa da concretização do direito fundamental à saúde, que contrapõe, de um lado, o mínimo existencial em cada direito social e, de outro, as limitações orçamentário-financeiras (reserva do possível), vem sendo sentida no fornecimento gratuito de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O Estado, por falta de políticas públicas ou de programas adequados de distribuição de medicamentos, pela priorização do coletivo ante a escassez de recursos, por não constar o medicamento das relações aprovadas, pelo não reconhecimento de certos medicamentos (falta de registro na ANVISA) ou por entender que não há confirmação de efetivos resultados de certos tratamentos e medicamentos, em muitos casos, frustra as expectativas dos cidadãos, que se veem forçados a buscar amparo no Judiciário, na esperança de obter medicamentos para a cura ou o prolongamento da vida. Resulta daí a crescente judicialização da questão da saúde e, em particular, as ações referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo, recém lançados ou experimentais.

Conforme Macedo Filho (2009, p. 93), “ninguém ignora que o cidadão somente vai bater às portas do Judiciário para obter o seu direito porque não é atendido pelo Estado”. E acrescenta que “se tem realmente notado, é que a intervenção judicial somente ocorre porque existe um déficit (público e notório) na prestação de serviços de saúde pública”. Diz, ainda:

A ausência de políticas públicas para tratamento de doenças graves ou raras no País é um dos fatores que mais tem levado as pessoas a buscarem o Judiciário, visando a obter do Poder Público uma prestação positiva para tratamento e fornecimento de remédios, principalmente aqueles não constantes na lista do SUS, e tratamentos mais avançados que ainda não foram objeto de protocolo pelos órgãos públicos. Tais casos representam a maioria das demandas judiciais na área da saúde, conforme se constata nas informações processuais disponíveis nas páginas dos Tribunais. A política do Sistema Único de Saúde é excludente em relação ao tratamento dessas doenças e ao fornecimento de medicamentos para tais casos, que são de alto custo.

As dificuldades encontradas pelos indivíduos para assegurar medicamentos para a recuperação ou a manutenção da qualidade de vida (e da própria vida) é algo patente, traduzido no grande volume de demandas judiciais, como decorrência do planejamento inadequado, da insuficiência de alocação de recursos e de diversos outros entraves colocados pela Administração. O resultado é a denominada judicialização do direito fundamental à saúde e tudo quanto a envolve.

#### 4.2 A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) adotou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e, como decorrência natural, os direitos fundamentais à vida e à saúde, nestes inseridos os medicamentos necessários.

Todavia, conforme assere Macedo Filho (2009, p. 92-93), “tornou-se imprescritível a atuação do judiciário para garantir o direito à saúde nos casos concretos que lhe são submetidos, ante a inércia ou omissão, mesmo, do Estado”. A atual realidade social e estrutural do País vem demandando a atuação jurídica do Estado em relação aos serviços e ações de saúde. Essa atuação jurisdicional tem fundamento na própria Constituição (BRASIL, 1988), que, no art. 5º, inciso XXXV, prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A efetivação do direito fundamental social à saúde passou pela necessidade de sua tutela jurisdicional, no controle das omissões do poder público, por um lado, e, por outro, na disciplina das relações no setor econômico-privado da saúde. (GLOBEKNER, 2008).

Nessa direção, Bliacheriene e Santos (2010, p. 163) mencionam que “a interveniência do poder judiciário nas questões relativas à saúde pública demonstra [...] grande importância para a efetivação do direito à saúde dos cidadãos” e que “o acesso à saúde, enquanto direito social, deve ser visto, antes de tudo, como uma grande conquista popular insculpida na Carta Constitucional de 1988”. E complementam (2010, p. 259):

[...] diante da omissão do Poder Público, na efetivação dos direitos dessa natureza – como direito à saúde, por exemplo -, as pessoas passaram a pleitear a intervenção do Poder Judiciário para a concretização desses direitos, dando origem ao fenômeno da “judicialização de direitos”. (grifo do autor)

O constitucionalista A. de Moraes (2007, p. 3) destaca a importância da proteção judicial para efetivar e aplicar os preceitos da Carta Magna:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir a tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. [...]

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestre na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático.

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

O Estado deve prestar serviços e ações a toda a população, sem distinção, isto é, voltado à prestação efetiva e de qualidade de serviços e ações públicas que atendam às necessidades de toda a sociedade. E, entre essas políticas, estão aquelas direcionadas à concretização do direito à saúde, que incluem o fornecimento gratuito de medicamentos. Todavia, para garantir o direito à saúde e o direito aos medicamentos – decorrência do direito

à vida –, muitas vezes, as pessoas veem-se obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário. Macedo Filho (2009, p. 93) comenta:

Cresce na população o nível de conscientização de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e as políticas sociais e econômicas do Poder Público com o objetivo de garantir esse direito e também a redução do risco de doenças, além do acesso universal e igualitário, não têm ofertado respostas satisfatórias aos reclamos da sociedade no que concerne ao direito à saúde, e às vezes sequer há políticas públicas definidas para o setor. Em consequência, tem crescido assustadoramente e número de demandas judiciais relativas à garantia do direito à saúde, podendo-se perceber, assim, que é imensa, nos dias atuais, a importância desse direito para toda a sociedade.

O reconhecimento de que as normas constitucionais não eram simplesmente programáticas, mas continham um comando de aplicação imediata – gerando direitos subjetivos – não ocorreu de fato. Conforme lembra Sarlet (2009),

O Poder Judiciário realmente apenas na metade da década de 1990 - devemos frisar isso, cerca de sete ou oito anos após a promulgação da Constituição de 1988 - é que abandonou a postura mais tímida em relação à judicialização da política e também em relação à própria efetividade do direito à saúde. Na verdade, até então, a posição dominante era, inclusive no STJ, de que o direito à saúde era norma programática e, portanto, não tinha aplicabilidade alguma, a não ser na medida da lei que o concretizasse.

A judicialização da questão trouxe tamanha preocupação ao Judiciário, que levou o Supremo Tribunal Federal, em 2010, a realizar uma audiência pública para ouvir os diversos segmentos da sociedade envolvidos na questão. Na manifestação de abertura dessa Audiência Pública, o Ministro Gilmar Mendes (2009) pontuou:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a rigidez do sistema.

Dos debates na Audiência Pública, resultou a consideração da Corte Constitucional sobre a necessidade do exame das demandas caso a caso. Nesse sentido, no voto no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (BRASIL, 2010a), o Ministro Gilmar Mendes consignou:

Além disso, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Em geral, as situações postas à apreciação judicial não são uniformes, tendo cunho individual, de modo que a análise e o julgamento dependem das circunstâncias de cada caso concreto.

#### **4.2.1 A impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo**

Quando se fala de acesso à Justiça para garantia do direito à saúde e recebimento de medicamentos, surge a questão da impossibilidade do Judiciário atuar como legislador positivo. Tal premissa estaria amparada no Princípio da Separação dos Poderes<sup>22</sup>, inserida no art. 2º da CRFB<sup>23</sup>, que visa a resguardar a sociedade contra eventuais influências de um poder sobre o outro. Nesse tema, S. de A. Ferreira (2007 apud ZENI, 2007, p. 133) leciona:

É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

Portanto, quando ocorre omissão estatal no direito à saúde ou em políticas públicas voltadas à saúde, o juiz não vai atuar como legislador, mas sim determinar que o Poder Público efetive o direito que está positivado. O juiz não pode atuar como legislador positivo, conferindo direitos ou benefícios não positivados em lei. Somente vai estipular que sejam exercidos os direitos confirmados na Constituição Federal, quando estes forem omitidos pelo Poder Público. Trata-se da aplicação de interpretação concretizadora dos direitos sociais fundamentais.

---

<sup>22</sup> “Forma de governo em que as funções estatais sejam distinguidas e executadas por órgãos ou departamentos distintos do Estado”. (ALBUQUERQUE, 2011, p. 1).

<sup>23</sup> Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

#### **4.2.2 Alguns parâmetros do Supremo Tribunal Federal sobre o acesso a medicamentos no âmbito do direito à saúde**

As decisões do Supremo Tribunal Federal, como guardião e intérprete final da Constituição, servem de parâmetro e orientação segura para os demais órgãos judiciais, de modo que o seu entendimento tende a se reproduzir nas instâncias inferiores. Além disso, o STF possui o mecanismo da súmula vinculante, de aplicação obrigatória para o Judiciário e para a Administração Pública. Por isso, e ante a limitação formal do trabalho pelas normas acadêmicas, aqui, optou-se por trazer algumas posições e parâmetros apenas da Corte Constitucional Brasileira.

Quando chamado a intervir para assegurar o direito a receber medicamentos gratuitos para cura ou manutenção da saúde e da vida, o Poder Judiciário viu-se diante do dilema de decidir entre a concretização do direito à saúde (incluído o acesso aos medicamentos necessários pela ciência médica) e a necessidade de compatibilização com as disponibilidades orçamentárias. É a questão do mínimo existencial frente à reserva do possível.

Na abertura da Audiência Pública sobre as questões da saúde e a atuação do Judiciário, convocada pelo STF, em 2010, disse o Ministro Gilmar Mendes (2009):

Enfim, impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, inclusive considerando seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, dar prioridade às políticas de prevenção ou à recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais.

Nas decisões em demandas judiciais relativas à assistência farmacêutica, nota-se a adoção de algumas linhas de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes aspectos: a necessidade do medicamento para vida do cidadão, o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a hipossuficiência do paciente para o custeio, a reserva do possível, a solidariedade entre os entes federados e o bloqueio de verbas do ente federado para assegurar o fornecimento de medicamentos.

##### **4.2.2.1 Sobre a necessidade do medicamento para vida do cidadão**



A defesa da vida é critério balizador da proteção do Judiciário aos demandantes contra o Estado, na busca de receber medicamentos gratuitos de que necessitam, como se depreende do seguinte julgado do STF (BRASIL, 2011a):

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

No mesmo sentido, direcionam-se as decisões do AI 553.712-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009) e do AI 604.949-AgR (Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma).

Em recente decisão da Primeira Turma do STF (BRASIL, 2012), essa premissa foi reiterada: “SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde”.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio asseverou:

O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem. (grifo do autor).

Portanto, há julgados da Suprema Corte que caminham no sentido de que o Estado deve fornecer os medicamentos sempre que necessários à cura e à preservação da vida, como meio de atender ao superior princípio da dignidade da pessoa humana e de proporcionar o bem-estar do indivíduo.

No entanto, no próprio STF, não há sedimentação por uma determinada linha. A tendência inicial de sempre reconhecer o direito aos medicamentos foi abrandada diante das questões orçamentárias e da necessidade de se privilegiar o coletivo, embora sem afastar o direito individual. Nesse sentido, assinalam Leal Junior e Shimamura (2011):

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado em ordem a emitir posição sobre o tema, vinha defendendo a irrestrita prevalência do direito à saúde sobre qualquer outro valor com ele em tensão. Aos poucos, porém, a problemática da “reserva do possível”, relativa à limitação de recursos estatais passou a ser levada em consideração nas decisões, de forma que passaram a ser vistas, no Supremo Tribunal Federal, decisões denegando a concretização individual do direito.

Na atualidade, de qualquer forma, o pretório excelso apresenta certa tendência voltada à vertente substancialista, uma vez que reconhece ser possível concretizar individualmente o direito à saúde pela via judicial. Contudo, prega-se a necessidade de análise casuística sobre o tema, e não de forma abstrata e genérica: valoriza-se a ponderação de valores em jogo, com a aplicação do princípio da proporcionalidade para a busca da melhor solução.

No Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, na condição de Presidente do STF, a Ministra Ellen Gracie, ao suspender parcialmente a tutela antecipada, asseverou:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (BRASIL, 2007a, grifo do autor).

Contudo, tratava-se de caso de pedido de fornecimento de medicamentos para uma determinada coletividade, ou seja, não era um caso individualizado.

A mesma medida foi adotada pelo STF no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 185 (BRASIL, 2007b). Todavia, nessa decisão de 10/12/2007, a Ministra Ellen Gracie ressaltou que as decisões proferidas em pedido de suspensão ficam restritas ao caso específico analisado, sem representar posição genérica aplicável a outros casos:

Assevere-se, inicialmente, que os pedidos de contracautela formulados em situações relacionadas ao pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos a pacientes têm sido analisados por esta Presidência, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão, nesses casos, restringem-se ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual.

Nota-se que há preocupação com o exame das circunstâncias de cada caso concreto, sem que a posição em um caso seja interpretado como automaticamente aplicável a outros casos. Na decisão de 18.09.2009 do STF, no Pedido de Suspensão de Tutela

Antecipada nº 175, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de instrução caso a caso das demandas (BRASIL, 2009a):

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

De todo modo, vem prevalecendo a tese de que o direito fundamental à vida e à saúde assegura ao indivíduo o direito aos medicamentos necessários, segundo as circunstâncias de cada caso concreto.

#### 4.2.2.2 Sobre a impossibilidade de custeio pelo paciente (hipossuficiência)

O critério da hipossuficiência econômica do paciente é marcante nas decisões judiciais. O Judiciário confere à situação econômica um fator de alta relevância para a afirmação do direito à medicamentos gratuitos do Estado. Tal relevância está reafirmada no seguinte julgamento do STF, em Recurso Extraordinário, originário de Santa Catarina (BRASIL, 2011b):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.
2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).
3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.
4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.
5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

O STF, desde o ano 2000, vem afirmando o direito das pessoas hipossuficientes de receber medicamentos, de forma gratuita, do Estado. As primeiras decisões tinham como objeto o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV, como no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 238328, relator Min. Marco Aurélio (BRASIL, 1999):

COMPETÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS.

O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

Na linha do direito dos hipossuficientes aos medicamentos, cita-se as decisões do Excelso Pretório nos seguintes processos: RE 271286 AgR (relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000), RE 255627 AgR (relator Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000), RE 273042 AgR (relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28/08/2001), AI 486816 AgR (relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005).

A Segunda Turma do STF também decidiu que constitui obrigação do Estado proporcionar a aquisição dos medicamentos necessários para paciente carente de recursos, como no AI 648971 AgR e no AI 616551 AgR, ambos com relatoria do Min. Eros Grau, decididos em 04/09/2007 e 23/10/2007, respectivamente, com a seguinte ementa (BRASIL, 2006):

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 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 consequência 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 inconsequente, 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. [...]

Esses julgados afirmam a obrigação do Estado de fornecer medicamentos indispensáveis de que necessita o paciente carente de recursos. Porém, o direito à saúde e, por consequência, o direito de receber medicamentos não se restringem aos que não dispõem de recursos, mas se estende aos com maior capacidade econômica. Nesse sentido, diz Macedo Filho (2009, p. 97):

É certo que há casos de pessoas que têm certo poder aquisitivo, o que, em princípio poderia ser invocado como argumento para a negativa de proteção judicial do direito de obtenção desses insumos. Mas, tal argumento não poderia jamais prevalecer ante o princípio de que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O tratamento desigual eventualmente dado na via judicial a essas pessoas, por possuir poder aquisitivo mais alto, desvirtuaria totalmente esse princípio, e seria mesmo uma odiosa discriminação lesiva ao princípio da isonomia.

De todo modo, as decisões do Supremo Tribunal Federal que asseguram o direito de medicamentos aos carentes não excluem as pessoas de maior poder aquisitivo ou detentoras de elevado patrimônio.

#### 4.2.2.3 Sobre a reserva do possível

Em muitos casos, as pretensões de amparo judicial implicam o dispêndio de elevados valores, levando os governos a questionarem a viabilidade de atender às demandas em face da escassez de recursos e da obrigação estatal de igualmente promover políticas

públicas em outras áreas importantes, como a educação, a segurança pública e o saneamento básico, ou seja, invocando a “reserva do possível” ou a “reserva do financeiramente possível”. Macedo Filho (2009, p. 101) diz que a limitação de recursos – que se convencionou chamar de “reserva do possível” – é o argumento sempre utilizado pelo Poder Executivo, nas demandas judiciais, para buscar se eximir do fornecimento de medicamentos.

Todavia, embora não tenha havido muitas decisões da Suprema Corte especificamente a respeito da reserva do possível – menos ainda em relação a medicamentos – esse argumento dos governos não vem sendo aceito quando invocado de forma genérica, sem prova de inviabilização das finanças públicas. Como decisão paradigmática, notadamente pelo voto do relator e pela manifestação de outros ministros, cita-se a seguinte decisão do Tribunal Pleno (BRASIL, 2010a):

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consigna:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, adoção de critérios distributivos para esses recursos. [...] a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. [...] Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

No mesmo julgado, assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello:

**Não se ignora** que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**,

em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

**Não se mostrará lícito**, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – **o ilegítimo, arbitrário e censurável** propósito de fraudar, **de frustrar e de inviabilizar** o estabelecimento e a preservação, **em favor da pessoa e dos cidadãos**, de condições materiais **mínimas** de existência (**ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** n° 345/2004).

**Cumpra advertir**, desse modo, **que a cláusula** da “reserva do possível” – **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível – **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação ou, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] 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 da nossa organização federativa. (grifo do autor).

Para Macedo Filho (2009, p. 100 e 114),

A evolução da jurisprudência do STF é, pois, visível em cada um dos julgados que dali emanam. Vem sendo afastado o argumento da ausência de previsão orçamentária e da reserva do possível, com o nítido prestígio do princípio maior do direito fundamental à saúde. O que vem fazendo o STF, assim como as demais instâncias do Judiciário brasileiro, é tomar uma atitude positiva em favor do direito fundamental à saúde, reconhecendo-o como um direito social de caráter normativo e aplicação imediata, mesmo diante de situações em que se depare, como quase sempre acontece, com o argumento da reserva do financeiramente possível. [...]

A constatação dessa realidade, reveladora da ausência de uma melhor apreciação por parte dos governos dos fatores econômicos da área da saúde, é o que tem feito o Judiciário caminhar para cancelar a efetivação do direito à saúde, em detrimento da chamada reserva do possível. Essa atuação tem contribuído para o fenômeno que vem sendo denominado “judicialização da saúde”, pois é grande a resistência do Poder Público em atender os reclamos da sociedade, notadamente das pessoas desprovidas de recursos e que a cada dia recorrem mais aos serviços de saúde pública.

Assim, na linha que se depreende da Corte Constitucional Brasileira, uma eventual alegação da inviabilidade de atendimento de fornecimento de medicamento, além de estar vinculada a um caso específico (concreto), estará submetida à comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente federado, não cabendo alegações genéricas. No entanto, há que se considerar a existência de solidariedade entre os entes federados, de modo a garantir o direito ao medicamento quando uma das esferas de governo, eventualmente e comprovadamente, não dispuser de recurso para satisfazer o direito individual.

#### 4.2.2.4 Sobre o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

Conforme antes exposto, a dispensação de medicamentos pelo Poder Público é efetivada no âmbito do SUS e de acordo com a regulamentação, que inclui os medicamentos constantes da RENAME e os medicamentos excepcionais. Uma das condições é o medicamento ser reconhecido e registrado pela ANVISA.

No seu voto no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 175 AgR (BRASIL, STF, 2010a), o relator Ministro Gilmar Mendes asseriu: “Ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA”.

O Ministro fez tal ressalva, porque o registro de medicamento é uma garantia à saúde pública, ou seja, uma condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para incorporação no Sistema Único de Saúde. Porém, advertiu que não se trata de uma regra absoluta, pois, em casos excepcionais, a importação pode ser autorizada pela ANVISA, conforme a autorização prevista na lei que criou a Agência.

O mesmo entendimento do STF foi adotado no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 (BRASIL, 2010b).

#### 4.2.3.5 Sobre a solidariedade entre os entes federados

A Corte Constitucional Brasileira também tem decidido pela solidariedade entre os entes da Federação na obrigação do fornecimento de medicamentos a quem deles necessitar, como assentado no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3355-RN (BRASIL, 2010c):

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.



No voto condutor do acórdão, o relator Senhor Ministro Gilmar Mendes, na linha precedente do Excelso Pretório (BRASIL, 2010d), afirmou: “Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”.

No mesmo sentido foi a decisão do STF de 20.06.2011 no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 586995, assim ementado (BRASIL, 2011c):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 2) INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O mesmo posicionamento foi adotado no STA 175-AgR (voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17.03.2010, Plenário, DJE de 30.04.2010.), no RE 607.385-AgR (Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 21.06.2011, Primeira Turma, DJE de 01.08.2011) e no AI 808.059-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 02.12.2010, Primeira Turma, DJE de 01.01.2011).

Portanto, se um município não possui recursos financeiros para arcar com o custo de medicamentos, deve ser socorrido pelo Estado ou pela União, ante a responsabilidade solidária<sup>24</sup>, já que o paciente não pode ser prejudicado na recuperação da sua saúde ou na sua manutenção.

#### 4.2.3.6 Sobre o bloqueio de valores das contas do ente

A Primeira Turma do STF, em decisão no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento nº 553712, decidiu pela possibilidade de bloqueio de valores das contas do ente federado para assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes (BRASIL, 2009b):

---

<sup>24</sup> “Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública”. (BARROSO, 2009).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

[...]

III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido.

Portanto, a negativa do Poder Público em atender determinação judicial de fornecimento de medicamentos pode dar ensejo ao bloqueio de numerário das contas bancárias do ente estatal e seu sequestro judicial para fazer frente ao custo do medicamento.

De forma adicional, cabe assinalar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em diversas matérias relacionadas ao direito fundamental à saúde, destacando-se as seguintes matérias relacionadas ao tema do presente trabalho:

- a) falta de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2011d):

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

- b) possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia do fornecimento de medicamento (BRASIL, 2010d):

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

- c) obrigação de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo (BRASIL, 2007c): “SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo”.

O julgamento dessas matérias podem conferir orientação mais segura e maior uniformidade nas decisões judiciais. Todavia, atualmente, encontram-se pendentes de julgamento.

Também, desde 2008, tramita no STF a proposta da Súmula Vinculante, tratando da solidariedade entre União, Estados e Municípios.

Sobre a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais (aí incluídos o direito à saúde e aos medicamentos), cabe trazer a opinião de Schwartz e Bortoloto (2008, p. 263):

Cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a dirimir conflitos envolvendo a aplicação de direitos sociais. A jurisprudência está oferecendo respostas pertinentes aos problemas postos a julgamento, demonstrando consonância, mesmo que involuntária e inconsciente, com a teoria jurídica dos direitos fundamentais. Os tribunais têm, na maioria das vezes, conseguido extrair da norma constitucional definidora do direito à saúde inúmeras obrigações – negativas ou positivas, onerosas ou não-onerosas - do Poder Público, independente de existir legislação dispendo sobre a matéria.

Embora passados quase 25 anos desde a promulgação da atual Constituição brasileira e dos avanços na implementação de seus objetivos sociais, muitos pontos permanecem sem a integral e efetiva concretização. A questão da saúde é das mais preocupantes, pois envolve o bem jurídico mais precioso – a vida – e a dignidade da pessoa humana.

As políticas públicas não têm atendido integralmente às demandas sociais, muitas vezes remetendo ao Poder Judiciário a tarefa de imprimir concretude aos preceitos da Carta Magna. As decisões judiciais têm privilegiado o objetivo maior da Constituição e, de algum modo, forçado o Poder Público a adotar ou a aperfeiçoar as políticas públicas na área da saúde e o fornecimento gratuito de medicamentos de que necessita a população para a cura de doenças, para a manutenção da saúde ou para a melhoria da qualidade de vida de seus indivíduos.

## 5 CONCLUSÃO

O mundo contemporâneo, em especial nos Estados Democráticos de Direito, ao ser humano, são assegurados direitos básicos, fruto da evolução da consciência da sociedade para a garantia de certos valores por ela considerados essenciais para a convivência, coesão social, desenvolvimento sócio-econômico e bem-estar. Essa garantia vem se concretizando por meio da positivação nas respectivas constituições. São os chamados direitos e garantias fundamentais. A fundamentalidade advém dessa consciência de que são direitos do homem por essência.

Entre os direitos fundamentais, estão os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração ou segunda dimensão, cuja afirmação se estabeleceu no século XX, e decorrentes da consolidação da doutrina do bem-estar social (*welfare state*). O direito à saúde integra o plexo dos direitos sociais fundamentais, como decorrência natural do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito internacional, a concretização teve maior impulso a partir da Segunda Guerra Mundial, sendo um marco a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948.

Como reflexo do cenário internacional, também no Brasil, a Constituição protege o direito à vida e assenta, entre os fundamentos da República Federativa, a dignidade da pessoa humana. Daí deriva o direito fundamental à saúde. Neste, inclui-se o direito aos medicamentos necessários à cura de doenças ou à manutenção da saúde e, por consequência, da vida.

O direito fundamental à saúde deflui do princípio da dignidade da pessoa humana. Tudo decorre do direito essencial à vida, que é a geradora de todos os demais direitos do homem. A fundamentalidade formal do direito à saúde está materializada pelo reconhecimento expresso na Constituição, e tal positivação implica, também, o reconhecimento da fundamentalidade material desse direito. Essa fundamentalidade formal e material tem, como consequência, o dever do Estado em assegurá-lo de forma efetiva, mediante a institucionalização e operacionalização de políticas públicas, que são ações planejadas, previstas nos orçamentos, visando a assegurar os direitos individuais e coletivos e a atingir o melhor bem-estar possível para a sociedade. O dever do Estado em relação ao direito fundamental à saúde – incluindo o fornecimento de medicamentos – revela-se tanto no aspecto positivo (instituição de políticas públicas) quanto na dimensão negativa (inviabilidade de editar normas ou de permitir a atuação administrativa tendente a restringir ou negar o direito fundamental).

Porém, não basta a positivação constitucional. É preciso dar concretude aos direitos fundamentais assegurados na Constituição. As leis nacionais, como a Lei do Sistema Único de Saúde e o Estatuto do Idoso, instituem políticas públicas e tentam operacionalizar o direito fundamental à saúde – com o conseqüente direito aos medicamentos, notadamente aos hipossuficientes – estabelecendo a repartição das competências entre os entes da Federação. Nesse complexo normativo, o Poder Público instituiu programa de distribuição gratuita de medicamentos, como meio de atender aos ditames constitucionais.

As políticas públicas devem assegurar a todos o mínimo existencial associado a cada direito fundamental, o que significa que o Estado deve disponibilizar as prestações materiais essenciais para concretização do direito. No caso do direito à saúde e aos medicamentos, o mínimo existencial está relacionado às prestações materiais necessárias à manutenção da vida, ao restabelecimento da saúde, a uma vida condigna e à minimização do sofrimento físico e mental.

Todavia, as políticas públicas no campo do fornecimento de medicamentos nem sempre têm atendido às necessidades da população ou às expectativas individuais dos cidadãos. As negativas da Administração no fornecimento de medicamentos, quer por não estar em suas relações de medicamentos disponíveis, quer por não reconhecer como medicamento eficaz, quer por considerar de elevado custo, em geral sob alegação de escassez de recursos orçamentários – tese da reserva do possível –, tem forçado pessoas a buscar abrigo no Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, pelo menos para atender o mínimo existencial. As deficiências das políticas públicas aliadas aos entraves burocráticos para acesso à saúde e aos medicamentos gratuitos, geradores de elevada demanda judicial em matéria de direito à saúde, resulta no fenômeno chamado de judicialização da saúde.

Os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e, assim, são oponíveis ao Estado, por meio do Judiciário. Isto aplica-se ao direito fundamental à saúde, cuja positivação constitucional gera para o cidadão um direito subjetivo, podendo ser acionado o Poder Judiciário em caso de ameaça ou de efetiva violação do direito. Nos casos de conflitos, embora o juiz não possa atuar como legislador positivo deve adotar uma solução para cada caso concreto, tendo por fundamento maior os fundamentos da República e os princípios, direitos e garantias instituídos na Constituição.

O Judiciário tem se debatido entre a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível. Em regra, tem feito valer o propósito da Constituição da República, atuando de modo a dar eficácia real aos direitos fundamentais, notadamente quando se trata de direito a medicamentos. Nesse sentido, observa-se, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o

propósito de conferir eficácia plena e imediata ao direito fundamental à saúde e seus consectários (como os medicamentos), privilegiando a concretude aos preceitos constitucionais.

Nota-se que a Corte Constitucional brasileira assentou algumas premissas: a) a defesa da vida é critério balizador da proteção do Judiciário aos demandantes contra o Estado, na busca de receber gratuitamente os medicamentos de que necessitam, sempre que demonstrada a sua necessidade; b) é dever do Estado fornecer os medicamentos de forma gratuita a quem necessite, notadamente diante a impossibilidade de o indivíduo custear com recursos próprios; c) a alusão à reserva do possível para não fornecer, adiar ou dificultar o fornecimento de medicamentos não é aceitável de forma genérica, dependendo de prova cabal da inviabilização das finanças públicas; d) o registro de medicamento na ANVISA é uma garantia à saúde pública, ou seja, condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para incorporação no Sistema Único de Saúde, mas não se trata de uma regra absoluta, podendo, em casos excepcionais, ser autorizada a importação; e) existe solidariedade entre os entes federados na obrigação do fornecimento de medicamentos; f) é possível o bloqueio de valores das contas do ente federado para assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes; g) embora prevalecendo a tese de que o direito fundamental à vida e à saúde assegura ao indivíduo o direito aos medicamentos necessários, devem ser examinadas as circunstâncias de cada caso concreto.

Embora constitua um dilema permanente para o julgador decidir entre atender um caso individual, por vezes em detrimento da maior amplitude e eficácia das políticas públicas para a coletividade – redução de recursos para programas de saúde –, no campo da saúde, as decisões do Supremo Tribunal Federal caminham no sentido de afirmar os objetivos maiores da Constituição, o que é compatível com a contemporânea teoria da interpretação concretizadora dos direitos fundamentais.

Essa tendência parece correta, porque, ao contrário de outros direitos sociais fundamentais, o direito à saúde e seus consectários impõem ao Estado, por todos os seus poderes, uma atuação de forma imediata e efetiva. A demora pode resultar em sofrimento físico e mental, em redução da qualidade de vida, em sequelas permanentes e até mesmo no fim da vida. É motivação suficiente para que se imponha ao Estado, ainda que por meio de decisão judicial, o dever inarredável de disponibilizar os meios materiais à população, como os medicamentos de forma gratuita aos hipossuficientes, a fim de se concretizar o direito fundamental à saúde e cumprir a Constituição da República.

## REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Hélio (org.). **Comentários sobre o estatuto do idoso**. 15. ed. Brasília: Redenção Serte, 2004.

ABREU, Lidiane Rocha. Políticas públicas: atuações estatais essenciais à efetivação da cidadania plena. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2.896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19260>>. Acesso em: 14 mar. 2012. Acesso em: 6 abr. 2012.

ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo Executivo. Paralelo entre o direito norte-americano e o brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2981, 30 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19878>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte de. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1522, 1 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10357>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

ÂNGELO, Fernando Henrique Cherém Ferreira. Direito à saúde e à vida X perigo da irreversibilidade da medida antecipatória de tutela. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1706, 3 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11003>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

ANJOS, Margarida dos; FERREIRA, Marina Baird. **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**. 2. ed. Curitiba: Positivo, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Audiência pública: saúde**. Supremo Tribunal Federal, Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenaria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião Dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Gonzalez Alice. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31070>>. acesso em 9 março. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 650359**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 7 fevereiro de 2012. Primeira Turma, Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico - 051. Publicado em 9 de março de

2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819268>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 607582 Rg / RS – Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 13 de agosto de 2010c. Diário de Justiça Eletrônico -159. Publicado em 27 de agosto de 2010c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+607582+%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657718 RG / MG – MINAS GERAIS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de novembro de 2011d. Diário de Justiça Eletrônico - 051. Publicado em 12 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+657718+%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010a. Diário de Justiça Eletrônico - 076. Publicado em 30 de abril de 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA+175+AgR%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47**. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, DF, 17 de março de 2010b. Diário de Justiça Eletrônico - 076. Publicado em 30 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SL+47+AgR%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3355**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de abril de 2010c. Diário de Justiça Eletrônico - 076. Publicado em 30 de abril de 2010c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3355%2ENUME%2E%29+OU+%28SS%2EACMS%2E+ADJ2+3355%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553712**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de maio de 2009b. Diário de Justiça Eletrônico - 104. Publicado em 5 de junho de 2009b. Publicado em 5 de junho de 2009. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 887, p. 164-167, 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238328**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de novembro de 1999. Diário de Justiça Eletrônico. Publicado em 18 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI+238328+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Diário de Justiça Eletrônico - PP-00140. Publicado em 2 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+393175+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2011a. Diário de Justiça Eletrônico. Publicado em 17 de junho de 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2011b. Diário de Justiça Eletrônico-116. Publicado em 17 de junho de 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28607381%2ENUME%2E+OU+607381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 586995**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 de junho de 2011c. Diário de Justiça Eletrônico-156. Publicado em 16 de agosto de 2011c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+586995+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009a. Diário de Justiça Eletrônico - 182. Publicado em 28 de setembro de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91**. Relatora: Min. Presidente Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. Diário de Justiça Eletrônico-00023. Publicado em 05 de março de 2007a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+91%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº185**. Relatora: Min. Presidente Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2007. Diário de Justiça Eletrônico-00023. Publicado em 14 de dezembro de 2007b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2579141>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de setembro de 2009a. Diário de Justiça Eletrônico-182. Publicado em 28 de setembro de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 566471 Rg / RN – Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de novembro de 2007c. Diário de Justiça Eletrônico - 157. Publicado em 7 de dezembro de 2007c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal da saúde**. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=32820&janela](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela)>. Acesso em: 06 mar. 2012.

BRASIL. **Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916\\_98.htm](http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916_98.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2012.

BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. **Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8080.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Manifestação no painel políticas públicas de saúde: integralidade do sistema**. Audiência Pública sobre Saúde convocada pelo Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 6 de maio 2009a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 7 mar. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra, 1999.

CARDOSO, Oscar Valente. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. **CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 2009, n. 45, p.46-55, 11 set. 2009.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde, leis 8.080/90 e 8.142/90**. 4. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo : Hucitec, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. São Paulo: Conceito, 2009.

FORTUNA, Affonso de Aragão Peixoto. **As Responsabilidades quanto à Prestação de Ações e Serviços Públicos de Saúde**. Artigo encaminhado para a Audiência Pública sobre Saúde convocada pelo Supremo Tribunal Federal. Joinville. Prefeitura Municipal, Procuradoria Geral. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/As\\_responsabilidades\\_quanto\\_a\\_prestacao\\_de\\_acoes\\_e\\_servicos\\_de\\_saude\\_\\_Procuradoriageral\\_do\\_Municipio\\_de\\_Joinville.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/As_responsabilidades_quanto_a_prestacao_de_acoes_e_servicos_de_saude__Procuradoriageral_do_Municipio_de_Joinville.pdf)>. Acesso em 05.04.2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A trajetória de Oswaldo Cruz e sua luta como sanitarista no século 19**. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1084&sid=194>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16694/Judicializa%C3%A7%C3%A3o\\_Direito\\_Sa%C3%BAde.pdf?sequence=3](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16694/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_Direito_Sa%C3%BAde.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 21 mar. 2012.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. O direito fundamental à saúde e a equidade no acesso à atenção em saúde. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília, DF. **Anais**. Brasília, DF: CONPEDI, 2008 Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13\\_53.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_53.pdf)>. Acesso em: 04 mar. 2012.

HUMENHUK, Hewanston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 6 mar. 2012.

LEAL JUNIOR João Carlos e SHIMAMURA Emilim. Sobre Procedimentalismo e Substancialismo na Promoção de Políticas Públicas na Área da Saúde. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XV, nº 52, jan/mar 2011, p. 12-22.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACEDO FILHO, Cícero Martins. O direito à saúde e o "dogma" da reserva do possível: a concretização do direito fundamental à saúde pela jurisdição. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 4, n. 45, p.82-126, set. 2009.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: coleção temas atuais de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 319 p.

MARINHO, Yuri Rugai. Créditos de carbono: incentivo do Direito Internacional Ambiental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2215, 25 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13160>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 623, v. 76, p. 27 a 29 set. 1987.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Presidente do Supremo Tribunal Federal. **Abertura da Audiência Pública nº 04 (sobre Saúde) convocada pelo Supremo Tribunal Federal, realizada entre**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais**: conflitos e soluções. São Paulo: Labor Juris, 2004.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepda; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Sepa. **Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e Direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, p.209-230, set. 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira da. A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna. Limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12985>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Andréa Egizi dos. O direito à saúde sob a reforma do possível. **ESMAPE - Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 15, n. 31, p.31-62, jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº11, setembro/novembro, 2007. Disponível na em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Professor titular da PUC/RS e Juiz de Direito. Manifestação no painel **O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário**, no dia 27 de abril de 2009, na Audiência Pública sobre Saúde convocada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em 05.04.2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

SARMENTO, Daniel. **Curso de direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de política pública sanitárias: o direito à saúde em sua dimensão prestacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p.257-264, mar. 2008.

SCHWARTZ, Germano. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 83, n.1, p. 179-200, set. 2001.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistemática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Aspectos processuais do acesso a medicamentos e tratamentos médicos: tutela judicial do direito fundamental à saúde. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 902, p.66-85, 22 dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Otegildo Carlos. Direitos prestacionais: reserva do possível, mínimo existencial e ponderação jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2307, 25 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13735>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do estado em matéria de saúde. **Revista Bonijuris, Curitiba**, v. 505, p. 8-14, dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Pró-Reitoria Acadêmica. Programa de Bibliotecas. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica para tcc, monografia, dissertação e tese. 3. ed. rev. e ampl. Palhoça: Ed. Unisul, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC. **Políticas públicas**. Disponível em: <<http://bpp.ufabc.edu.br/sobre-bpp/o-que-sao-politicas-publicas/>>. Acesso em: 9 mar. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação. **Rev. Disc. Jur. Campo Mourão**, Campo Mourão, v. 3, n. 2, p.129-148, dez. 2007.