



O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO¹

THE SUPPLY OF MEDICAMENTS BY THE STATE

*Robson de Vargas*²

Resumo

Como aspecto de garantia do próprio direito à vida, buscou-se elucidar a efetivação do direito à saúde a partir da questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado. Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da Carta Magna. Porém, como se sabe, não basta o reconhecimento formal desse direito, sendo necessário investigar a sua efetividade. E neste contexto, insere-se a problemática em torno do dever por parte do Poder Público em fornecer medicamentos aos cidadãos. Diante disso, a partir de uma leitura histórica dos direitos fundamentais, pretendeu-se analisar essa questão, visando compreender os limites e alcances em torno do direito/dever à saúde, identificando-se os principais valores e princípios que orientam a sua realização.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos sociais; Direito à saúde; Fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Abstract

As aspect of guaranteeing the right to life itself, we sought to elucidate the effectiveness of the right to health from the issue of drug supply in the State. In the 1988 Federal Constitution, the right to health is inserted between social rights par excellence, as provided in art. 6.º of the Constitution. However, as we know, not just formal recognition of this right, is necessary to investigate its effectiveness. And in this context, part of the problem is the duty on the part of the government to provide drugs to citizens. Thus, from a historical reading of fundamental rights, we intended to examine this issue, aiming to understand the limits and reach around the right / duty to health, identifying the core values and principles that guide its implementation.

Keywords Fundamental rights; social rights; right to health; supply of medications by the state.

¹ Artigo submetido em 29/05/2013, pareceres de aprovação em 30/07/2013 e 02/08/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

² Mestrando em Ciências Criminais – PUCRS. Especialista em Direito Constitucional – UNESA. Especialista em Ciências Penais – PUCRS. Professor na área de Direito Público no Centro Universitário Estácio de Sá – Santa Catarina. Advogado.



INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais devem ser vistos como a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, e por isso devem ser ungidos de eficácia e constantemente reafirmados, gerando também eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, constitui exigência inarredável do Estado Democrático de Direito a inclusão e preservação de valores essenciais à humanidade e justiça, inserindo-se, neste contexto, o direito à saúde.

Na Constituição Federal de 1988 (CF), o direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da Carta Magna. E uma das formas de preservar esse direito, é através da garantia do fornecimento de medicamentos à população. Entretanto, algumas questões precisam ser observadas, como por exemplo, que tipo de medicamentos o Estado está obrigado a custear e quem se enquadra como beneficiário dessa prestação. Isso porque, a limitação de recursos por parte do poder público, inegavelmente leva a uma delimitação dos casos que serão atendidos, bem como de quem se enquadra como destinatário.

Assim, será apresentada uma breve evolução histórica dos direitos fundamentais, visando demonstrar que o direito à saúde, como parte dos direitos sociais, encontra-se inserido em uma ordem de valores subjetiva e objetiva, impondo-se que isso seja observado e concretizado pelo poder público. Em seguida, será apresentada e enfrentada a problemática em torno do fornecimento de medicamentos, o que se dará a partir de postulados doutrinários e jurisprudenciais, de modo a permitir compreender a responsabilidade dos entes da federação na concretização desta prestação, bem como o alcance do princípio da reserva do possível e a representação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À SAÚDE

Tradicionalmente os direitos fundamentais são dispostos em três grandes dimensões ou gerações, sendo que foi a partir das bases ideológicas constitutivas da cidadania – que é fruto da construção da sociedade moderna, pois o termo cidadão sempre se referiu a homens livres – que se embasou um individualismo



racionalista, surgindo primeiramente os direitos normativo-subjetivos, civis e políticos, e mais tarde, os direitos econômicos e sociais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, ligada a ideia de liberdade, surgiu no século XVIII mediante as declarações de direitos de 1776 (Declaração de Virgínia) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, versando acerca dos direitos civis e políticos dos cidadãos em relação ao Estado, como forma de limitação do poder estatal, estando esses direitos relacionados ao desenvolvimento do Estado Moderno em sua primeira variante liberal.

Essa primeira dimensão tem por fundamento jusfilosófico o pensamento iluminista, que pregava limites à intervenção estatal em relação à esfera de liberdades individuais dos cidadãos. Enquadram-se nesta categoria os direitos à vida, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei e algumas garantias processuais.

Já a segunda dimensão dos direitos fundamentais tem como marcos de referência a Constituição Mexicana (1917) e de Weimar (1919), e por influência da revolução Russa é denominada de direitos econômicos e sociais. Os direitos de segunda dimensão deveriam ser patrocinados pelo Estado, através de ações prestacionais positivas, aspirando realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, mitigado pelo Estado de Direito Liberal.

Conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos de segunda dimensão não são de liberdade do e perante o Estado, mas de liberdades por intermédio do Estado, sendo que caracterizam-se por conceder ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como por exemplo, assistência social, saúde, educação e trabalho. Essa segunda dimensão de direitos fundamentais sustenta a ideia de uma justiça distributiva (igualdade), visando proteger especialmente os pobres, e pretendendo combater as desigualdades sociais (SARLET, 2009, p. 47).

Esta incorporação dos direitos sociais ao discurso da cidadania foi o aporte para o surgimento do Estado de bem-estar social, superando a visão liberal-individualista proposto pela classe burguesa. Desta forma, mediante o surgimento da cidadania social, o *Welfare State* busca suprir e conter os excessos individualistas do modelo liberal através da intervenção. Nessa perspectiva concede a passagem



da cidadania liberal para a cidadania social como uma natural decorrência da insuficiência do liberalismo econômico.

Já a terceira dimensão dos direitos fundamentais é conhecida como a dimensão dos direitos de fraternidade e de solidariedade por causa da titularidade dos direitos que transcende o homem-indivíduo para alcançar determinados grupos humanos, como a família, os consumidores, o povo, a nação, etc. É por isso que os direitos fundamentais de terceira dimensão são classificados em coletivos e difusos (o gênero humano é destinatário de proteção), constando ainda a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável, a qualidade de vida, ao patrimônio comum da comunidade, à paz, à autodeterminação dos povos, entre outros.

Segundo lembra Sarlet, no concernente a positivação desses direitos de terceira dimensão, a maior parte deles não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando em fase de consagração no âmbito do direito internacional, o que explica o grande número de tratados e documentos transnacionais nesta seara (SARLET, 2009, p. 49).

Destaca-se, ainda, que entre alguns doutrinadores pátrios, dentre eles, Paulo Bonavides, existe a aceitação da ideia de uma quarta e até quinta dimensão dos direitos fundamentais. Enquanto os de quarta dimensão guardam relação com o direito à democracia, informação e pluralismo, os direitos de quinta dimensão compreendem os direitos virtuais, buscando-se proteger a honra e a imagem da pessoa humana, frente aos meios de comunicação eletrônica (BONAVIDES, 1997, p. 524-526).

Por fim, é de se destacar que essa distinção das diversas dimensões que marcam a evolução dos direitos fundamentais é estabelecida visando situar os diferentes momentos históricos em que esses direitos foram surgindo, especialmente como reivindicações acolhidas pelo ordenamento jurídico. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a visão dos direitos fundamentais em dimensões, representa sua evolução no tempo, não sendo correto deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade, sendo que cada direito de cada dimensão interage com os das outras, e nesse processo dá-se à compreensão desse quadro evolutivo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268).



1.1 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

O catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988 resultou de um amplo processo de discussões oportunizado com a redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar. Conforme destaca Flávia Piovesan, é de se considerar a Carta de 1988 como um verdadeiro marco jurídico da transição ao regime democrático, que por sua vez, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria (PIOVESAN, 2006, p. 2).

O próprio preâmbulo da Carta Magna realça um compromisso com os direitos fundamentais, ao gravar que a sua promulgação se baseava em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade.

Ainda, seguindo o magistério de Sarlet, é possível afirmar que três características podem ser atribuídas a Constituição de 1988 como extensivas ao título dos direitos fundamentais: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. O cunho analítico reflete-se no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, face o seu grande número de dispositivos legais. O caráter pluralista é representado pela reunião de dispositivos reconhecendo um grande gama de direitos sociais, ao lado dos direitos clássicos e de novos direitos. Já o caráter programático resulta de um grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, embora amenizado no concernente aos direitos fundamentais, especialmente em face do art. 5º, § 1º, da CF (as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) (SARLET, 2009, p. 64).

Essa proteção conferida aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, com o reconhecimento da “garantia de eternidade”, pelo fato de estarem resguardados como cláusulas pétreas, conforme prevê o art. 60, § 4º da CF. É de se destacar o extenso rol de incisos do art. 5º da Constituição, o qual contempla direitos fundamentais das diversas dimensões. Dos arts 6º ao 11, da CF, estão estabelecidos os direitos sociais (que vinham sendo, desde 1934, inseridos no



Capítulo da Ordem Econômica e Social) seguindo-se, ainda, o direito a nacionalidade e os direitos políticos. Mas, importa registro que o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, reconhecido no art. 5º, § 2º, da CF, assinala a existência de outros direitos fundamentais em outros artigos da Constituição, inclusive em tratados internacionais.

Os direitos fundamentais representam um verdadeiro sistema de direitos, o qual se condiciona pelo princípio da aplicabilidade imediata e espelham a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, devem ser vistos como a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, merecendo ser ungidos de eficácia e constantemente reafirmados.

A dignidade da pessoa humana está consubstanciada no respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, em busca de condições mínimas para uma existência digna. A Constituição de 1988 foi o primeiro ordenamento do constitucionalismo brasileiro a estabelecer um título próprio aos Princípios Fundamentais, tendo sido também a primeira a elevar a dignidade humana em nível de princípio fundamental. Tais princípios estão prescritos no Título I da Magna Carta e catalogados em quatro artigos.

E, ao delinear o valor da dignidade da pessoa humana, observa-se que esse princípio assume importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos fundamentais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido e preservado.

E neste viés, mostra-se relevante a proteção judicial aos direitos fundamentais, permitindo-se aos indivíduos informar as violações aos seus direitos, mas acima de tudo, exigir que tais violações sejam evitadas ou saneadas. Para Paulo Márcio Cruz, a proteção judicial representa atualmente um elemento fundamental do sistema constitucional, já que faz parte da ordem constitucional o direito de todo indivíduo recorrer aos tribunais para defender suas pretensões. Segundo ele “a aplicabilidade direta dos direitos e garantias fundamentais é a regra na quase totalidade dos países do Ocidente e, portanto, sua proteção imediata” (CRUZ, 2008, p. 176).

Por fim, é de se asseverar, conforme ensina Branco, que os direitos fundamentais transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais,



passando a alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade, irradiando-se para todo o direito positivo. Com isso, forma a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (MENDES; COELHO, 2009, p. 300).

1.2 A saúde como direito fundamental

O direito à saúde é um dos mais amplos e completos direitos no aspecto das dimensões dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988 foi a primeira a reconhecer o direito à saúde como direito fundamental de dimensão social, sendo que as Constituições de 1934, 1937 e 1967, apenas referiam o direito à saúde na parte da distribuição das competências. O legislador constituinte, já no art. 3º da CF, reconheceu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária com a promoção do bem de todos; a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e de toda e qualquer forma de marginalização.

O direito à saúde está inserido entre os direitos sociais por excelência, previstos no art. 6º da CF. O próprio texto constitucional trata do direito à saúde no Título VIII, merecendo destaque o art. 196 da CF que dispõe: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Também encontra fundamento no art. 170 da CF (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) o qual estabelece como escopo da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Já o art. 193 da CF, destaca que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, sendo a garantia do direito a saúde um dos principais instrumentos.

No art. 194 da CF restou definido que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, tendo o parágrafo único, no seu inciso I, definido como objetivo a



universalidade da cobertura e do atendimento, e no inciso V, a equidade na forma de participação no conjunto integrado dessas ações.

Cumprir registrar também, o caráter prioritário às atividades preventivas para assegurar o direito à saúde, conforme preceitua o art. 198, inciso II, da CF, reconhecendo como uma das diretrizes do SUS - Sistema Único de Saúde, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Pode-se reconhecer que os direitos sociais encontram-se inseridos em uma ordem de valor subjetiva e objetiva, impondo-se que isso seja observado e concretizado pelo poder público. Como ensina Miguel Reale, sob o prisma da dimensão subjetiva, representa a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Trata-se do poder de exigir judicialmente o devido cumprimento do direito. Já a ordem de valor objetiva traduz a observância de todos a esses direitos, vinculando especialmente a atuação dos poderes públicos (REALE, 2000, p. 262).

Diante disso, podemos reconhecer que a saúde é um dos principais direitos fundamentais de caráter prestacional, impondo-se a todos os entes federativos a adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos. Porém, o direito à saúde dificilmente será alcançado de forma absoluta e incondicional pelo Estado, o que não significa, que o mesmo não deva ser entendido como um legítimo valor constitucional que assegura à pessoa humana, em especial aos mais vulneráveis, o acesso às prestações materiais necessárias as atividades preventivas e à proteção da saúde para o desenvolvimento de uma vida digna.

Assim, é inquestionável a fundamentalidade do direito à saúde, já que representa um bem jusfundamental assegurado pela ordem constitucional, sendo um dos mais amplos e completos direitos fundamentais no aspecto dimensional. Por outro lado, vale destacar que no campo da sua efetividade, é necessário buscar extrair sua força máxima, papel que cabe a doutrina e jurisprudência, mas acima de tudo, aos entes da federação.



2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Como todo cidadão pode levar à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme autoriza o art. 5º, inciso XXXV, da CF, esta problemática constantemente acaba sendo decidida pelo Poder Judiciário, o que gera uma tormentosa discussão em torno do controle jurisdicional das opções legislativas de concretização desse direito.

Por outro lado, é importante observar que é uma exigência inarredável do Estado Democrático de Direito a inclusão e preservação de valores essenciais à humanidade e justiça, e dentre eles se encontra o direito à saúde. Deste modo, diante da expressiva quantidade de cidadãos carentes, frente a um Estado com inúmeras necessidades a atender, sem encontrar recursos suficientes para isso, torna-se salutar garantir minimamente a efetividade desse direito, assegurando-se com isso, um núcleo essencial do direito à saúde.

Desde o advento da Constituição de 1988, se tornou recorrente no Poder Judiciário, litígios acerca da interpretação da integralidade e igualdade do tratamento de saúde, bem como sobre a responsabilidade dos entes da federação na implementação e tutela do direito à saúde. E o que se tem visto de maneira recorrente, é o julgamento favorável de processos quando o cidadão necessita de medicamentos. Diante disso, é necessário compreender a força jurídica do direito à saúde, assim como a interpretação dos tribunais em torno do dever do Estado em prestar medicamentos, especialmente como forma de efetividade do desse direito.

Deste modo, a partir da identificação de alguns valores e princípios que impulsionam a realização do direito à saúde, se apresenta uma análise acerca da obrigação do Estado no fornecimento de medicamentos, especialmente considerando o princípio da reserva do possível e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2.1 A obrigação do Estado

Como expõe Sarlet, o direito à saúde integra o sistema de proteção da seguridade social, se manifestando de forma mais contundente a vinculação do seu

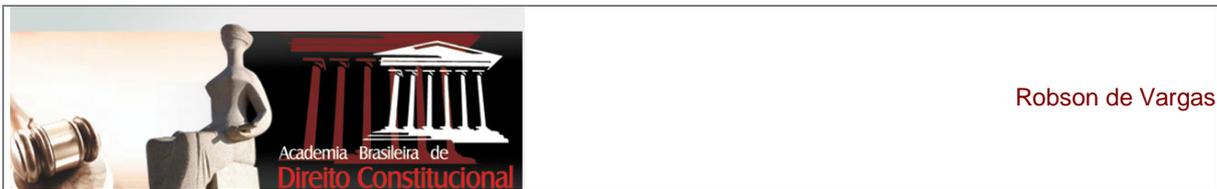


objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. E, por ser um direito fundamental, o qual possui um grau máximo de juridicidade e normatividade, deve-se buscar sempre sua efetividade, a qual nem sempre é materializada (SARLET, 2009, p. 322).

A questão é complexa. Os entes da federação encaram o direito à saúde como norma programática, de modo que, em não existindo dinheiro disponível no orçamento público destinado para o fornecimento de medicamentos, ou se o medicamento solicitado não integrar a portaria GM 2577/2006 do Ministério da Saúde, haveria afronta à ordem pública, em termos administrativos, já que o fornecimento desses medicamentos encontra-se à margem do programa oficial do Estado, o qual deve zelar pela programação orçamentária e evitar lesão para a economia pública.

Além disso, haveria ofensa também a própria saúde pública, pois o fornecimento de medicamentos não previstos nas portarias do Ministério da Saúde, compromete a racionalização do sistema de fornecimento de medicamentos para a população de uma maneira geral. Todavia, embora se reconheça que as políticas de saúde implicam a formulação e execução de um planejamento amplo, elaborado a partir da avaliação da situação real e da identificação dos meios escassos disponíveis, com escolha das prioridades a serem atendidas e das metas a ser alcançadas, o Judiciário tem assegurado o acesso aos medicamentos quando o cidadão é pessoa hipossuficiente, quando a enfermidade em questão é muito grave e quando há urgência na utilização do medicamento.

Isso, porque o legislador constitucional erigiu o direito à saúde ao nível dos direitos sociais fundamentais, impondo ao Estado a obrigação de, através de políticas públicas, implementar normas e ações destinadas à concretização deste direito. Ao tratar da responsabilidade do Estado e o direito à saúde, José Afonso da Silva, citando Canotilho e Vital Moreira, destaca que esse direito comporta duas vertentes, sendo uma negativa, que consiste no direito a exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde, e outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas. Observa, ainda, que os arts. 196, 198 e 200, da CF,



tratam de um direito positivo que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria realização do direito, e do qual decorre um especial direito subjetivo (SILVA, 2000, p. 312-313).

O próprio Supremo Tribunal Federal, por diversas ocasiões já acentuou a importância da efetivação de programas sociais que concretizem os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais. A esse respeito, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello. Naquele julgamento, foi mantida a condenação do Município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, obrigando-se ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da AIDS aos portadores do vírus HIV carentes.

Na ementa, ficou gravado que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, responsabilmente, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Reconheceu-se, também, que 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. Deste modo, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Por fim, reconheceu-se que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando as justas expectativas da coletividade, substituir, ilegitimamente, o cumprimento de seu inafastável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que prevê a Constituição Federal. O reconhecimento pelo Poder Judiciário da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS,



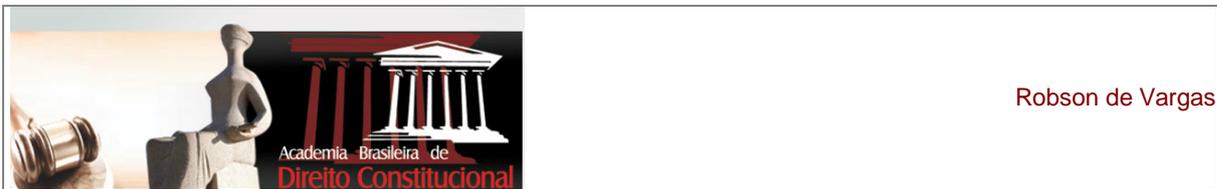
dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal e representa, um gesto reverente e solidário de valor à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Esse julgamento esclarece à posição adotada pelo STF para questões desta natureza. Em harmonia com as normas constitucionais, a Lei 8.080/1990, que cuida do Sistema Único de Saúde, é também reflexo do direito à assistência social, destinando-se, ainda, a resguardar a saúde dos cidadãos carentes. É o que prevê o seu art. 2º, quando estatui ser a saúde um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. E esse dever estatal consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Também merece destaque o art. 4º da Lei 8.080/1990, ao explicitar que o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta, indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde.

Com todo este fundamento legal, reconhecidamente protetor, não se pode interpretar a Constituição Federal e a própria Lei 8.080/1990 de outra forma que não extensivamente, para reconhecer o dever dos entes da federação a fornecer medicamentos, desde que, sejam os destinatários pessoas carentes, a enfermidade em questão seja muito grave e quando existir urgência na utilização do medicamento solicitado.

Nesse sentido, podemos mencionar ainda o Recurso Extraordinário (RE) nº 242.859, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, 1.ª Turma, publicado no DJ de 29.06.1999; o RE nº 264.269-AgR, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira, 1.ª Turma, publicado no DJ de 26.05.2000; o RE nº 255.627-AgR, em que foi relator o Ministro Nelson Jobim, 2.ª Turma, publicado no DJ de 21.11.2000; e, ainda, o RE nº 271.286-AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma, publicado no DJ de 12.09.2000, entre outros.



Assim, a obrigação de prestar medicamentos pelo Estado não é ilimitada e incondicional, sendo necessário analisar a gravidade da enfermidade, a condição financeira do requerente e a urgência na utilização do medicamento. Por outro lado, é importante reconhecer que a impossibilidade de acesso a medicamentos necessários à sobrevivência digna, acaba sempre por agravar o direito à saúde e conseqüentemente à própria vida.

Ao que parece, é equilibrado que o Poder Legislativo atue estabelecendo leis que assegurem o acesso aos medicamentos necessários, que o Poder Executivo implemente políticas sociais que objetivem a otimização do uso de seus recursos financeiros, promovendo dessa forma a saúde e o atendimento isonômico entre os titulares do direito ao fornecimento de medicamentos; e, por fim, que o Poder Judiciário, verifique e julgue a constitucionalidade da política eleita.

Diante disso, importa ressaltar que embora a realização da justiça social seja dependente de recursos do Estado, há de se encontrar caminhos para a sua materialização, não parecendo adequado que o Poder Judiciário fique a mercê de um Poder Legislativo e Executivo inoperante na realização de suas atribuições ou competência, o que sem sendo tratado como uma “dificuldade contramajoritária”, que nada mais é do que a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para fixar políticas públicas no lugar do legislador e/ou administrador eleitos pelo povo.

2.2 Da responsabilidade integral de cada ente da federação

A saúde é um dos principais direitos fundamentais prestacionais, impondo a todos os entes federativos, o dever compartilhado e solidário correspondente, visando à adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos. A Constituição Federal, ao prever um vasto elenco de direitos sociais prestacionais, obrigou a União, os Estados e também os Municípios a assegurar de maneira solidária o direito à saúde, especialmente aos carentes, os quais não possuem condições econômicas de ter acesso aos medicamentos indispensáveis à própria vida.

Deste modo, quando o pedido de medicamentos não estiver contemplado em determinada política pública estatal específica (federal, estadual ou municipal) e



já em fase de execução, a solicitação pelos medicamentos deve ser direcionada em desfavor de todos os entes da federação, já que o direito à saúde não pode ser reduzido a uma promessa constitucional.

Merece registro o julgamento pelo STF do RE nº 393175-AgR, da 2.^a Turma, publicado no DJ de 02.02.2007, em que o relator, Ministro Celso de Mello, asseverou que 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. Essa orientação vem sendo consolidada na jurisprudência pátria.

Mas, parece claro que o art. 198 da CF não veda que a legislação infraconstitucional atribua prestações específicas a determinada esfera de governo, até mesmo como estratégia de gestão. Assim, quando houver norma atribuindo o dever de prestar determinado serviço de saúde ou dispensar determinado tipo de medicamento a um determinado ente da federação, apenas este é que deverá figurar no pólo passivo da demanda, caso contrário, o dever será sempre solidário entre as três esferas de estatais.

Dessa forma, parece que não há dúvidas de que existe uma responsabilidade solidária entre a União, os Estados e os Municípios, quando se trata do direito à saúde, cabendo ao cidadão necessitado escolher quem deverá lhe fornecer o medicamento pleiteado. O art. 198, parágrafo único, da CF, estabelece que o Sistema Único de Saúde será firmado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes legais. A Lei 8.080/90 disciplina o SUS, atribuindo a todos os entes da federação, a prestação dos serviços de saúde à população, podendo o cidadão optar por aquele que venha a prestar assistência à sua saúde através do fornecimento de medicamentos.

Diante disso, a regra é a da solidariedade pura entre a União, os Estados e os Municípios, quando se trata de saúde pública, cabendo ao cidadão requerente optar quem deverá lhe fornecer o medicamento de que necessita. No julgamento do Mandado de Segurança 17425/MG, publicado no DJ em 22.11.2004, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, a 2.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que o



fornecimento gratuito de medicamento é dever líquido e certo do Estado, competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado, conforme estabelece o art. 23, II, da CF, bem como a organização da seguridade social, garantindo a universalidade da cobertura e do atendimento, tudo conforme o art. 194, parágrafo único, inciso I, todos da Carta Magna.

Por se tratar o fornecimento de medicamentos de uma obrigação solidária, é possível exigir a prestação de qualquer um ou de todos os entes federativos. A escolha cabe ao cidadão ao formular o seu pedido. Deste modo, reconhece-se no pólo passivo de uma ação de medicamentos um litisconsórcio facultativo e não obrigatório, pois a responsabilidade solidária dos entes públicos não obriga ao chamamento ao processo ou a denúncia à lide de outros entes não demandados pelo requerente.

Diferente não é com o funcionamento do SUS, o qual é de responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para pessoas carentes. Nesse sentido, é de se destacar a decisão do STJ proferida pelo Ministro Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial nº 1.103.889/RN, publicado no DJ de 19/03/2009. Segundo ele, o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. O texto constitucional faz referência às três esferas do Poder Executivo para ampliar a responsabilidade, de tal forma, que não há que se falar em litisconsórcio.

O STF também já se manifestou no sentido de admitir a escolha, pelo autor, do ente da federação contra quem deseja solicitar medicamentos, como se vê no julgamento do Agravo de Instrumento nº 597.141/RS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, publicado no DJ de 29/06/2007. Ficou decidido que em razão da responsabilidade prevista no artigo 196 da CF, a legitimidade passiva para a causa consiste na coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa de qualquer um dos vários entes federativos. A presença de um dos vários legitimados no pólo passivo da relação processual decorre da escolha do demandante, já que todos e qualquer um deles tem o dever de cuidar da saúde e assistência pública na forma do inciso II, do art. 23 da CF.



Sendo assim, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da CF, consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se como medidas positivas ao poder público, seja através da União, dos Estados ou Municípios.

3 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora haja entendimentos favoráveis ao “Princípio da Reserva do Possível”, segundo o qual o juiz não pode alcançar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto, as limitações ou dificuldades orçamentárias não se prestam, por si só, como pretexto para negar o direito à saúde e à vida, garantido no art. 196 da CF.

A Lei 8.080/1990, em seu art. 2º, repetiu que a saúde é um direito fundamental do ser humano, incumbindo ao Estado prover as condições ao seu pleno exercício, disciplinando o SUS, incumbindo aos entes da federação a prestação de serviços de saúde à população. Diante disto, não há que se dar acolhida ao argumento da inexistência de previsão orçamentária por parte do Estado, uma vez que caracterizada a urgência do atendimento devido ao cidadão carente, deve-se primar pelo direito à vida acima de tudo.

A Constituição Federal é expressa ao assegurar o direito à vida e o direito à saúde como garantias fundamentais, instituídas em norma de caráter imperativo, autoaplicáveis, de acordo com a responsabilidade solidária dos entes federativos. Há um bem maior que é a vida, com um respectivo direito à saúde, assegurado constitucionalmente como direito fundamental, bem este que tem o maior valor, devendo ser sempre o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior. Assim, é desnecessária a previsão orçamentária ou a



licitação para a aquisição dos medicamentos solicitados, quando necessários à sobrevivência digna do ser humano.

Ainda, frente à necessidade de se alcançar medicamentos a quem tem urgência no pleito, a alegação de ofensa à separação dos poderes não merece acolhida, não havendo dúvida quanto à prioridade absoluta do direito subjetivo postulado, isso porque o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, o que, precisa ficar claro, já que se trata de uma das marcas da justiça constitucional na contemporaneidade (BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 150).

Diante disso, visando à declaração e concretização dos direitos e demandas sociais, bem como a correção dos defeitos legislativos, o ativismo judicial, enquanto ampliação da atuação do Poder Judiciário voltada para a concretização de direito e demandas sociais através de uma interpretação constitucional, está ligado à expansão da jurisdição constitucional num claro propósito de afirmação do princípio da supremacia da Constituição.

E essa atuação do Poder Judiciário não é uma atuação política partidária, mas política institucional, num indiscutível propósito de resguardar aquilo que é fundamental. Deste modo, o ativismo judicial longe está de ser uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pelo contrário, o reage e o fortalece. Por isso, é fundamental fazer avançar a hermenêutica constitucional mediante a sistematização completa da concepção espacial do conteúdo total das normas constitucionais.

O conteúdo total de um direito constitucional possui uma parte central representada pelo seu núcleo essencial, isto é, seu conteúdo mínimo, e, uma parte ponderável, sujeita a técnicas de avaliação em caso de conflito com outros direitos constitucionais. No âmbito do direito à saúde, é necessário preservar a ideia de um conteúdo mínimo no concernente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado. Por consequência, sendo o cidadão pessoa carente, com uma enfermidade grave e existindo urgência na utilização do medicamento, o Estado precisa criar condições em atender essa necessidade, elevando dessa forma, efetividade a dignidade



humana, princípio que serve de inspiração para o reconhecimento e o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da expressiva quantidade de cidadãos carentes, frente a um Estado com inúmeras necessidades a atender, sem encontrar recursos suficientes para tanto, torna-se salutar garantir minimamente a efetividade não só do direito à saúde, mas de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se com isso, um núcleo essencial do direito à saúde, pois trata-se de um dos principais direitos fundamentais de caráter prestacional, impondo-se a todos os entes federativos a adoção de políticas públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e do bem estar de todos.

Esse esforço é conjunto, a responsabilidade é de todos e não pode ser negligenciada. Deve ser uma pauta contínua, sem antinomias, (BARROSO, 2004, p. 9) a ser garantida pelo sistema normativo e político, a ponto de tornar os valores e princípios constitucionais uma realidade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.



- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.