



Carlos Antônio Petter Bomfá

**O chamamento ao processo dos entes
federados em demandas judiciais de
fornecimento de medicamentos de alto
custo**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação strictu sensu em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Caitlin Sampaio Mulholland

Rio de Janeiro,
Junho de 2014



Carlos Antonio Petter Bomfá

**O chamamento ao processo dos entes
federados em demandas judiciais de
fornecimento de medicamentos de alto
custo**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito do Departamento
de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão
Examinadora abaixo assinada.

Profª Caitlin Sampaio Mulholland

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof Fábio Carvalho Leite

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª Thula Rafaela de Oliveira Pires

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Monica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Carlos Antonio Petter Bomfá

Graduou-se em Direito pela Faculdade Casa do Estudante em 2007. Especializou-se em Hermenêutica Jurídica e Prática Judicial e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES em 2009. Professor de Direito Civil, Direito Tributário e Direito Constitucional na Faculdade Casa do Estudante desde o ano de 2009. Advogado.

Ficha Catalográfica

Bomfá, Carlos Antonio Petter.

O chamamento ao processo dos entes federados em demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo / Carlos Antonio Petter Bomfá; orientadora: Caitlin Sampaio Mulholland. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014.

119 f.: il. ; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Dissertações. 2. Direito à Saúde. 3. Medicamentos de alto custo. 4. Chamamento ao processo. 5. Entes federados. 6. Princípio da solidariedade social I. Mulholland, Caitlin Sampaio. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Resumo

Bomfá, Carlos Antonio Petter. Mulholland, Caitlin Sampaio. **O chamamento ao processo dos entes federados em demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo.** Rio de Janeiro, 2014. 119p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O Poder Judiciário brasileiro está sendo inundado por uma onda de ações relacionadas ao direito fundamental à saúde, deparando-se, recentemente, com um problema de grande repercussão constitucional, que é a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Na tentativa de distribuir o pesado ônus de fornecimento de medicamentos de alto custo, alguns Estados estão utilizando o instituto do chamamento ao processo para incluir os demais entes federados à lide, o que não vem sendo admitido na jurisprudência. Dentro desse contexto fático e jurídico, desenvolve-se a presente dissertação em três capítulos, para analisar a saúde pública no Brasil e o fenômeno da judicialização de fornecimento medicamentos de alto custo pelo Estado. O estudo também apoia-se em dados estatísticos relacionados às ações judiciais envolvendo o direito à saúde – mas precisamente sobre fornecimento de medicamentos pelo Estado do Espírito Santo –, o que comprova a importância econômica e social do tema, tendo em vista as possibilidades materiais do Estado na efetiva e satisfatória promoção do direito à saúde da população. Dedicar-se o capítulo final à demonstração da viabilidade do chamamento ao processo dos demais entes coobrigados solidariamente, para distribuição do ônus pelo fornecimento de medicamentos de alto custo, como instrumento de efetivação, não apenas do devido processo legal, senão, também, do princípio constitucional da solidariedade social.

Palavras-Chave

Direito à Saúde; Medicamentos de Alto Custo; Chamamento ao Processo; Entes Federados; Princípio da solidariedade social.

Abstract

Bomfá, Carlos Antonio Petter. Mulholland, Caitlin Sampaio(Advisor). **The Calling The Federate Agents in Trial Demands of Supply of High Cost Medicine.** Rio de Janeiro, 2014. 119p. MSc Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Brazilian Justice Power has been flooded by a wave of lawsuits related to the fundamental right of health, facing, recently, a problem of great constitutional repercussion, which is the obligatorily of high cost medicine suppliment by the State, over which will be decided the new paths for Brazilian public health, especially in regards to the reach of the principles of wholeness. In an attempt to distribute the heavy cost of supliment of high cost medicine, some States are using the calling to the process of the other federate agents to integrate the whole, which hasn't been permitted in the jurisprudence, over the argument of being a mere proselyting tool. In this factual and juridical context, the present dissertation is done in three chapters, to analyze, at first, the public health in Brazil, in the second, the matter of the judge mentation of the suppliment of high cost medicines to the State; and, in third, the admissibility of the calling to the process in these demands. The study is based in the statistic data research related to the lawsuits involving the right to health, supported, also, in the analysis of concrete cases, which proves the academicals, political, economic and social importance of the subject, keeping in mind the speeches regarding the material possibilities of the State in the effective and satisfactory availability of health rights to the population. This final chapter is dedicated to the demonstration of the availability of the calling to the process of the other agents co-obligated in solidarity, for the distribution of the cost for the suppliment of high cost medicine, as an instrument of effectuating, not just the legal lawsuit, as well as the constitutional right of social solidarity.

Keywords

Right to Health; High cost medicine; Calling in trial demand; Federate agents; Principle of social solidarity.

Sumário

1. Introdução	8
2. A saúde pública no Brasil	11
2.1. A evolução da saúde pública no processo de construção do Estado Democrático no Brasil	12
2.2. Organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde	22
2.3. Princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde	27
2.4. A política pública de assistência farmacêutica do SUS	32
3. O papel do Estado na efetivação do direito fundamental à saúde	39
3.1. A dimensão prestacional do direito fundamental à saúde	41
3.2. A estrutura analítica do direito fundamental à saúde	49
3.3. O dever jurídico do Estado de concretizar o direito à saúde de todos	59
3.4. A questão do fornecimento de medicamento de alto custo	63
4. O chamamento ao processo dos entes federados nas demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo	74
4.1. O acesso à justiça com meio de efetivação do direito fundamental à saúde	76
4.2. Impacto econômico e social da judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo	88
4.3. Cabimento do chamamento ao processo dos entes federados para fornecimento de medicamentos de alto custo	93
5. Conclusão	112
6. Referências Bibliográficas	115

Lista de tabelas

Figura 1 - custo com o fornecimento de medicamento pelo Estado do Espírito Santo, pela via da judicialização	89
Figura 2 - Histórico do número das novas ações por ano	90
Figura 3 – Número por novas ações por mês em 2013	90
Figura 4 – Valor gasto com a distribuição de medicamentos de demandas judiciais nas farmácias cidadãos estaduais.	91
Figura 5 – Classificação dos medicamentos constantes das decisões judiciais.	91

Introdução

A Constituição Federal de 1988 assegura, no artigo 6º, que a saúde é um direito social fundamental, tendo o cuidado também de estabelecer seu *conteúdo mínimo* nos artigos 196 a 200, de onde se extraem as diretrizes iniciais ao consagrar, em primeiro, que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196) e, em segundo, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, orientada pelos princípios da universalização do acesso à assistência à saúde e da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, Federal, Estadual e Municipal (art. 198).

Uma onda de ações judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos e outros serviços de saúde por parte do Estado tem inundado o Poder Judiciário nos últimos anos, e que, frequentemente, no cumprimento de seu dever constitucional, tem sido apresentada algumas soluções preocupantes do ponto de vista da capacidade material do Estado em concretizar o direito fundamental à saúde.

O debate ganha contornos mais arrojados em torno da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, quanto se trata de demandas judiciais relacionadas a tratamentos médicos fora do país e à fornecimento de medicamentos de alto custo, que não se encontram nos programas de dispensação de medicamentos elaborados pelo Poder Executivo, nas suas três esferas.

Instado a se pronunciar a respeito do alcance do comando inserto nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal resolveu um problema, mas, em contrapartida, criou outro, maior ainda, ao que parece.

Resolvendo essa questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de que a Constituição Federal as três esferas do Poder Executivo possuem *responsabilidade solidária* pela concretização do direito social à saúde, pondo fim à discussão a respeito desse problema.

Sob outro aspecto da questão debatida, a Suprema Corte brasileira criou um problema, aparentemente ainda maior.

O que se tem visto com maior frequência, na prática forense, é o fato de que as ações judiciais são direcionadas a apenas um dos membros federativos

obrigados a cumprir o dever constitucional de prestar a assistência à saúde. Então, se a Constituição criou um *vínculo obrigacional solidário* entre os Entes Federativos, para implementação do direito fundamental à saúde, é o caso de haver litisconsórcio nessas ações judiciais?

Amparando-se nesse aporte jurisprudencial da Suprema Corte, diversos Entes da Federação, a exemplo dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Norte, demandados isoladamente em ações judiciais relacionadas ao direito à saúde, têm tentado, pelo instituto da intervenção de terceiros, a possibilidade de chamamento ao processo dos demais entes coobrigados solidariamente (União e Município) para distribuição dos custos com o tratamento médico e fornecimento de medicamentos, especialmente aqueles que importam em alto custo ao orçamento público e que não fazem parte da lista de medicamentos fornecidos pelo ente federativo.

O Supremo Tribunal Federal¹, ao apreciar o RE 607.381, interposto pelo Estado de Santa Catarina, assentou o entendimento de que *"O chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória 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"*.

A orientação também firmada pelo Superior Tribunal de Justiça² não admite o chamamento ao processo nas ações que versem sobre fornecimento de medicamentos, ao fundamento de que *"se trata de instituto típico de obrigações solidárias de pagar quantia, não sendo possível sua interpretação extensiva para abranger obrigações de entregar coisa certa"*.

Partindo-se dessas premissas, resta analisar as discussões atuais no direito brasileiro a respeito da responsabilidade do Estado na prestação da assistência à saúde, bem como destacar os argumentos, contra e a favor, a respeito utilização do chamamento ao processo dos Entes Federativos nas ações judiciais relacionadas ao direito à saúde.

A Constituição criou um *vínculo obrigacional solidário* entre os entes federados nas ações judiciais relacionadas ao direito fundamental à saúde, tendo

¹ STF, RE 607381 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 Divulg. 16-06-2011, Publicado 17-06-2011, Ementa Vol-02546-01 PP-00209.

² STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 121.002 - PI (2011/0281924-0), 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.04.2012.

em vista os princípios da universalização do acesso e da descentralização do sistema.

Daí, a pergunta fundamental do presente estudo é: se a Constituição estabeleceu entre os Entes Federados esse *vínculo co-obrigacional solidário*, nessas ações individuais, existe instrumento processual correlato que permita procedimentalmente integrá-los na mesma relação jurídica processual, quando um dos entes for demandado isoladamente na condição de devedor? A intervenção de terceiros poderia ser utilizada para solucionar o problema do custeamento das despesas do fornecimento de medicamentos de alto custo, de modo a distribuir tais custos entre os entes federados não demandados?

Objetiva-se, de modo mais amplo, discutir o posicionamento jurisprudencial a respeito da responsabilidade do Estado na execução das políticas públicas de saúde no Brasil e da possibilidade do chamamento ao processo dos Entes Federativos em demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo. Mais especificamente, pretende-se descrever a situação da saúde pública no Brasil, para compreender a responsabilidade do Estado pela implementação das políticas públicas de saúde.

Assim, o que se propõe defender adiante, no âmbito de discussão do direito processual, é a inclusão de todos os entes federados na mesma relação jurídica processual, por meio de uso do chamamento ao processo, no sentido de dar cumprimento, não apenas do princípio constitucional do devido processo legal, mas também da solidariedade social.

Justifica-se a pesquisa do pondo de vista acadêmico, político e social, seja porque encontra-se na pauta do dia-a-dia de pesquisadores, juristas e juízes e tribunais, seja porque há tempo que o sinal vermelho da saúde pública no Brasil já acendeu, razão pela qual é necessário compreender e fortalecer o papel do poder judiciário, pois se encontra em jogo “*direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros*”.

O debate acerca da judicialização do direito à saúde no Brasil é assunto atual, não só pela crescente demanda judicial por concessão de medicamentos e tratamentos médicos, mas também pelo fato de que se faz necessário estabelecer um diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário, que permita encontrar uma solução a respeito da utilização racional dos recursos destinados à saúde.

2

A saúde pública no Brasil

Políticas públicas de saúde são temas centrais no debate acadêmico e profissional no país há algum tempo, caminhando ao lado do processo de construção do Estado Nacional Democrático no Brasil, sobretudo a partir do movimento sanitarista iniciado na década de 1970.⁵

Atualmente, a saúde está consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos artigos 6º e 196º, como direito social, classificado como direito fundamental de segunda dimensão – direitos reconhecidos a partir do final da Primeira Guerra Mundial –, os quais exigem-se a ação do Estado para a sua implementação, sendo, por isso, também chamados de direitos prestacionais ou positivos, tais como educação trabalho e previdência.⁶

Há um consenso a respeito do conceito de saúde, considerando-se não apenas a ausência de doenças, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem.⁷

Aliado a isso, a saúde é direito fundamental indissociável do direito à vida, conforme lembrou o Ministro Celso de Mello:

Direito à saúde e direito à vida: “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, no pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República” (STF, RE 241.630-2/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Dj. 03.04.2001, p. 49)

⁵ LIMA, Nísia Trintade. *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 46.

⁶ MARTINS FILHO, Ives Granda. *Direitos Fundamentais*. In Tratado de direito constitucional. Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento (Coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

⁷ BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1553.

Em cumprimento ao comando constitucional, a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil é, como considera NÍSIA TRINDADE LIMA⁸, a mais bem-sucedida reforma social implementada sob a nova Ordem Jurídica Democrática e Constitucional.

No entanto, a efetivação dos direitos sociais exige a aplicação de recursos financeiros por parte do Estado, o que nem sempre está dentro de suas possibilidades materiais, dada a escassez dos recursos públicos, destacando-se o fato de que, do princípio da colonização do Brasil até o final do século XIX, o cuidado à saúde estava relegado à iniciativa privada.⁹

Neste ponto inaugural, é importante visualizar o quadro geral do desenvolvimento da saúde pública no Brasil, descrevendo os momentos relevantes da história nacional em que, cada vez mais, a saúde passou a exigir maior atuação do Estado¹⁰, assim como as características que tornam o SUS, e sobremaneira sua política de assistência farmacêutica, um modelo de política pública de saúde ideal a todo Estado que se intitula democrático, social e de direito.

2.1

Evolução da saúde pública no processo de construção do Estado Democrático no Brasil

O processo evolutivo da humanidade resultou no reconhecimento de certos direitos tidos como fundamentais à existência do homem, os quais foram

⁸ LIMA, Nísia Trintade. *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 27.

⁹ LIMA, Nísia Trintade. *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 46.

¹⁰ Nesta parte inicial, pretende-se descrever resumidamente os principais fatos que delinearam o desenvolvimento da saúde pública no Brasil e sua correlação com o processo de construção do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, alongar a abordagem com riqueza de detalhes, a exemplo da Revolta da Vacina no Rio de Janeiro ocorrida no Sec. XX. Para uma leitura mais aprofundada dos acontecimentos históricos correlacionados ao debate político em torno da saúde, recomenda-se à obra de LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 27-55, e também o trabalho acadêmico de FIGUEIREDO, Viviane Mauricio; STAMPA, Inez Terezinha. Serviço social e política de saúde no Brasil: estudo de uma experiência em um hospital universitário. 2011. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Serviço Social, 2011 Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912202_2011_Indice.html>. p. 19. Acesso em: 22 dez. 2013.

classificados em dimensões ou gerações¹¹, com características e impacto diversos na sociedade em diferentes momentos históricos.

Partindo dessa premissa, a saúde possui *status* de direito fundamental social, classificado como direito de segunda dimensão¹². Entende-se por direitos fundamentais o conjunto de normas que disciplina, orienta, limita e conforma a atuação do Estado em face dos indivíduos e da sociedade, característica que marca a fase do Constitucionalismo Moderno e, na era da pós-modernidade, com o advento do *Neoconstitucionalismo*, marcado pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito¹³.

A saúde é definida por um conjunto de ações e serviços prestados ao indivíduo com a finalidade de proteger e restabelecer sua condição física e psíquica.

No princípio, os serviços de saúde no Brasil eram desenvolvidos e prestados unicamente pela iniciativa privada, em caráter assistencialista pelas beneficências e ordens religiosas, a par de qualquer regulamentação ou ingerência da Coroa portuguesa.

¹¹ A respeito da classificação dos direitos fundamentais em dimensões, recomenda-se a leitura da obra de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008.

¹² Segundo a classificação doutrinária, os direitos fundamentais de segunda geração efetivam medidas de integração social, justiça distributiva e participação igualitária de rendas, impondo ao Estado a prática de diversas ações com vistas à efetivação desses direitos. Confira-se leitura mais aprofundada sobre o tema em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹³ Comentando sobre o *Neoconstitucionalismo*, Luís Roberto Barroso sintetiza essa fase no tempo presente da pós-modernidade: “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”. Conclui o professor constitucionalista: “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”, in *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navegandi*. Teresina. Ano 9. n. 851. 01.11.2005. disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 15.12.2013)

A respeito disso, LEONARDO FIGUEIREDO VIZEU¹⁴ anotou que os primeiros registros na área da saúde datam de 1º de maio de 1500, merecendo ressaltar que:

Com a evolução do processo de colonização, foram concebidos e instalados os primeiros estabelecimentos de saúde, que em muito se assemelhavam com as matrizes que existiam em Portugal. Tais nosocômios eram fundados por fidalgos denominados popularmente de “homens bons”, sendo associados à prestação caritativa, bem como ao assistencialismo religioso das Irmandades de Misericórdia, sociedades civis constituídas por pessoas de títulos e posses, de formação católica, que se predispunham a realizar determinadas obras pelo social. Essa iniciativa, até então, se encontrava inerte por parte da Coroa lusitana.

É de se notar, então, que desde o princípio do processo de colonização, não havia qualquer atuação do Reino de Portugal na prestação de serviços voltados à saúde dos colonos.

A ausência da atuação estatal, naquela época, é marcada pelo não reconhecimento por parte do Estado, como dever legal, executar ou, até mesmo, financiar a saúde da população que participava do processo de colonização do Brasil, não havendo, por obvio, norma jurídica que impunha ao Estado a obrigação de prover a saúde dos colonos.

O período colonial ficou marcado pela deficiência de medicamentos e profissionais de saúde, bem como pela precariedade técnica que imperava nos hospitais, os quais eram considerados depósitos de pessoas doentes.

Verificou-se, então, a respeito do caráter assistencialista e religioso da prestação da saúde no Brasil, a ciência médica era pouco desenvolvida, assim como as instalações de atenção à saúde, era marcada pela insuficiência e precariedade de instrumentos e operadores qualificados.

Nota-se, portanto, que nos primeiros séculos do Brasil colônia, as enfermarias e as Santas Casas de Misericórdia eram encarregadas de prestar assistência médica e hospitalar aos colonos.

Apesar desse quadro inicial da saúde pública não refletir de modo positivo, verificou-se, todavia, alguns sinais de melhoria com a vinda da família real ao Brasil, em 1808.

¹⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85.

Nesse sentido, LEONARDO FIGUEIREDO VIZEU¹⁵ ressalta que, com a chegada da Corte de Portugal, e elevação da colônia a Reino Unido de Portugal e Algarvez, adotou-se as primeiras medidas públicas relacionadas à saúde com a edição de leis, por meio das quais, regulamentou-se a fiscalização sanitária de embarcações estrangeiras nos portos.

Seguindo a evolução histórica brasileira, alguns acontecimentos importantes relacionados à prestação de serviços voltados à saúde ocorreram a partir do século XIX, quando houve a primeira e efetiva ingerência do Poder Público na prestação do serviço de saúde, com a criação dos primeiros hospitais militares, destinados ao atendimento e internação de praças e oficiais, de modo que o acesso era, portanto, marcadamente privatista.¹⁶

A participação inicial do Estado na prestação de serviços de saúde beneficiava apenas os militares, longe ainda do alcance da população em geral. Quanto a isso, também cabe ressaltar que, antes da criação dos hospitais militares, o Estado encaminhava os soldados para serem internados nas dependências das Santas Casas de Misericórdias, efetuando pagamento de pequena remuneração pelos serviços prestados.

Mais tarde, houve “estatização” de parte dos hospitais militares, que passaram a receber civis, mediante cobrança de taxa paga diretamente dos respectivos usuários dos serviços de saúde.

Interessante destacar, também, o registro feito por LEONARDO FIGUEIREDO VIZEU relativos ao desenvolvimento das ações do Estado em prol da saúde pública no Brasil no Sec. XIX, com a criação de alguns órgãos públicos para combater algumas doenças típicas da época, segundo o qual:

No ano de 1850 foi criada a Junta Central de Higiene Pública, órgão destinado à coordenação das Juntas Municipais e, em especial, à atuação no combate a febre amarela. No período compreendido entre 1881 até o fim do século XIX, ocorreu a substituição da Junta por um novo órgão denominado Inspetoria-Geral de Saúde e Higiene Pública, com funções análogas de vigilância sanitária e polícia administrativa de saúde. Posteriormente, foi criada a Inspetoria-Geral de Saúde dos

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85-86.

¹⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 85-86.

Portos, com a finalidade específica de realizar o controle e impedir a entrada de doentes no país.¹⁷

Observa-se desses registros históricos, que o Estado passou a demonstrar preocupação com a saúde, em razão das doenças típicas que afligiam a população, notadamente porque os imigrantes europeus traziam consigo algumas doenças letais, como a varíola e o sarampo, as quais eram disseminadas nos nativos e demais indivíduos.

Entretanto, apesar desses avanços significativos, o acesso à saúde ainda não estava à disposição de todos, ficando restrito àqueles de dispunham de recursos financeiros e aos militares.

O transcurso da primeira metade do século XX foi marcado por importantes evoluções institucionais na área da saúde no Brasil, justificadas pelas condições sociais e de saúde que flagelava a sociedade nessa época: epidemias, população dispersa, eminentemente rural, alta mortalidade infantil por doenças infecciosas, parasitoses e diarreias.

Paralelamente ao cenário nacional, convém assinalar a importância atribuída ao tema da saúde no debate político internacional de reconstrução da civilização, nos períodos pós Primeira e Segunda Guerras Mundiais¹⁸, principalmente a partir dessa última, período em que o desenvolvimento econômico, social e humano ganha maior espaço no debate político.

MONICA CAMPOS DE RÉ observou que:

Os direitos sociais por sua vez, começaram a surgir principalmente depois da crise da economia mundial de 1929, sendo que o estabelecimento da organização e desenvolvimento do tipo de Estado como protetor, correspondeu às expectativas dos direitos sociais dos cidadãos.

Houve a ampliação da participação política destes e de movimentos populares visando à democratização do Estado na luta para garantir liberdades positivas.¹⁹

¹⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 86-87.

¹⁸ Anote-se que “o lugar da saúde na construção do Estado e da Nação ganhou novos sentidos diretamente relacionados ao contexto do chamado ‘otimismo sanitário’ vigente no cenário internacional desde o pós-guerra” (LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 46-47).

¹⁹ RÉ, Mônica Campos de; ARAUJO, Nadia de. *Previlegiando o social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2010 Disponível em : <[http://www2.dbd.puc-](http://www2.dbd.puc-rio.br/monica-re)

No ano de 1923, o Brasil implementou melhorias na seguridade social, com a adoção da Lei Elói Chaves²⁰ (Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923), que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (depois transformadas no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS) que tinham como beneficiários os trabalhadores das empresas rodoviárias, sendo disponibilizada a assistência à saúde destes e de seus dependentes, o que também marcou uma nova fase da ciência médica no Brasil.

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, e especialmente no Estado Novo, “*o Poder Público focou realmente esforços no social e na saúde, criando um conjunto de políticas públicas para tanto, dentro de um sistema de atendimento público à disposição da população*”.²¹

A Era Vargas foi, então, marcada pelo crescimento e evolução da saúde pública no Brasil, tendo sido construídos diversos hospitais e centros médicos, apoiando-se a Revolução de 1930 nos ideias importadas das Constituições dos países europeus, especialmente com a criação do Ministério da Educação e Saúde, passando depois a ser uma unidade isolada: o Ministério da Saúde.

Quanto a esse período, merece destacar interessante observação de LEONARDO FIGUEIREDO VIZEU²², a respeito da abrangência dos serviços de saúde, para o qual:

Todas essas modificações e alterações estruturais promoveram grandes inovações no sistema de assistência médica no Brasil, sem, contudo, abranger a totalidade da população, criando uma margem de excluídos, em virtude de só servirem e atenderem aos respectivos filiados das categorias e seus dependentes.

rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0710478_2009_Indice.html>.

Acesso em: 20 jan. 2014.

²⁰ Lei que edificou a base da previdência social, com a criação da Caixa de Aposentadorias e Pensões. A Constituição Federal de 1988 consolidou o sistema previdenciário brasileiro como um sistema de direitos da cidadania baseado nos princípios da universalidade e solidariedade, exigindo a participação da sociedade em seu financiamento. No entanto, conforme ressaltado, a distribuição dos benefícios previdenciários é restrito aos segurados e seus dependentes.

²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 87.

²² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 87.

A partir de 1953, o Ministério da Saúde promoveu ações de prevenção e pesquisa de caráter macro, sobrelevando a tradição campanhista de sua origem e sua vocação para o controle de epidemias e saneamento, sendo delegada a assistência médica e hospitalar de caráter individual aos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, por meio de serviços próprios ou comprados do setor privado, em benefício de seus segurados.

A partir de então, e especialmente no ano de 1964, o Estado passa a sentir o peso de custear a saúde pública, mesmo com a velha política de exclusão daqueles não filiados aos institutos de seguridade social.

Dentro desse cenário, a sociedade brasileira vê a necessidade de se mobilizar em prol de um processo de democratização do Estado. Explica-se melhor. A Reforma Sanitária promovida na década de 1980 está cravada na redemocratização do país, principalmente pela realização de Conferências de Saúde, marcando a construção de uma política de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Em seguida, novos esforços foram envidados pelo Ministério da Saúde, com a criação de um programa de ações integradas de atenção à saúde, no ano de 1980, envolvendo os Estados e Municípios. Em 1986, o Ministério da Saúde criou o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, célula embrionária do Sistema Único de Saúde – SUS²³, sendo implementado em 1988, ano da promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil, e logo mais adiante, a edição da Lei n. 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde).

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) tem sua identidade firmada pelo movimento sanitarista iniciado na década de 1970, num cenário de resistência social e política ao regime militar. A saúde pública, ao lado de outras demandas da sociedade brasileira, representa uma das causas mais importantes

²³ A respeito dos movimentos de luta pela redemocratização do país e das Conferências de Saúde, cita-se a anotação contida na obra de LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 12: “O SUS tem sua origem na crise do modelo vigente e numa intensa mobilização popular em torno da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que desembocou no debate sobre a Constituinte e, finalmente, na Constituição Federal de 1988. Seu capítulo sobre saúde é único em termos de visão de campo da saúde em textos constitucionais. Vincula a situação de saúde às políticas econômicas e sociais e define os princípios do sistema, que depois seriam plasmados nas Leis 8.080 e 8.142, de 1990”.

das lutas sociais e políticas na construção do Estado Nacional Democrático brasileiro.

A respeito dessa construção, cabe trazer à baila importante conclusão de NÍSIA TRINTADE LIMA²⁴, para a qual “a grande novidade trazida com o movimento sanitarista recente consistiu na afirmação do binômio saúde e democracia”. Segundo a autora, no cenário em que o movimento de redemocratização em oposição ao regime autoritarista, a relação entre saúde e democracia permaneceu no centro do debate político, despertando nos governantes, políticos e na população em geral a paixão por melhores políticas públicas²⁵ de saúde para a nação.

Destaca-se, ainda, a importante análise de NÍSIA TRINTADE LIMA²⁶, pela qual “tal compreensão acentuou-se nos debates travados durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, na qual se definiriam princípios e linhas de atuação do projeto de Reforma Sanitária que viria a orientar a proposta do movimento sanitarista no processo constituinte de 1988”.

Sob esse mesmo olhar, VIVIANE MAURÍCIO FIGUEIREDO²⁷ também descreveu o entrelaçamento da saúde e democracia:

O processo de abertura democrática do país recoloca os movimentos sociais organizados como protagonistas na cena política brasileira. São criadas então as condições efetivas para o avanço do debate sobre a saúde, que passa a assumir uma

²⁴ LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 15.

²⁵ A doutrina entende por política pública um processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito, visando coordenar os meios de disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Laura Soares conceitua políticas públicas como um “conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em um determinada área. Ainda segundo a Autora, “a universalidade é compreendida enquanto garantidora de acesso à todos, porém, sem desconsiderar a diversidade e a heterogeneidade da população e suas regiões”. SOARES, Laura. *Tempos de desafio: a política social democrática e popular no governo do Rio do Grande do Sul*. Rio de Janeiro: 2002. Confira-se, ainda, DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁶ LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 15.

²⁷ FIGUEIREDO, Viviane Mauricio; STAMPA, Inez Terezinha. Serviço social e política de saúde no Brasil: estudo de uma experiência em um hospital universitário. 2011. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Serviço Social, 2011 Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqttese=0912202_2011_Indice.html>. p. 19. Acesso em: 22 dez. 2013.

dimensão política, estritamente vinculada à democracia, culminando na Constituição de 1988, chamada de Constituição “Cidadã” [...]”.

Assim, nota-se que somente na década de 80 é que houve ampliação dos serviços de saúde em benefício da população brasileira, pois, até então, a gestão da saúde pública no Brasil foi marcada pelo acesso restrito à assistência médica e hospitalar a determinados grupos, redefinindo, assim, a necessidade de atuação do Estado na promoção da saúde pública da sociedade brasileira de maneira universal e igualitária, caracterizando os ideais democráticos na nova era da história brasileira que estava por alvorecer.

Todavia, a ampliação do acesso à saúde para atendimento dos indivíduos não filiados à seguridade social, trouxe alguns efeitos qualitativos negativos, tais como a baixa das condições de assistência médica no setor público, cujo fator foi determinante para a valorização do setor privado de serviços de saúde.

No cenário mundial, o Sistema único de Saúde – SUS é visto com um dos modelos mais bem sucedidos de saúde pública, especialmente pela prestação de assistência médica e distribuição de medicamentos, gratuitamente, aos portadores do vírus HIV²⁸.

Deste modo, a saúde pública de outrora baseada numa política de exclusão, ganha contornos universalistas, disponibilizando o Estado, a partir daí, o acesso universal à população brasileira aos serviços e medicamentos destinados a promoção, prevenção e recuperação da saúde, em cumprimento ao comando constitucional estabelecido nos artigos 6º e 196, da Carta Fundamental de 1988.

Muito embora a nova Ordem Jurídica Constitucional estabelecer que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”, as políticas públicas de saúde ainda revelam-se insuficientes ao atendimento adequado e integral das necessidades da sociedade, em razão do elevadíssimo custo da manutenção da saúde pública, destacando-se a escassez de recursos públicos, a falta de medicamentos e materiais, crescimento da demanda, etc.

²⁸ Vale destacar que a política de distribuição de medicamentos gratuitamente aos portadores do vírus HIV foi elogiada pelo diretor do Instituto de Virologia Humana da Universidade de Maryland (EUA) e codescobridor do vírus HIV, Dr. Roberto Gallo, durante o Fórum de saúde “AIDS: As Novas Descobertas e o Modelo Brasileiro de Assistência”, realizado em 18 de julho de 2005, em São Paulo (FIGUEIREDO, 2012, p. 89).

Numa análise comparativa, a realidade da saúde pública que caracterizou o período colonial parece não estar muito distante da realidade do Brasil atual. A mídia não deixa de mostrar essa realidade diariamente: superlotação dos hospitais, depreciação ou subutilização de equipamentos, falta de profissionais da área médica (o programa “Mais Médico” é a constatação real disso), além de outros déficits na saúde pública.

Nesse quadro de deficiências de políticas públicas eficazes de saúde, entra em cena o Poder Judiciário como importante protagonista não só na efetivação do direito fundamental à saúde, senão também da manutenção do Estado Democrático, o que será mais adiante analisado.

Resume-se, então, o desenvolvimento da saúde no Brasil em três fases bem clara, conforme destacou VIVIANE MAURÍCIO FIGUEIREDO²⁹: 1ª fase – Assistencialista – período anterior à década de 1930, caracterizado pela não intervenção do Estado no enfrentamento da questão social; 2ª fase – Previdencialista – que se desenvolve no pós 30, onde o Estado passa a tratar a questão social como caso de política, ou seja, como elemento de intervenção estatal; e 3ª fase – Universalista - desenvolvida na década de 1980.

Assim, pode-se concluir que a evolução da saúde pública foi protagonizada por movimentos sociais³⁰ de lutas políticas pela democratização do acesso à assistência à saúde, especialmente as Conferências Nacionais de Saúde, assumindo papel relevante na formação do conceito de cidadania e funde-se com o próprio processo de construção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

²⁹ FIGUEIREDO, Viviane Mauricio; STAMPA, Inez Terezinha. Serviço social e política de saúde no Brasil: estudo de uma experiência em um hospital universitário. 2011. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Serviço Social, 2011 Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912202_2011_Indice.html>. p. 19. Acesso em: 22 dez. 2013.

³⁰ Destaque que, durante a Primeira República (1989-1930), ocorreram importantes debates em torno da saúde, organizando-se um movimento intelectual que defendia o saneamento como caminho para a construção da nacionalidade e para a civilização. Nesse sentido, confira-se LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 15.

2.2

Organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde

Durante o período em que intermediou a 8ª Conferência Nacional de Saúde e a Assembléia Nacional Constituinte, a mobilização nacional teve fundamental participação no processo de negociação política que envolveu diversas lideranças do campo da saúde, figuras políticas e também o Poder Executivo.

A recém-promulgada Constituição Federal de 1988, além de consagrar a saúde como direito fundamental, afirmou o dever do Estado de promover a saúde a todos os cidadãos, pelo comando constitucional “*saúde é direito de todos e dever do Estado*” (art. 196), tendo adotado alguns princípios norteadores³¹ do novo sistema de saúde pública que estava pôr vir, em virtude dessa afirmação, dentre os quais destaca-se os princípios da universalidade e igualdade do acesso às ações e serviços de saúde e da descentralização administrativa, com direção única em cada esfera do poder (federal, estadual e municipal).

Acrescente-se a observação de NÍSIA TRINTADE LIMA³²:

A descentralização da política de saúde foi um princípio incorporado à Constituição de 1988, imaginando-se um sistema político democrático federativo, constituído por instancias de descentralização. Afirmava-se a importância do poder local para a construção da democracia, com ênfase no município.

A Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 198, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. O setor público de saúde engloba os provedores dos três níveis de governo (federal, estadual e municipal). No nível federal, compreende o Ministério da Saúde, na qualidade de gestor nacional do SUS, os hospitais

³¹ A Constituição de 1988 consagrou os princípios norteados da saúde pública: universalidade, integralidade, participação e descentralização, que serão oportunamente analisados. Ademais disso, a Constituição ordenou que o sistema deverá ser financiado com recursos transferidos da União para Estados e Municípios, assegurando-se, também, ao setor privado a prestação de serviços de saúde de forma supletiva. A rede pública é disciplinada pela Lei n. 8.080, de 1990, sendo regida, exclusivamente pelos princípios e regras do direito público. Seu acesso é universalmente garantido não só aos cidadãos brasileiros, mas, também, aos estrangeiros em trânsito no país.

³² LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 16.

universitários do Ministério da Educação e os Serviços das Forças Armadas. Já os níveis estadual e municipal compreendem uma rede de estabelecimentos próprios.

Além disso, a Constituição de 1988 oficializou a abertura da assistência saúde à iniciativa privada (art. 199). Nota-se, no atual contexto, que o Estado custeia os serviços públicos de saúde, sendo prestados por instituições de direito público ou instituições privadas conveniadas, havendo, também, o serviço privado de saúde, prestado por empresas do setor privado, em caráter supletivo. Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído por um 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 Sistema Único de Saúde (SUS) foi implementado em 1990, pela Lei n. 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sua organização e funcionamento.

Assim, o SUS está apoiado nos conceitos fundamentais: sistema e unicidade, que traduzem um conjunto de várias instituições, dos três níveis de governo e do setor privado contratado e conveniado, que se unem para um fim comum: a prestação de serviços públicos de saúde, regendo-se pelos princípios e normas de direito público.

Convém destacar que a Lei do SUS alberga expressamente a saúde como direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições necessárias ao seu pleno exercício.³³

É sabido que o desenvolvimento desse sistema contribui decisivamente para tornar o país um modelo de Estado Democrático e Social³⁴, pois adotou uma

³³ No que diz respeito da dignidade da pessoa humana, confira-se a leitura de LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69: “A dignidade da pessoa humana é pedra basilar das sociedades contemporâneas democráticas e, sob esse signo, constrói-se como fundamento e limite de toda atividade humana e estatal. A regra fundante da dignidade da pessoa humana reside no valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. A pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito”. Na mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária” (STJ, HC 9.892-RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 26.03.2001).

³⁴ O Estado Social ganha maior identidade no período pós Segunda Guerra Mundial, com ideais democráticos. Cabe mencionar que, sobre tal assunto em particular, “[...] da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, Jorge Miranda coloca as cinco principais linhas de força dominantes,

gestão descentralizada, garantido assim uma melhor participação na formulação e implantação dos serviços e ações de saúde que correspondesse à diversidade e a disparidade de realidades de cada região do país.

A respeito disso, o Ministério da Saúde é competente pela normatização das ações em nível nacional, competindo às Secretarias Estaduais de Saúde a coordenação das ações nos respectivos Estados e aos Municípios, por sua vez, a execução das atividades de assistência médica preventiva e curativa de nível básico.

Cabe destacar, também, que a participação social passa a ser característica fundamental na organização do SUS, com a implantação e funcionamento de Conselhos de Saúde nos três níveis de governo, que trabalham pela formulação e execução de políticas de saúde, aumentando as dimensões e o aperfeiçoamento do sistema, marcando ainda mais o carácter democrático do sistema adotado pela nova Carta Política de 1988.

Muito embora sejam conhecidas algumas deficiências, o SUS é um dos modelos de reforma social mais bem-sucedido do mundo, citando-se, por exemplo, o Programa Nacional de Imunizações, que foi responsável pela baixa dos índices de doenças transmissíveis controláveis por imunização, tais como difteria, coqueluche, tétano, entre outras; além de abranger a assistência à saúde em todos os níveis, do atendimento básico à alta complexidade, garantindo-se acesso universal, integral e gratuito para toda a população do país.

na sequência das duas guerras mundiais: (a) as transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez-faire*; (b) o acesso (ou luta pelo acesso) das mulheres à igualdade – igualdade de direitos na família, no trabalho, na participação política; (c) o aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações; (d) a emancipação dos povos coloniais, com a distribuição, agora, de toda a Humanidade por Estados – por Estados quase todos moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas políticos-constitucionais bem diferentes; (e) a institucionalização da comunidade internacional, por meio de organizações em nível mundial ou só continental ou regional; (f) a proteção internacional dos direitos do homem”. Anote-se, ainda, citando Paulo Bonavides “O Estado Social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação do universo político do Ocidente”. Surgem os direitos sociais, que são reconhecidos (educação e direitos trabalhistas) nas legislações e, inclusive, em determinadas Constituições (México, de 1917; Alemanha, Weimar, de 1919; Espanha, de 1931; Itália, de 1947; Lei Fundamental de Bonn, de 1949; Portugal, de 1976; Espanha, de 1978; e Brasil, de 1988), o dever do Estado de proteger a saúde e cuidar da enfermidade e, em geral, diminuir, com sua intervenção, a desigualdade social”. In LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44.

Nesses poucos anos, foi construído no Brasil um sólido sistema de saúde que presta bons serviços à população brasileira. Em termos numéricos, o SUS tem uma rede de mais de 63 mil unidades ambulatoriais e de cerca de 6 mil unidades hospitalares, com mais de 440 mil leitos. Sua produção anual é aproximadamente de 12 milhões de internações hospitalares, 1 bilhão de procedimentos de atenção primária à saúde; 150 milhões de consultas médicas; 2 milhões de partos; 300 milhões de exames laboratoriais; 132 milhões de atendimentos de alta complexidade e 14 mil transplantes de órgãos.³⁵

Portanto, o SUS é um programa social impar na efetivação do direito fundamental à saúde, desenvolvendo-se por meio de ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde dos brasileiros.

Porém, quanto ao aspecto econômico, a efetivação de direitos sociais demanda a injeção de recursos financeiros do Estado.

Pensando nisso, o legislador constituinte determinou que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, cabendo a esses entes federados a aplicação anual de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, conforme leitura dos parágrafos 1º e 2º do art. 198, da Constituição Federal.

Denota-se, a respeito do financiamento do SUS, a preocupação do legislador constituinte com os princípios democráticos que inspiraram a mudança do país, adotando uma forma de alimentação do SUS com a participação de todos os entes da federação e também da sociedade, além da permitir expressamente a prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada, em caráter complementar e suplementar (art. 199 da Carta Magna)³⁶.

Em 2006 foi editada a Portaria n. 399 pelo Ministério da Saúde, divulgando o Pacto da Saúde, com diretrizes embasadas nas seguintes razões:

³⁵ Cf. LIMA, Nísia Trintade (org.). *Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 16.

³⁶ A respeito disso, o art. 199, § 1º, da CRFB, permite que as instituições privadas participem de forma complementar do SUS, mediante a celebração de contratos de direito público ou convenio com o SUS, característica que constitui, ainda, o sistema público de saúde. Por sua vez, a Constituição admite a prestação de assistência à saúde pela livre iniciativa, que é desenvolvida por pessoas físicas e jurídicas sob a égide do direito privado, financiado pelos recursos dos próprios usuários, não sendo considerado, no entanto, modalidade de serviço público, não obstante a relevância pública da atividade para a sociedade.

O SUS é avaliado positivamente pelos que o utilizam rotineiramente e está presente em todo território nacional. Ao longo de sua história houve muitos avanços e também desafios permanentes a superar. Isso tem exigido dos gestores do SUS, um movimento constante de mudanças, pela via das reformas incrementais. Contudo, esse modelo parece ter se esgotado, de um lado, pela dificuldade de imporem-se normas gerais a um país tão grande e desigual; de outro, pela sua fixação em conteúdos normativos de caráter técnico-processual, tratados, em geral, com detalhamento excessivo e enorme complexidade. Na perspectiva de superar as dificuldades apontadas, os gestores do SUS assumem o compromisso público da construção do PACTO PELA SAÚDE 2006, que será anualmente revisado, com base nos princípios constitucionais do SUS, ênfase nas necessidades da saúde da população e que implicará o exercício simultâneo de definição de prioridades articuladas e integradas nos três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS³⁷.

Os gestores do SUS são representados pelos três níveis de governo (federal, estadual e municipal), o que resultou no entendimento, na doutrina e na jurisprudência, da responsabilidade solidaria dos entes federados na prestação de assistência à saúde.³⁸

Cabe destacar aqui, que a Constituição Federal de 1988 possibilitou a admissão de novos atores políticos na gestão SUS, tais como as Comissões Intergestoras Tripartite e Bipartite, somadas às instâncias de participação e controle social, às Conferências Nacionais de Saúde e os Conselhos de Saúde, cujas atribuições foram regulamentadas pela Lei do SUS.

Por fim, quanto aos níveis de atenção à saúde, a atenção básica vem se estruturando em torno da estratégia da saúde familiar, que conta com mais de 25 mil equipes e cobre mais de 80 milhões de pessoas. Por outro lado, o grande problema do SUS reside nos atendimentos de média e alta complexidade, e de sobremaneira na assistência farmacêutica, inclusive a básica, em razão da falta de profissionais especialistas e também pela má gestão dos recursos públicos destinados à saúde.³⁹

³⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 96.

³⁸ Tramita no STF a proposta de súmula vinculante n. 4, que visa tornar obrigatória a responsabilidade solidária entre os entes federados quanto à questão das ações judiciais relacionadas ao direito à saúde.

³⁹ A organização da atenção à saúde compreende ações e serviços de promoção, prevenção, reabilitação e tratamento. No SUS, esses cuidados estão ordenados em três níveis de atenção, de acordo com o grau de complexidade de cuidados: a) a Atenção Básica/Primária, de responsabilidade do Município, porém, com financiamento dos três níveis de governo, constitui o primeiro nível de atenção à saúde, pelo qual ocorre o primeiro contato com o Sistema de Saúde e

2.3

Princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde

A formulação e a execução de políticas públicas são balizadas pelos princípios insertos na Carta Constitucional de 1988, desempenhando a função de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais do homem, que deverão ser concretizados de acordo com a vontade do legislador constituinte. Os princípios funcionam como vetores axiológicos da atividade política do Estado, de modo a concretizar o comando constitucional relativo aos direitos fundamentais, por meio da elaboração e execução de políticas públicas.

No que diz respeito às políticas públicas de saúde, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 estabelece 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Além da posição do direito à saúde como direito fundamental, art. 198 da Carta Política de 1988 imputou a responsabilidade pela assistência à saúde do cidadão ao Estado.

A instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil está arrimada nos princípios da universalização, da integralidade, da equidade, da descentralização e da participação popular, dando relevo ao caráter democrático que inspirou a nova fase constitucional da sociedade brasileira, pois resultou de uma luta da sociedade organizada, no contexto da mobilização pela democratização do país.

compreende um conjunto de ações e serviços de clínica médica, pediátrica, ginecologia, obstetrícia, encaminhamentos para os demais níveis. A estratégia da organização da Atenção Básica é o Programa de Saúde Familiar – PSF; b) Atenção secundária/média complexidade, de responsabilidade dos Estados, formada por unidades de referências, composta de ações e serviços especializados que visam atender aos principais problemas de saúde e agravos da população; e, c) Atenção terciária/alta complexidade, de responsabilidade da União, que compreende um conjunto de procedimentos, que no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e custos. Objetiva propiciar o acesso da população aos serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à Saúde. Por exemplo: Pacientes renais crônicos, transplantados, cujos procedimentos encontram-se, em sua maioria, no Sistema de Informação Hospitalar (SIH/SUS), e Sistema de Informação Ambulatorial (SIA/SUS), em pequena quantidade, mas com impacto financeiro elevado (Ministério da Saúde, 2010, p. 18-19).

Passa-se, então, a análise dos princípios constitucionais que fundamentam o SUS.

O princípio da universalidade surge como processo evolutivo da saúde pública, uma vez que, inicialmente, o acesso à saúde esteve marcado pela seletividade e exclusão da população de um modo geral. O pleito social por políticas de saúde universais desempenhou papel importante na luta pela democratização da saúde pública e funde-se no próprio idealismo democrático que redefiniu o Estado brasileiro na década de 1980.

O princípio da universalidade repousa no comando normativo do art. 196 da CRFB de 1988, que assegura acesso à saúde por todos, brasileiros ou não⁴⁰, de modo que todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade, que esteja em território nacional tenha acesso a todos os serviços públicos de saúde, em todos os níveis de atendimento, constituindo, sem dúvida, o princípio fundamental da saúde pública no Brasil, o qual representa um modelo de solidariedade social e um idealismo democrático que orienta o Estado Constitucional brasileiro.

A universalização, todavia, conforme ressalta o Ministério da Saúde, não quer dizer apenas a garantia imediata de acesso às ações e aos serviços de saúde: a universalização coloca o desafio de oferta desses serviços e ações de saúde a todos que dele necessitem, com ênfase, porém, nas ações preventivas.

Assim, a universalidade é um princípio constitucional que marca o espírito democrático do SUS, e tem por fim efetivar o dever do Estado de promover, prevenir e recuperar a saúde de todos.

O princípio da integralidade firma-se sobre a variedade de ações possíveis para a promoção, prevenção e recuperação da saúde, constituindo-se num

⁴⁰ Destaque-se que a Constituição não faz nenhuma distinção a respeito da origem do indivíduo que necessita de acesso à saúde pública brasileira; pois o mandamento é único “saúde é um direito de todos e dever do Estado”. Todavia, uma dúvida poderia advir desse mandamento constitucional: essa garantia contempla a possibilidade de um estrangeiro vir ao Brasil buscar tratamento de saúde à custa do Estado? A indagação é simples, mas a resposta parece carecer de uma reflexão mais profunda. Numa visão particular sobre o alcance do princípio da universalidade, a vinda de estrangeiro com essa finalidade alargaria por demais o princípio da universalidade – tornaria um “pronto socorro internacional”, porém, já estando o estrangeiro no Brasil, e necessitando ele de assistência à saúde em caráter de urgência, não seria razoável, do ponto de vista dos direitos humanos, que se exigisse o retorno ao seu país de origem para os devidos cuidados médicos. Assim, o princípio da universalidade também compõe o núcleo de proteção dos direitos humanos, os quais devem ser salvaguardados pelo Estado, independente da nacionalidade do indivíduo, proteção que transpõe as fronteiras do direito interno e sedimenta-se na ordem jurídica internacional.

conjunto sistematizado de atividades desenvolvidas para o atendimento das necessidades dos três níveis de atenção à saúde: básico, médio e alta complexidade.

O acesso integral à saúde demanda uma articulação da política de saúde com outras políticas públicas, de modo a assegurar uma atuação entre as diferentes áreas que refletem na saúde e na qualidade de vida da população.

O Ministério da Saúde considera o princípio da integralidade um dos mais preciosos em termos de demonstrar que a atenção a saúde deve levar em consideração as necessidades específicas de pessoas ou grupos de pessoas, ainda que minoritários em relação ao resto da população, com a ressalva de que a preocupação central da integralidade está na necessidade de humanização dos serviços prestados e das ações realizadas no âmbito do SUS.

Todavia, a Lei do SUS deixou uma lacuna na regulamentação do princípio constitucional da integralidade, o que vem gerando uma diversidade de entendimento acerca de seu alcance e aplicação, principalmente no âmbito do Poder Judiciário.

A aplicação do princípio da integralidade atrai uma problemática que gira em torno do fornecimento de medicamentos de alto custo à população, o que está recaindo sobre o Poder Judiciário cada vez mais, conforme pode ser constatado a seguir:

A lei 8.080, constituinte do SUS, deixou de regulamentar adequadamente o dispositivo constitucional da “integralidade”, conceito básico na construção do nosso sistema de saúde. Este fato deixou aos magistrados a quase exclusiva alternativa de remissão ao texto constitucional por ocasião de demandas judiciais por medicamentos. O fundamento maior do SUS expresso no artigo 196 da Constituição Federal – “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado”, foi deslocada de seu significado genérico e conceitual para uma pauta de conduta concreta em cada demanda singular, independente de racionalidade técnica que a fundamentasse. O lema do artigo 196 foi traduzido como “tudo para todos”. Isso terminou por gerar um estoque de litigâncias jurídicas que hoje passa da casa de 60 mil ações nas três esferas de governo, além de despesas fora da programação financeira do ministério e secretarias de saúde de mais de R\$ 500 milhões anuais.⁴¹

⁴¹ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

Numa tentativa de solucionar essa questão, tramitou no Congresso Nacional o projeto de lei n. 338/2007⁴², originado no Senado Federal, que objetivava regulamentar o conceito de integralidade em relação à questão do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. O projeto pretendia acrescentar o capítulo VIII à Lei do SUS, que passaria a ter a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII

Do Subsistema de Dispensação de Medicamentos e Produtos de Saúde

Art. 19-L. Fica assegurado que a dispensação de medicamentos e produtos de saúde constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS não exime o Poder Público de fornecer outros medicamentos e produtos de saúde não listados, obedecendo ambas as dispensações ao disposto neste capítulo.

Parágrafo único. Consideram-se produtos de saúde órteses, próteses, bolsas coletoras, dietas metabólicas, bem com outros insumos de interesse ou necessários à recuperação da saúde.

[...]

Não obstante isso, a valorosa tentativa de regulamentar a obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não listados no programa de dispensação de medicamentos dos gestores do SUS não restou frutífera, pois o projeto recebeu inúmeras alterações, sendo aprovada a Lei n. 12.401⁴³, de 28 de abril de 2011, de maneira diversa da proposta originária.

As razões que justificaram a iniciativa do projeto de lei n. 338/2007 serão abordadas com maior profundidade no tópico seguinte, que trata da política de assistência farmacêutica do SUS, limitando-se, aqui, apenas a destacar a intenção do legislador em regulamentar a aplicabilidade do princípio da integralidade, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.

Ademais, a aplicabilidade do princípio da integralidade é tema de grande repercussão constitucional a ser discutido atualmente no Supremo Tribunal Federal⁴⁴, que ira decidir a respeito da obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo. A decisão, caso seja positiva, certamente terá enorme e profunda relevância para a saúde pública, pois definirá o alcance do princípio da

⁴² Projeto de autoria do Senador Flávio Arns, que visa acrescenta capítulo à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

⁴³ Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

⁴⁴ Recurso Extraordinário n. 566.471, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, estando pendente de julgamento até o momento, conforme pode ser conferido no site www.stf.jus.br.

integralidade, marcando uma nova fase da responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos sociais.

Por sua vez, o princípio da equidade representa a essência da isonomia que apregoa “tratar desigualmente os desiguais”, pois reconhecem-se as necessidades distintas de cada região do país na elaboração das políticas de saúde, e, baseado nisso, o SUS é responsável pela distribuição de ações e serviços de saúde a uma diversidade de grupos sociais, especialmente aqueles cujas condições de vida e saúde sejam as mais precárias.

Afirma-se que o princípio da equidade traduz-se no cumprimento do dever do Estado de reduzir as diferenças sociais e regionais, pois visa assegurar o direito à saúde ao cidadão em todo o território brasileiro, levando-se em conta as características epidemiológicas de cada região do país.

Quanto ao princípio da regionalização e da hierarquização, define-se na operabilidade e atribuições dos gestores do SUS nos três níveis de governo, almejando garantir maior eficiência na gestão da saúde pública brasileira, tendo em vista a necessidade de promover uma aplicação racional dos recursos públicos.

A regionalização e a hierarquização dos serviços correspondem à estrutura organizacional dos estabelecimentos que compõe o SUS, delimitando a base territorial de implementação da política de saúde respectivamente a cada nível de governo e aos níveis de atenção à saúde. A regionalização abrange, também, a delimitação de nichos específicos para a implantação das ações de saúde, subdivisões ou agregações do espaço político-administrativo. Por outro lado, a hierarquização dos serviços de saúde compreende a possibilidade organizacional das unidades tendo em conta o nível de complexidade tecnológica dos serviços, isto é, a fixação de uma rede que articula as unidades mais simples às unidades mais complexas.

Note-se, portanto, que o SUS está apoiado numa base principiologia que releva a preocupação do Estado em concretizar o direito fundamental à saúde com a maior amplitude social e tecnológica, com maior eficiência na gestão dos recursos públicos destinados à política pública de saúde, o que não é uma tarefa fácil dos gestores do SUS, em razão da dimensão territorial e da diversidade epidemiológica que se verifica em cada região do país.

O desafio proposto ao discutir o presente tema é exatamente empunhar a causa pela melhoria da saúde pública no Brasil, abordando-se, no tópico adiante, uma das áreas de atuação do SUS mais importantes na efetivação do direito à saúde do cidadão: a política de assistência farmacêutica.

2.4

A política pública de assistência farmacêutica do SUS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define assistência farmacêutica:

como um grupo de serviços e atividades relacionados com o medicamento, destinados a apoiar as ações da saúde que demanda a comunidade, os quais devem ser efetivados através da entrega expedita e oportuna dos medicamentos a pacientes hospitalizados e ambulatoriais, garantindo os critérios de qualidade na farmacoterapia”.⁴⁵

Para falar em promoção, prevenção e recuperação saúde não há como deixar de trazer a lume a política de distribuição de medicamentos do SUS.

A política de assistência farmacêutica do SUS constitui um dos pilares de sustentação da política de saúde no Brasil, uma vez que o acesso a medicamentos está incluído no processo de cuidado à saúde.

A respeito da demanda crescente por medicamentos e a indústria farmacêutica no Brasil, vale anotar que:

Nos últimos oito anos, grandes contingentes populacionais foram incorporados ao mercado de consumo de massas mediante o aumento do emprego formal e dos programas de inclusão social. O Componente de medicamentos não restou imune a esse notável movimento de mobilidade social ascendente. Ainda num outro ângulo, temos que a posição de centralidade do medicamento no cuidado e a ampliação do acesso aos mesmos foram acompanhados de um grande desenvolvimento da indústria farmacêutica em nível mundial e, também, no Brasil. Nosso mercado, que vinha crescendo desde o início deste século, aumentou a velocidade de crescimento desde 2005 até hoje. Somos o nono mercado mundial e sem muita demora chegaremos a ser o oitavo⁴⁶.

⁴⁵ OLIVEIRA MA, BERMUDEZ JAZ, OSÓRIO-DE-CASTRO CGS. *Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 112.

⁴⁶ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

Assim, é importante registrar alguns dados numéricos a respeito dos gastos do Ministério da Saúde com medicamentos que, em 2003, atingiram pouco menos de dois bilhões de reais e, em 2010, chegou a cerca de R\$ 6,5 bilhões, o que, apesar de notável, o atual volume de recursos é considerado insuficiente. Especula-se que, em 2014, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos atinjam 10 bilhões de reais, quantia essa, no entanto, que não representará mais do que 10% da fatia do orçamento do Ministério.⁴⁷

O ponto central no debate a respeito da política de assistência farmacêutica do SUS é fornecimento dos medicamentos de alto custo à população, especificamente aqueles fármacos não listados nos programas de dispensação de medicamentos elaborados pelos gestores do SUS, cujo tema se encontra em discussão nos Tribunais Superiores.

Porém, antes de aprofundar nessa problemática, é preciso estabelecer os conceitos fundamentais que norteiam a política de assistência farmacêutica do SUS.

O Ministério da Saúde reconheceu ser indispensável à concretização dos objetivos da saúde pública o estabelecimento de duas Políticas Farmacêuticas: a Política Nacional de Medicamentos e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, que objetivam dar cumprimento ao princípio da integralidade, considerando-se que o acesso a medicamentos está inserido no processo de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

A Política Nacional de Medicamentos – PNM foi aprovada pela Portaria GM/MS n. 3.916, em outubro de 1998, tendo em vista a constatação de alguns problemas, dentre os principais, destacam-se: i) a garantia de acesso da população dos medicamentos; ii) a qualidade dos medicamentos; iii) o uso irracional dos medicamentos; iv) a desarticulação da Assistência Farmacêutica; e, v) a desorganização dos serviços farmacêuticos⁴⁸.

⁴⁷ Brasil. Ministério da Saúde. *Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename*, 2010, p. 15.

⁴⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Assistência farmacêutica na atenção básica: instruções técnicas para sua organização / Ministério da Saúde, Secretaria de

A Política Nacional de Medicamentos – PNM está estruturada em algumas diretrizes gerais, destacando-se – aquela que interessa ao presente estudo – a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME⁴⁹, que é elaborada pelos gestores do SUS, e tem por objetivos primordiais a garantia do acesso da população a medicamentos essenciais com qualidade e segurança e a promoção de seu uso racional.

Anote-se que a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME tem como característica a discricionariedade administrativa, pois os gestores do SUS elaboram as listas de dispensação de medicamentos essenciais com base nas características epidemiológicas de cada região do país.

Por sua vez, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica foi aprovada por meio da Resolução CNS n. 338, de 6 de maio de 2004, com maior amplitude conceitual, na perspectiva de integralidade das ações e tem como estratégia a garantia de acesso e equidade às ações de saúde, incluindo necessariamente a Assistência Farmacêutica e a manutenção de serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde, nos diferentes níveis de atenção, considerando a necessidade de articulação e observância das prioridades regionais definidas nas instâncias gestoras do SUS, além de outras.⁵⁰

De acordo com a Resolução CNS n. 338/2004, a Assistência Farmacêutica (AF) compreende um:

Conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na

Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 9.

⁴⁹ Medicamentos essenciais são definidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como: “...aqueles que servem para satisfazer às necessidades de atenção à saúde da maioria da população. São selecionados de acordo com a sua relevância na saúde pública, provas quanto à eficácia e à segurança e com estudos comparados de custo-efetividade. Devem estar sempre disponíveis, nas quantidades adequadas, nas formas farmacêuticas requeridas e a preços que os indivíduos e a comunidade possam pagar...” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002)”, vide in Ministério da Saúde. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME*, 2010, p. 15.

⁵⁰ CF. Brasil. Ministério da Saúde. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME*, 2010.

perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população⁵¹.

O financiamento da Assistência Farmacêutica é responsabilidade dos três gestores do SUS, organizado em um bloco denominado Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica, com seus componentes detalhados na sequência, conforme definido pelo Ministério da Saúde:

- a) Componente Básico da Assistência Farmacêutica – destinado à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da atenção básica. É composto por:
 - *Parte fixa* – valor per capita transferido aos estados, municípios e ao Distrito Federal conforme pactuação nas Comissões Intergestores Bipartite (CIB). Como contrapartida, estados e municípios devem alocar recursos próprios, de acordo com valores pactuados entre as três esferas de gestão.
 - *Parte variável* – valor per capita para aquisição de medicamentos para os programas Hipertensão e Diabetes, Asma e Rinite, Saúde Mental, Saúde da Mulher, Alimentação e Nutrição e, ainda, Combate ao Tabagismo. Este recurso pode ser executado de forma centralizada pelo Ministério da Saúde ou de forma descentralizada, conforme pactuação. O medicamento insulina humana é parte do elenco do Grupo de Medicamentos de Hipertensão e Diabetes, que é adquirido pelo Ministério da Saúde e distribuído aos gestores.
- b) Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica – destinado ao custeio de ações relativas aos seguintes programas: o Controle de Endemias – Tuberculose, Hanseníase, Malária, Leishmaniose, Chagas entre outras doenças; DST/Aids – Anti-retrovirais; Sangue e Hemoderivados; e Imunobiológicos.
- c) Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional – destinado ao financiamento, juntamente com os estados e o Distrito Federal, da aquisição de medicamentos de dispensação de caráter excepcional, conforme constam na tabela de procedimentos SIA/SUS;
- d) Componente de Organização da Assistência Farmacêutica – destinado ao custeio de ações e serviços inerentes à Assistência Farmacêutica.

Limita-se adiante ao detalhamento dos três primeiros componentes, pois estão intimamente ligados aos objetivos desta dissertação.

Primeiramente, cabe esclarecer que os blocos são regulamentados por meio de portarias específicas, através das quais os gestores estaduais e municipais estabelecem uma listagem de medicamentos essenciais, em observância à RENAME elaborada pelo gestor federal, no âmbito de suas respectivas competências, considerando os níveis de atenção saúde, cujos recursos financeiros

⁵¹ Cf. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Assistência farmacêutica na atenção básica: instruções técnicas para sua organização / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 13.

são transferidos do Fundo Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, para os fundos de saúde⁵² municipais, estaduais e do Distrito Federal.

O Ministério da Saúde utiliza a RENAME como instrumento básico para a elaboração das listas estaduais e municipais segundo sua situação epidemiológica, para a orientação da prescrição médica, para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico.

Assim, o Componente Básico da Assistência Farmacêutica é regulamentado pela Portaria GM/MS no 2.982, de 26 de novembro de 2009, a qual aprovou as normas de execução e financiamento da Assistência Farmacêutica na atenção básica em saúde. Este Componente define uma lista de medicamentos elaborada pelo Ministério da Saúde, com base na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), destinados ao tratamento dos principais problemas de saúde da população, levando-se em consideração a demanda epidemiológica.⁵³

Por sua vez, o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica objetiva disponibilizar medicamentos para o atendimento de Programas de saúde coordenados nacionalmente pelo Ministério da Saúde, de caráter transmissível e/ou alto impacto na saúde da população. Fazem parte os medicamentos do Programa DST/AIDS, para o controle da tuberculose, hanseníase, malária e outras endemias focais, bem como os imunobiológicos e insumos das coagulopatias e hemoderivados.⁵⁴

E por último, o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é regulamentado pela Portaria GM/MS no 2.981, de 26 de novembro de 2009, que

⁵² Segundo o Ministério da Saúde, fundos de saúde são contas bancárias especiais, existentes nas três esferas de governo, para recebimento e movimentação financeira. Nessas contas são depositados todos os recursos destinados à saúde, que só podem ser utilizados em ações e serviços de saúde. Os fundos são instrumentos de gestão de recursos que possibilitam ao gestor o planejamento, o acompanhamento das fontes de receitas, dos valores disponíveis, das datas de ingresso dos recursos, das despesas realizadas e dos rendimentos das aplicações financeiras. O controle e a fiscalização são feitos por meio dos Conselhos de Saúde, existentes em todas as instâncias de governo (União, Distrito Federal, estados e municípios).

⁵³ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

⁵⁴ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

substituiu o antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, e constitui um marco na ampliação do acesso aos medicamentos de custo mais elevado, devido, entre outras causas, ao crescente número de ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos.⁵⁵

Destaque-se que o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica objetivou dar maior efetividade e alcance ao princípio da integralidade ao ampliar o acesso ao tratamento medicamentoso de doenças mais graves, especialmente as oncológicas que possuem um custo mais elevado.

Para o Ministério da Saúde:

As Políticas de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica estabelecem a atualização e a implementação da RENAME como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica e medida indispensável para o uso racional de medicamentos no contexto do SUS. A seleção dos medicamentos da RENAME baseia-se nas prioridades nacionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos.⁵⁶

Verifica-se, portanto, que a Política de Assistência Farmacêutica prima pela ampliação do acesso racional aos medicamentos, destacando-se os programas federais, a exemplo das farmácias populares, da Assistência Farmacêutica básica, e em nível estadual, a exemplo das farmácias cidadãs implantada pelo Estado do Espírito Santo. Por outro lado, os desafios atuais concentram-se em torno do acesso a medicamentos de custos mais elevados, cujo tema novamente promoveu uma mobilização social, envolvendo o Poder Público e a sociedade, na busca de soluções que resultem em uma nova roupagem dos princípios da universalidade e da integralidade, proporcionando um ambiente de debate democrático, o que reforça o papel da saúde pública na contínua evolução do Estado Democrático Social e de Direito.

⁵⁵ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

⁵⁶ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 7. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 7.

Constatou-se, também, a existência de políticas públicas que visam 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 da saúde, por meio da política de Assistência Farmacêutica, que se desenvolve no âmbito dos três gestores do SUS, que adotam uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME.

Por fim, as ações promovidas pela política de assistência farmacêutica estão definidas no bloco de financiamento da assistência farmacêutica, que se divide em três Componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).

Transpondo essa abordagem conceitual em torno da organização e financiamento da política pública de assistência farmacêutica, o aspecto que clama pela atenção redobrada dos atores que atuam na implementação da saúde pública diz respeito à crescente demanda judicial de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, inclusive medicamentos que não constam das listagens elaboradas pelos gestores do SUS na execução da política pública de assistência farmacêutica e a falta de critérios legalmente definidos para auxiliar o Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional relacionadas às ações que envolvam o direito à saúde, além de outras questões.

Assim, no capítulo seguinte busca-se analisar os principais pontos que circundam o direito fundamental à saúde, especificamente no que concerne à crescente demanda judicial para fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, questões frequentemente debatidas no cenário acadêmico e político atual, a exemplo da Audiência Pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e o Fórum da Saúde promovido pelo Conselho Nacional da Justiça, realizado em 2013.

O papel do Estado na efetivação do direito fundamental à saúde

Os direitos sociais elencados no artigo 6º qualificam-se como o conteúdo da ordem social e, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰⁹, disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

Na categoria dos direitos sociais, o direito fundamental à saúde surge como desdobramento da perspectiva de um Estado Social e de Direito¹¹⁰, que tem como documentos inspiradores a Constituição mexicana de 1917, a Constituição Weimar de 1919 e a Constituição brasileira de 1934. Seguindo essa tendência, a Constituição Federal de 1988 demonstra a adesão a um modelo de Estado Social e Democrático, preocupado em estabelecer o conteúdo do direito social (arts. 196 e seguintes), sempre garantido um *mínimo existencial*.¹¹¹

ANA PAULA DE BARCELOS entende por mínimo existencial o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, considerando-se sua experiência física – de sobrevivência e manutenção do corpo – e também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado

¹⁰⁹ Cf. DA SILVA, José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

¹¹⁰¹¹⁰ Cabe anotar que “o Estado Social surge, primeiramente, na Europa, com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, com ideário democrático”. As características que marcaram o Estado Social foram, dentre outros, o surgimento e fim de regimes totalitários de diversas ideologias; a institucionalização de uma comunidade internacional, a ONU; e, sobretudo a proteção dos direitos do homem no plano internacional. Vale ressaltar que o “Estado Social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.” O Estado Social demanda a participação popular na gestão da coisa pública, o que autoriza dizer que é também um Estado Democrático, pois reconhece a origem do poder político no povo e se funda na legalidade. Prevalece nesse modelo de Estado a finalidade de realizar uma justiça distributiva, material, no sentido de implementar a igualdade em situações econômicas e sociais, para que todos os cidadãos disponham de um mínimo existencial, dentro do qual, a saúde está inserido no núcleo do direito fundamental à vida. Confirma-se com maior ênfase em LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43-46.

¹¹¹ Monica Campos Ré, em dissertação elaborada sobre o assunto, afirma que no Estado Social e Democrático “a distribuição dos benefícios e sacrifícios sociais ocorre pela intermediação dos poderes públicos como uma tarefa primária, visto que a alocação natural de recursos é considerada uma atividade estatal em harmonia com princípios de economia mista do Estado Social, onde correções e intervenções necessárias são realizadas no interesse da consecução da justiça social”. Com maior ênfase, confira-se o trabalho na íntegra: *Privilegiando o social - o lugar do direito de proteção à saúde no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2010 Disponível em : <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtse=0710478_2009_Indice.html>. Acesso em: 22 março. 2014.

Democrático.¹¹² FLAVIA BAHIA MARTINS afirma que “a violação desse mínimo acarretaria desrespeito à própria dignidade da pessoa humana”. Segundo essa autora:

Em que pese a expressão “mínimo existencial” já estar consagrada pela renomada doutrina brasileira, bem como na jurisprudência sobre o assunto, entendemos que o verdadeiro substrato axiológico da dignidade da pessoa humana exigiria referencia diferente do “mínimo” existencial, porque guarda relação inexorável com a noção de equilíbrio. Portanto, passamos a nos referir ao princípio sob a denominação de “equilíbrio existencial”, por entende-la como expressão mais fidedigna, tanto à dignidade da pessoa humana quanto para a vontade do próprio Estado Constitucional de Direito.¹¹³

Faz-se necessário, para que seja garantido esse “equilíbrio existencial”, a elaboração de políticas públicas com vistas à promoção de meios, bens e serviços postos à disposição da população. CRISTIANE DENARI define que:

[...] as políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alternar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificativos na vida social.¹¹⁴

Observe-se que no preâmbulo da Constituição Federal, os direitos sociais antecedem os direitos individuais, demonstrando a nítida opção pelo Estado do bem-estar social.

PREÂMBULO

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

¹¹² Cf. BARCELOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-

¹¹³ MARTINS, Flavia Bahia; MORAES, Maria Celina Bodin de. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO Departamento de Direito. *O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008 Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtse=0610344_08_Indice.html>. Acesso em: 20 jan. 2014.

¹¹⁴ DENARI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 239.

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sem negrito no original)

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, qualificam-se como prestações positivas que reclamam implementação pelo Estado e visam concretizar a perspectiva de uma isonomia material e social na busca de melhores condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da CF/88).

Dentro desse contexto, neste capítulo desenvolve-se uma análise da dimensão do direito à saúde e sua estrutura analítica e o dever do Estado de promover, prevenir e recuperar a saúde do homem, por meio de políticas públicas.

3.1

A dimensão prestacional do direito fundamental à saúde

Um olhar sob a história mais recente permite observar que muitas transformações importantes no Direito Constitucional contemporâneo ocorreram no pós Segunda Guerra Mundial, a exemplo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e as Constituições Italiana, de 1947, Portuguesa, de 1976, Espanhola, de 1978, e Brasileira de 1988.

Essas novas Cartas Constitucionais e Documentos Internacionais foram elaboradas no calor dos movimentos de resistência social aos regimes totalitaristas que vigiam na época, podendo relembrar, a título de ilustração, a Constituição Italiana (1947) nasce na resistência e da guerra de libertação contra o regime fascista; as Constituições Espanhola e Portuguesa são o resultado do rompimento dos regimes autoritários de Franco e Salazar; a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, como marco extintivo da anarquia das relações entre Estados, no plano internacional, antes dominados pelo espírito da guerra; e, por fim, a Constituição Brasileira de 1988, como resposta da luta democrática da sociedade contra o regime militar¹¹⁵.

Constatou-se que, no Brasil, os movimentos sociais desenvolvidos nas décadas de 70 e 80 – sobretudo a Reforma Sanitária – tiveram como causa

¹¹⁵ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

fundamental a reivindicação da efetivação dos direitos sociais, dentre os quais, a saúde foi protagonista da fase de redemocratização do país.

Portanto, o pleito social de efetivação dos direitos fundamentais resultou de árduas conquistas sociais que renegaram antigos regimes.

A partir dessa perspectiva histórica, com o fim dos regimes autoritários, especialmente o Nazista e o Fascista, desenvolveu-se uma catalogação de direitos e garantias fundamentais nas principais Cartas Constitucionais e Documentos Internacionais, que tinham por finalidade a defesa do cidadão frente ao poder estatal. Como decorrência disso, o poder do Estado é juridicamente limitado e, por outro lado, os indivíduos são essencialmente livres e sua autonomia e dignidade protegida no plano Constitucional interno e também na Ordem Internacional.

Diante disso, os direitos fundamentais passam a produzir efeitos sobre toda a ordem jurídica, interna e internacional, com uma eficácia expansiva em todos os âmbitos jurídico, político, econômico e social, contendo um plano de eficácia horizontal e vertical.¹¹⁶

Na Ordem Jurídica Internacional, cabe trazer à baila os principais Documentos Internacionais sobre direitos humanos elaborados no âmbito das Nações Unidas.

Nesse particular, a Carta das Nações Unidas, de 1945, constitui o anteparo jurídico da dignidade da pessoa humana na ordem internacional, proclamando uma série de princípios de observância obrigatória pelos Estados-membros, para garantia da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

¹¹⁶ Os direitos fundamentais produzem efeitos numa dimensão vertical e horizontal. A eficácia vertical conduz a uma proteção do Indivíduo em face do Estado, enquanto a eficácia horizontal coloca os indivíduos numa posição de igualdade, nas suas relações particulares. Como consequência da eficácia vertical, Ronald Dworkin salienta que “em nossa sociedade, as vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer a lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo.” Vide DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 264. Por sua vez, como decorrência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo José Carlos Vieira de Andrade (apud Eduardo Cambi, 2011, p. 33), os “particulares poderão, assim, de acordo com a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade no tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias (...)”. Para uma leitura mais profunda sobre a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, confira-se em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Assim, em cumprimento aos princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, proclamando o dever dos Estados em promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana. Em seu artigo 12 – 1 consta que “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”, os quais deverão criar condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidades (2. “d”).

Dentro desse cenário global, há também que citar a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em 12 de setembro de 1978, que reconheceu a necessidade de os Estados promover a saúde em nível mundial. Nesse sentido, a Conferência firmou a seguinte Declaração¹¹⁷:

A conferência reafirma enfaticamente que a saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor de saúde.

A Conferência Internacional sobre Cuidados Primários à Saúde reconheceu a importância da participação popular na construção das políticas de saúde, ao declarar no inciso IV que “É direito e dever dos povos participar individual e coletivamente no planejamento e na execução de seus cuidados de saúde”, o que resultou na inclusão do princípio da participação popular na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como ator fundamental na gestão do SUS.

A Declaração de Alma-Ata de 1978 definiu o conceito de cuidados primários à saúde, nos seguintes termos:

VI

Os cuidados primários da saúde são cuidados essenciais baseados em métodos e tecnologias, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país pode manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito da autoconfiança e autodeterminação. Fazem parte integrante tanto do sistema de saúde do país, do qual constituem a função central e o foco principal, quanto do desenvolvimento

¹¹⁷ Declaração de Alma-Ata (ONU). Disponível em <http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/saude/almaata.htm>. Acesso em 20.12.2013.

social e econômico global. Representam o primeiro nível de contato com os indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.

Da leitura acima destacada, pode-se extrair que os princípios que integram o Sistema Único de Saúde brasileiro já estavam presentes na pauta dos discursos mundiais sobre saúde, quais sejam, a universalidade, integralidade e descentralização, além de já ter previsto os diversos níveis de atenção à saúde.

Além disso, não poderia deixar de destacar, fundamentalmente, que a Declaração de Alma-Ata reconheceu que os cuidados primários à saúde incluem pelo menos “[...] imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, tratamento apropriado de doenças e lesões comuns e fornecimento de medicamentos essenciais”. Dai resulta o dever do Estado em promover, prevenir e recuperar a saúde.

Por sua vez, comentando o art. 12 – 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA¹¹⁸ defendem a ideia de que o acesso a medicamentos é um direito humano.

A respeito disso, PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA¹¹⁹ entendem que o acesso a medicamentos tem por fim o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. Nesse particular, confira-se:

O tratamento médico em caso de doença, bem como a prevenção, tratamento e controle de enfermidades são atributos centrais do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde (os termos “direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde” e “direito à saúde” são usados como uma abreviação oportuna para a formulação mais precisa “direito de todos a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”). Os atributos mencionados dependem do acesso a medicamentos. Portanto, este acesso constitui uma parte indispensável do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde.

Ainda no plano mundial, a Organização das Nações Unidas realizou, em 2000, uma Cúpula do Milênio em Nova Iorque, onde ficaram estabelecidas oito

¹¹⁸ HUNT, Paul e KHOSL, Rajat. *Acesso a medicamento como um direito humano*. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008, p. 102.

¹¹⁹ HUNT, Paul e KHOSL, Rajat. *Acesso a medicamento como um direito humano*. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008, p. 102.

metas que foram denominadas de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, levando-se em consideração os principais problemas atuais que repercutem sobre a humanidade, dentre os quais, a saúde foi incluída nesse debate político mundial que obteve a concordância dos 191 países integrantes da ONU, com a finalidade de promover um esforço coletivo pela equidade e justiça social.

PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA¹²⁰ entendem que o acesso a medicamentos é condição indispensável no cumprimento desses objetivos, conforme destaca-se abaixo:

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, tais como a redução da mortalidade infantil, melhoria na saúde materna e combate ao HIV/AIDS, malária e outras doenças, dependem de reformas que melhorem o acesso a medicamentos.

Uma das metas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio diz respeito a proporcionar “em parceria com empresas farmacêuticas, o acesso a medicamentos essenciais a um preço razoável em países em desenvolvimento”. A implementação do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde pode ajudar, de maneira crucial, a atingir o padrão de saúde almejado por tais Objetivos.

No que diz respeito ao Brasil, foram elaborados várias políticas públicas de saúde, em todos os níveis de governo, para dar cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a exemplo da política de atenção básica à saúde, que torna o governo municipal o protagonista desse papel; o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e AIDS; o Programa Nacional de Controle da Malária; o Programa Nacional de Controle da Dengue; e o Programa Nacional de Controle da Tuberculose, além muitos outros.

Observa-se dessa análise, o dever jurídico¹²¹ do Estado em promover a saúde da pessoa humana, por meio de políticas públicas que incluem o acesso a

¹²⁰ HUNT, Paul e KHOSLA, Rajat. *Acesso a medicamento como um direito humano*. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008, p. 102.

¹²¹ Maria Helena Diniz, conceitua o dever jurídico como “o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica”. Confira-se em *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330-341. Francisco Amaral também afirma que o dever jurídico se contrapõe ao direito subjetivo, sendo o primeiro constituído por uma “situação passiva que se caracteriza pela necessidade do devedor observar um comportamento, compatível com o interesse do credor do titular do direito subjetivo”. In: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 194-195. Assim, entende-se por dever jurídico a necessidade de se observar um comportamento legalmente determinado em benefício de um titular de um direito subjetivo, constituindo o dever jurídico o aspecto passivo desse direito. No aspecto obrigacional do Estado promover o direito a saúde, ele é o devedor, o qual deve adotar um comportamento ativo para assegurar esse direito ao cidadão,

medicamentos essenciais à prevenção e recuperação da saúde, garantindo-se a mais ampla a eficácia aos direitos fundamentais.

Aliado a isso, PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA¹²² ressaltam a existência de vários casos judiciais e as resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas que reconhecem o acesso a medicamentos essenciais como um elemento fundamental do direito à saúde, estando relacionado ao direito à vida.

A respeito dessa eficácia, acrescenta-se a leitura de EDUARDO CAMBI¹²³, segundo o qual:

A Constituição, antes de qualquer medida protetiva, deve preocupar-se com os seres humanos. A dignidade da pessoa humana tem de ser o núcleo axiológico da tutela constitucional. A ela, há de se atribuir a concepção mais ampla possível, a fim de se extrair a máxima efetividade e aplicabilidade dos casos concretos.

Na órbita jurídica interna, a eficácia dos direitos fundamentais é tema que ganha especial destaque no que se refere à atuação judicial, sobretudo nos casos que estão cercados de maior complexidade, exigindo-se cautela redobrada do Poder Judiciário para decidir matérias constitucionais, como diz Ronald Dworkin, sensíveis à escolha¹²⁴, notadamente o alcance do princípio da integralidade do direito à saúde, hodiernamente, sob o enfoque da obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo.

O Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, está sendo acionado diariamente para desempenhar o papel de protagonista na efetivação dos direitos sociais, dentre os quais, a saúde é a demanda mais crescente, caracterizando um ativismo judicial como forma de contornar a omissão do poder público no

titular do direito subjetivo à saúde. Não cumprindo o Estado o dever jurídico, pode o cidadão força-lo judicialmente a cumprir. Esse é o fenômeno da judicialização da saúde que vem crescendo diariamente.

¹²² HUNT, Paul e KHOSLA, Rajat. *Acesso a medicamento como um direito humano*. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008, p. 102.

¹²³ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

¹²⁴ Segundo leciona J. Sousa e Brito, “matérias sensíveis à escolha são aquelas cuja solução correta depende essencialmente da distribuição das preferências entre o povo. Se se gastam os fundos públicos na educação ou em autoestradas é uma questão tipicamente sensível à escolha. Se se deve abolir a pena de morte, ou proibir a discriminação contra as mulheres no emprego, são questões cuja resposta correta não depende do número daqueles que a sustentam.” In Jurisdição constitucional e princípio democrático, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030201.htm>. Acesso em 17.12.2013.

cumprimento do comando constitucional “saúde é um direito de todos e dever do Estado”.

Partindo dessas premissas, o esforço aplicado neste tópico concentra-se na análise da dimensão prestacional ou positiva do direito fundamental à saúde, para se chegar, depois, nas discussões relacionadas ao controle judicial de políticas públicas de saúde.

Assim, revela-se necessário compreender que a dimensão prestacional do direito à saúde é responsável pelo enquadramento da política pública de saúde no Brasil numa posição determinante para a efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto, é preciso destacar que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, originados dos movimentos sociais globais que reivindicaram o reconhecimento de direitos, que atribuíam ao Estado um comportamento positivo na realização da justiça social. Percebeu-se que o ponto distintivo dos direitos sociais para com os direitos individuais é a sua dimensão positiva, não mais baseada numa conduta omissiva do Estado, senão numa ingerência estatal na promoção do bem-estar social, ou seja, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.¹²⁵

Digno de nota o ensinamento de Bobbio¹²⁶, quanto a essa distinção entre direitos individuais e direitos sociais:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

No mesmo sentido, LUIS ROBERTO BARROSO¹²⁷ também expõe esse entendimento a respeito da dimensão prestacional dos direitos sociais. Confira-se:

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309-335. Salienta o ilustre Professor Constitucionalista que as normas atributivas de direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Segundo afirma, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou

Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimentos de recursos, sem sempre disponíveis.

Esses direitos, também referidos como prestacionais, materializam-se com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde.

No que interessa aqui, também não mesmo importante é a leitura de INGO WOLFGANG SARLET¹²⁸, ao fazer uma correlação entre políticas públicas e direito à saúde:

O direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para, além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames das mais variadas natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Percebe-se, portanto, que a eficácia do direito fundamental à saúde depende da implementação de políticas públicas pautadas nas reais necessidades da sociedade com vistas à promoção do bem-estar social e realização da justiça social, dentre as quais o acesso a medicamentos essenciais é indissociável do processo de cuidados com a saúde, daí porque, a política de assistência farmacêutica do SUS tem especial importância na efetivação desse direito fundamental.

Observa-se, com essas notas doutrinárias, o entendimento de que o direito à saúde consagrado pela Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, é plenamente exigível em face do Estado, inclusive perante o Poder Judiciário, que ganha papel de protagonista na sua efetivação.

na satisfação de um interesse, podendo aqui incluir o fornecimento de medicamentos como condição de efetivação do direito à saúde. Confira-se a esse respeito em BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55.

3.2

A estrutura analítica do direito fundamental à saúde

Reconhecendo a dimensão positiva do direito à saúde e sua plena exigibilidade, é imprescindível também conhecer a estrutura analítica do direito à saúde.

Num esforço conjunto entre o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, a Organização Mundial da Saúde, o Relator Especial das Nações Unidas sobre direito à saúde, além de outros pesquisadores, empenharam-se, nos últimos anos, em analisar a estrutura analítica do direito à saúde, com a finalidade de facilitar a compreensão e aplicação concreta deste direito em políticas, programas e projetos de saúde.

Nesse sentido, desenvolveu-se uma estrutura analítica do direito à saúde constituída por dez elementos chaves e se aplica em geral a todos os aspectos do direito à saúde, incluindo o acesso a medicamentos.

PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA¹²⁹ resumem esses elementos centrais da seguinte maneira:

(a) Identificação das leis, normas e padrões sobre direitos humanos nacional e internacionalmente;

(b) Reconhecimento de que o direito à saúde está sujeito a limitações materiais e a uma implementação progressiva, o que requer a identificação dos indicadores e parâmetros capazes de medir os avanços alcançados (ou a falta deles) ao longo do tempo;

(c) Apesar deste último aspecto, reconhecimento de que algumas obrigações decorrentes do direito à saúde não estão sujeitas a restrições orçamentárias, nem tampouco à implementação progressiva; ao contrário, impõem deveres exigíveis de imediato, como, por exemplo, a obrigação de evitar a discriminação de fato ou a discriminação perante a lei;

(d) Reconhecimento de que o direito à saúde engloba tanto liberdades ou direitos de natureza negativa (tais como, o direito a não ser submetido a tratamentos não consentidos e a não participar de exames clínicos não acordados), quanto direitos de caráter positivo (como, por exemplo, o direito a um sistema de tratamento e proteção da saúde). Na maioria das vezes, as liberdades não possuem implicações orçamentárias, ao passo que os direitos de caráter positivo sim;

(e) Todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devem estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade;

¹²⁹ HUNT, Paul e KHOSLA, Rajat. *Acesso a medicamento como um direito humano*. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008, p. 103-104.

- (f) Os Estados possuem o dever de respeitar, proteger e cumprir com as suas obrigações decorrentes do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde;
- (g) Em razão de sua extrema importância, a estrutura analítica demanda uma atenção especial quanto à não discriminação, igualdade e vulnerabilidade de certos grupos;
- (h) O direito à saúde exige que sejam criados mecanismos de participação ativa e bem instruída de indivíduos e comunidades no processo de decisão que diz respeito a sua saúde;
- (i) Países em desenvolvimento possuem a responsabilidade de buscar assistência e cooperação internacionais, ao passo que os Estados desenvolvidos carregam a responsabilidade de auxiliar os países em desenvolvimento na implementação do direito à saúde; e
- (j) O direito à saúde exige que se estabeleça mecanismos efetivos, transparentes e acessíveis de monitoramento e responsabilização nos âmbitos nacional e internacional.

Pode-se observar que alguns desses elementos foram identificados na exposição feita no subtítulo anterior, tendo sido constatada a existência de leis e normas sobre direitos humanos¹³⁰ nos âmbitos nacional e internacional, destacando-se a Constituição Federal de 1988 e a Lei do SUS, a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração de Alma-Ata e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, demonstrando a preocupação global com o direito à saúde. Igualmente foi constatado entendimento de que o direito à saúde engloba tanto liberdades ou direitos de natureza negativa quanto direitos de caráter positivo.

Na ceara da doutrina constitucional brasileira, reconhece-se muitos desafios do Estado e da sociedade na concretização do direito fundamental à saúde, em razão dos limites materiais do Estado para implementação desse direito.

Nesse particular, é necessário destacar os principais elementos que circulam na órbita do art. 196 da Constituição Federal de 1988, no qual estabelece a saúde como (1) “direito de todos” e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Examinam-se esses elementos adiante.

¹³⁰ Vale destacar que os direitos humanos são positivados no Direito Interno, nas respectivas Constituições, como direitos fundamentais.

Em relação ao primeiro elemento, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹³¹ entende que há uma relação obrigacional entre o indivíduo e o Estado, expondo o seguinte:

(1) direito de todos:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n. 271.286/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.

Dessa retórica é possível compreender que o direito à saúde é objeto de uma relação jurídica obrigacional, originada da força normativa da Constituição¹³², que, de um lado, tem o indivíduo como titular do direito subjetivo à saúde e, do outro, o Estado que polariza o aspecto passivo desse direito subjetivo, ao qual cabe o dever jurídico de prestar a assistência à saúde, caracterizando, assim, a existência de um vínculo jurídico entre um credor e um devedor.

Em razão desse vínculo jurídico obrigacional, o direito à saúde torna-se plenamente exigível na esfera judicial, em razão da inadimplência do devedor, ou seja, quando o Estado não cumpre o dever de prestar a assistência integral à saúde.

Nesse sentido, JOÃO PAULO DA CUNHA CARNEIRO¹³³ faz uma importante observação:

¹³¹ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

¹³² A respeito da força normativa da Constituição, calha lembrar o ensinamento de Konrad Hesse, para o qual, “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser mas também de um dever-ser; ela significa mais que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”. Noutras palavras, embora a constituição não possa realizar nada, ela pode impor certas obrigações ao Estado, e sendo essas obrigações veiculadoras de direitos fundamentais, detém elas aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do art. 5º, da Constituição da República de 1988. Em maior amplitude, recomenda-se HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

¹³³ Cf. CARNEIRO, João Paulo de Souza. *Efetivação judicial do direito à saúde no Brasil: uma breve reflexão à luz do “modelo de direitos fundamentais sociais” de Robert Alexy*. Revista Bonisjuris. Setembro 2013. Ano XXI, n. 598. V. 25, n. 9, p. 19-29.

Dentro desta ideia de plena e pronta exigibilidade dos direitos fundamentais sociais em juízo, independentemente da atuação do legislador – ou até mesmo contra essa atuação – caberia ao Poder Judiciário um papel de relevância. Dotando-se de uma postura “ativista”, os juízes garantiriam a efetivação daqueles direitos, em prol da concretização da promessa constitucional, suprimindo a omissão do legislador ou a inércia da sociedade.

Anote-se que esse direito subjetivo decorre da eficácia subjetiva do direito fundamental à saúde, investe no indivíduo o direito de exigí-lo judicialmente. Porém, há quem defenda que a falta de recursos financeiros do Estado impõe uma certa limitação aos direitos sociais prestacionais, atingindo subjetivamente seu conteúdo essencial quando impede ao titular do direito subjetivo o gozo da prestação essencial do direito.¹³⁴

A respeito da relatividade dos direitos fundamentais, Márcio Villela observou que, “considerando esse ambiente de escassez, pode ser vislumbrado conflito entre o direito à saúde de dois indivíduos diversos, que disputam, em concreto, os limitados e insuficientes recursos estatais destinados a esta área, sendo certo que o investimento em medicamento de alto custo pode representar o desabastecimento de insumos de atendimento primário.”¹³⁵

Outro ponto interessante de análise, pertinente nessa reflexão teórica, são as discussões a respeito da “*extensão*” e da “*densidade jurídico-moral*” das “*posições subjetivas do direito à vida*” – aí incluído a saúde como condição daquele – que titularizam ativa e passivamente alguns atores fundamentais. De um lado, as posições subjetivas do direito à vida titularizam *ativamente* o indivíduo o direito de não ser morto e o direito de ser salvo; e, de outro lado, as posições subjetivas do direito à vida titularizam *passivamente* o Estado o dever de não matar e o dever de salvamento.

¹³⁴ Nesse sentido: QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais : a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 106-117.

¹³⁵ Uma leitura mais ampla do estudo desenvolvido pelo autor pode ser conferido em MACHADO, Márcio Villela. *Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0822002_2010_Indice.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

Cabe destacar, nesse particular, a tese defendida por LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL¹³⁶, tendo como ponto de partida, que aqui é interessante, as posições inerentes a *de não matar* e *aos deveres de salvamento*, conforme se destaca adiante:

Começa-se pelo mais simples, a extensão. Certamente os deveres de não matar alcançam todos os demais indivíduos, particulares e aqueles que agem em nome do Estado. Parcos casos, como a legítima defesa e o estado de necessidade, são hábeis a quebrantar os deveres. Com os deveres de salvamento parece ser diverso. São todos os demais indivíduos alcançados por ele? Em que medida? Em linha de princípio, pode-se considerar que à generalidade dos indivíduos destinam-se os deveres de salvamento, (...).

Letícia Martel observa que o dever de salvamento é tratado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, com menor extensão do que o dever de não matar. Segundo a autora, “*na parte aureolar do direito à vida estariam às posições de ser salvo de morte iminente, com os correlatos deveres de salvamento*”. Pode-se titularizar *ativamente* a todos os indivíduos o direito de ser salvo de morte iminente e *passivamente* o Estado o dever de salvamento.

Assim, embora o direito de ser salvo constitua um dos fundamentos do direito à saúde para titularizar ativamente um indivíduo e legitimá-lo a pedir a tutela jurisdicional para obrigar o Estado fornecer um medicamento de alto custo, por outro lado, o dever de salvamento desse indivíduo pode entrar em conflito com o dever do Estado de aplicar recursos em políticas públicas para a coletividade, em cumprimento à previsão orçamentária, o que poderia se chamar aqui de uma aparente *colisão de deveres fundamentais* do Estado. Daí a importância de se saber o alcance do comando constitucional que titulariza passivamente o Estado o dever de salvamento, diante da crescente onda de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo.

Por outro lado, muito embora possa se considerar, em regra, que as liberdades não possuem implicações orçamentárias, os direitos de caráter positivo sim, daí porque a abordagem de Márcio Villela Machado, em maior profundidade sobre as limitações materiais do Estado na implementação do direito à saúde, deu

¹³⁶ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. 2010. Tese de Doutorado. UERJ. p. 315-319. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>. Acesso em 22.07.2013.

uma importante contribuição para a compreensão do tema, cuja leitura se recomenda¹³⁷.

Quanto ao elemento “dever do Estado”, prefere-se abordá-lo separadamente, por uma questão metodológica, conforme consta do subcapítulo seguinte.

Assim, quanto ao elemento (3) “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, cuja leitura parte também do ensinamento do Ministro Gilmar Mendes. Segundo leciona o Ministro da Suprema Corte brasileira, essa garantia “ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas” dos recursos financeiros do Estado.

Nesse sentido, assim destacou o autor:

É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada¹³⁸.

É preciso, então, que o Estado elabore e execute políticas públicas de saúde que estejam alinhadas à estrutura analítica do direito à saúde, de modo que todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devam estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade.

Para tanto, é profícua a lição de WILSON DONIZETI LIBERATI¹³⁹:

[...], as soluções que se apresentam na formulação e execução de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais fundamentais devem, sobretudo: (a) obediência ao princípio da legalidade, ou seja, materializar o comando da norma constitucional e realizar a ação pública dentro dos princípios da Administração Pública; (b) estar ligadas com a urgência na prestação do serviço público; (c) os recursos financeiros devem ser carregados para os orçamentos públicos, de forma

¹³⁷ Cf. MACHADO, Márcio Villela; LEITE, Fábio Leite. *Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtse=0822002_2010_Indice.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

¹³⁸ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

¹³⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108-109.

privilegiada, em montante suficiente para satisfazer as necessidades da população; (d) considerar as peculiaridades especiais e prioritárias dos diferentes grupos de titulares de direitos fundamentais – condição peculiar do titular do direito (criança, adolescente, idoso, portador de necessidades especiais e outros).

Dentro desse contexto que se desenvolve o princípio da descentralização do Sistema Único de Saúde no Brasil, pois o comando constitucional determina um conjunto articulado de ações governamentais nos três níveis do Poder Executivo. No cumprimento desse dever, os gestores do SUS elaboram e executam um conjunto de ações e serviços que levam em consideração os níveis de atenção à saúde, ou seja, fica atribuída à União a alta complexidade e aos Estados e Municípios a média e baixa complexidade, respectivamente.

Todavia, nem sempre as políticas públicas de saúde são efetivadas e os motivos são diversos: escassez de recursos, desvio de verbas públicas, má gestão dos bens e produtos destinados à saúde, etc. No que se refere à escassez de recursos, apesar de ser uma realidade, a doutrina defende a ideia de que a efetivação do direito à saúde está no plano normativo constitucional de eficácia plena, alheio às questões financeiras.

Nesse sentido, é interessante destacar a teoria do custo dos direitos, conforme estudo realizado por FLÁVIO GALDINO¹⁴⁰, segundo o qual:

[...] os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (*rectius*: efetivação). Em síntese, o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especialmente considerados (v.g. direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernentes às possibilidades reais de sua efetivação.

Nesse particular, também é interessante a observação de ALISON JOSÉ DUARTE ALMADA¹⁴¹, em relação aos limites financeiros do Estado e a Lei de Responsabilidade Fiscal, pois:

¹⁴⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 187-188.

¹⁴¹ ALMADA, Alison José Duarte. *Orçamento autorizativo e contingenciamento de empenho: obstáculos à efetivação de direitos sociais*. In Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas. Élica Graziane Pinto; Gustavo Alexandre Magalhães (Organizadores). Belo Horizonte: Editora O Locutor, 2010, p. 78.

Diante da escassez de recursos, é até razoável que o Poder Executivo tenha discricionabilidade, conferida pelo art. 9º da LRF, de remanejar os recursos a fim de atender as metas fiscais estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; o que não é razoável é a ausência de motivação para esse remanejamento, mormente quando se adota, como forma de ajuste fiscal, medidas tendentes a preterir programas necessários à efetivação de direitos fundamentais e ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil.

A respeito da desvinculação das questões financeiras, no plano conceitual, da efetivação judicial dos direitos sociais, vale também demonstrar a crítica de JOÃO PAULO DE SOUZA CARNEIRO:

Assim como o juiz legalista pode ser acusado de insensibilidade social, o juiz ativista, na sua luta em concretizar a constituição, pode ser acusado de insensibilidade financeira ou até mesmo institucional, pois não se importa com os impactos negativos das decisões tidas como realizadoras de direitos fundamentais sociais¹⁴².

Assim, a concretização do direito à saúde deve ser viabilizado por meio do acesso – tanto na sua dimensão individual quanto coletiva – às políticas públicas que resulte na realização da vontade da Constituição, devendo o Estado destinar recursos financeiros suficientes para atender as necessidades de promover e recuperar a saúde da população, o que implica na necessidade de analisar o próximo elemento.

No que diz respeito às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, adota-se como ponto de partida o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes, para o qual:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

O problema de execução das políticas públicas de saúde pelos entes federados foi uma das causas que mobilizou a sociedade brasileira no ano de

¹⁴² CARNEIRO, João Paulo de Souza. *Efetivação judicial do direito à saúde no Brasil: uma breve reflexão à luz do “modelo de direitos fundamentais sociais” de Robert Alexy*. Revista Bonisjuris. Setembro 2013. Ano XXI, n. 598. V. 25, n. 9, p. 19-29.

2013, pela reivindicação de melhores serviços de saúde. A exemplo disso, durante as manifestações ocorridas no Município de Aracruz, no Estado do Espírito Santo, foi constatada a existência de medicamentos estocados nas repartições da Secretaria Municipal de Saúde que deveriam ser encaminhados às diversas unidades de saúde espalhadas pelo Município, conforme admitiu a própria Secretária de Saúde, Nalva Bernadete, em entrevista aos líderes dos movimentos naquele Município.

Tendo em vista essa má gestão das políticas de saúde, definiu-se o entendimento na Audiência Pública – Saúde realizada na Suprema Corte brasileira, no sentido que a interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, na maioria dos casos, não se deve pela omissão absoluta em matéria de políticas voltadas à proteção da saúde, mas sim pela inexecução ou ineficiência delas.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes esclareceu que¹⁴³:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu dos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação ou implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Em razão dessa constatação, desenvolveu-se um critério a ser utilizado como parâmetro na atuação judicial em demandas relacionadas ao direito à saúde, que é a constatação da existência ou não de políticas públicas de saúde, de modo que o Poder Judiciário não seja o autor de sua criação, mas sim o garantidor do acesso da população às políticas já elaboradas, pois, nesse caso, considerou-se ter presente o direito subjetivo público, individual ou coletivo.

De outro giro, a Audiência Pública – Saúde, realizada pela Suprema Corte brasileira chegou também à conclusão de que deve ser considerada a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, *“deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo*

¹⁴³ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

Assentou-se, então, a conclusão de que é preciso distinguir se a não prestação de ações e serviços de saúde decorre: a) de uma omissão legislativa ou administrativa; b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou c) de uma vedação legal a sua dispensação. Definiu-se, em relação a esta última hipótese, o entendimento pela impossibilidade de condenação do Estado a fornecer tratamentos ou medicamentos experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, por meio dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS.

Apesar disso, o fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) pela via judicial, e que, embora tenha pairado o entendimento de que é vedado à Administração Pública fornecê-los, há exceções na Lei n. 9.782/99, que criou a ANVISA, que permitem que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Aliado a isso, segundo destacou o Ministro Gilmar Mendes, é possível que o Judiciário, ou até mesmo a própria Administração, decida que “medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”¹⁴⁴. Essa é uma das razões que exigem revisão periódica dos protocolos clínicos existentes e de elaboração de novos protocolos.

No que se refere a essa opção diferente, frisou o Ministro Gilmar Mendes que:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.¹⁴⁵

¹⁴⁴ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

¹⁴⁵ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

Por fim, ressaltou-se que, nesses casos, há necessidade de ampla instrução processual, com produção de provas, o que poderia ser obstáculo à concessão de medidas cautelares.

Passa-se, adiante, a analisar o elemento “dever do Estado”.

3.3

O dever jurídico do Estado de concretizar o direito à saúde de todos

A questão a ser abordada nesse item é justamente compreender o papel do Estado na efetivação do direito social à saúde, o que depende da atividade estatal dada a dimensão prestacional desse direito, dando-se ênfase à política de assistência farmacêutica do SUS, para se chegar a uma resposta a respeito da obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo.

Tomando como ponto de partida os elementos que compõem a estrutura analítica do direito à saúde, em atendimento ao que dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração de Alma-Ata, reconhece-se que os Estados tem o dever de respeitar, proteger e cumprir com as suas obrigações decorrentes do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde.

No direito positivo interno, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o comando normativo “saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Disso resulta numa outra questão, igualmente fundamental, que é a discussão em torno da limitação material do Estado na efetivação do direito à saúde, a ser debatido mais adiante.

Em razão do reconhecimento desse dever e dos compromissos assumidos no âmbito da ONU, o legislador constituinte instituiu no Brasil um Sistema Único de Saúde, que foi regulamentado pela Lei. 8.080/90. Consagrou-se, então, o dever constitucional do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito

à saúde, em razão de sua fundamentalidade¹⁴⁶, nos termos dos artigos 6º e 196, da Constituição de 1988.

O enquadramento da saúde dentro do direito constitucional concedeu ao tema status de direito e garantia fundamental, norma de eficácia plena, o que possibilita sua exigibilidade imediata.

Assim, é um dever do Estado a implementação do direito de todos a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde, por meio do acesso às políticas públicas de saúde, dentre as quais identificou-se a política de assistência farmacêutica como indispensável ao processo de atenção à saúde.

É interessante destacar, também, que a saúde tem proteção diferenciada, tendo em vista que os direitos sociais foram incluídos no rol das “cláusulas pétreas”, e, dessa maneira, nem por emenda à Constituição pode-se extinguir ou restringir ao núcleo essencial do direito à saúde, especialmente o acesso a medicamentos essenciais.

Conforme destacou-se no primeiro capítulo, o Sistema Único de Saúde é integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, pelo qual o Estado cumpre o dever promover, prevenir e recuperar a saúde, cujo sistema é apoiado nos princípios da universalidade, da integralidade, da equidade e da descentralização.

Em obediência ao princípio da universalidade, cabe a todos os entes federados, autonomamente, cumprir o dever constitucional de promover a saúde de todos, incluindo-se aí o fornecimento a medicamentos essenciais como parte do processo de cuidados com a saúde.

¹⁴⁶ Discorrendo a respeito da fundamentalidade do direito à saúde, Marcio Vilela Machado afirma que “Toda esta preocupação com a efetividade transpassou ao constituinte de 1988, que, a lado de mecanismos especialmente criados com esta finalidade, entendeu por conferir o especial *status* de fundamentalidade aos direitos individuais e sociais. Mais do que a mera consagração formal de tais direitos, o constituinte teve a preocupação em explicitar sua especial dignidade e centralidade na ordem jurídica nacional, consagrando meios de efetiva persecução dos fundamentos e objetivos de nosso sistema normativo, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana”. Segundo o autor, “estando o direito à saúde consagrado como um daqueles direitos sociais, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, a ele se atribui este especial caráter fundamental e assim que deve ser considerado quando estudado”. Um leitura mais ampla do estudo desenvolvido pelo autor pode ser conferido em MACHADO, Márcio Villela; LEITE, Fábio Leite. *Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010. Disponível em : <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrases.php?open=1&arqtese=0822002_2010_Indice.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

Nesse passo, o dever do Estado disponibilizar tratamento de saúde à população é tripartido entre os entes da federação, destacando-se que cabendo à União os tratamentos de alta complexidade, aos Estados a média complexidade e aos Municípios a atenção básica à saúde. O Município desempenha o papel de efetivação inicial ao direito à saúde, pois é a partir daí que os demais entes entram em cena, a depender do resultado diagnosticado no indivíduo.

Por outro lado, não há como deixar de lado a importante observação de LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁴⁷, a respeito da repartição de competências e a Lei do SUS:

Do ponto de vista federativo, (...). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Todavia, instado a se pronunciar a respeito do alcance dos comandos insertos nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de que as três esferas do Poder Executivo possuem *responsabilidade solidária* pela concretização do direito social à saúde, pondo fim à discussão a respeito da legitimidade dos entes federados em relação aos diversos níveis de atenção à saúde.

A alegação recorrente dos entes federados, no que diz respeito à legitimidade passiva, está sempre apoiada na ausência de previsão normativa, não existindo, portanto, responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS.

A Suprema Corte brasileira, ao julgar o Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CEARÁ, em que era Agravante a União, definiu a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.309-335.

¹⁴⁸ STF, STA 175-AgR / CE, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado no DJU em 30.04.2010.

A respeito dessa solidariedade, o Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes proferiu seu voto com o destaque a seguir:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

[...]

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelos SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal) de prestação na área da saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

No ano de 2002, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já havia criado um precedente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 195.192-3/RS, onde ficou decidido que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. O Acórdão foi assim ementado:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolva criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000)

Assim, sedimentou-se o entendimento na Suprema Corte de que a responsabilidade do Estado em matéria de saúde pública, à luz dos princípios que orientam o SUS, deve ser efetivamente solidária, porém, podendo ser atribuída autonomamente aos entes federados, ou seja, pode o indivíduo demandar judicialmente em face de qualquer um, alguns ou todos eles.

Vale destacar, por fim, que tramita no STF a Proposta de Súmula Vinculante n. 4, que objetiva tornar definitivo e vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Todavia, a tramitação dessa proposta foi sobrestada até que a Suprema Corte pronuncie sobre o mérito do RE 566.471, que trata da obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo.

Por outro lado, ressaltou-se que, mesmo diante dessa solidariedade, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos, cuja questão enaltece o tema do chamamento ao processo, a ser abordado no capítulo 4.

3.4

A questão do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado

Medicamento de alto custo é uma denominação popular atribuída aos medicamentos excepcionais, hoje denominados tecnicamente de Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Mostra-se necessário compreender a evolução conceitual desses medicamentos.¹⁴⁹

Houve longa discussão a respeito da definição legal dos medicamentos excepcionais, sendo construídas muitas interpretações diferentes a respeito do tema, ao longo dos tempos.

Por meio da Portaria Interministerial MPAS/MS/MEC nº 3, de 5 de dezembro de 1982, definiu-se que os chamados medicamentos excepcionais eram aqueles demandados pela sociedade e justificados pelo médico assistente, mas que não estavam presentes na RENAME vigente; ou seja, eram excepcionais os medicamentos que não estavam presentes na RENAME da época.

Com a publicação da Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, adotou-se a concepção do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Trata-se de medicamentos que importam em um alto custo pelo seu valor unitário ou em razão da necessidade de um tratamento medicamentoso de uso prolongado.

¹⁴⁹ Para uma compreensão mais ampla da evolução história do conceito de medicamentos de alto custo, recomenda-se a leitura de Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 13.

A definição do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica teve como parâmetro a própria Constituição Federal de 1988 que, em seu Artigo 198, descreve a integralidade do atendimento como uma das diretrizes para as ações e serviços públicos de saúde.

Hodiernamente, a integralidade da assistência farmacêutica está referendada pelos programas de dispensação de medicamentos elaborados pelos gestores do SUS, em consideração às respectivas atribuições – decorrentes da descentralidade – relacionadas aos três níveis de atenção à saúde.

O Art. 8º da Portaria GM/MS, de 26 de novembro de 2009, define que:

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Assim, a assistência farmacêutica do SUS é pautada nessas linhas de cuidado, e cada gestor do SUS é responsável pela elaboração de uma relação de medicamentos que se obrigará a dispensar dentro do campo de sua atribuição, a partir da RENAME elaborada pelo Ministério da Saúde.

O problema ganha repercussão, em sua aplicação no âmbito judicial, pois tal repartição de atribuições não é levada em consideração pelo Poder Judiciário, que está determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo em face de qualquer ente que for demandado, refletindo negativamente na política de assistência farmacêutica do ente demandado isoladamente. Ou seja, os recursos destinados à implementação da política de assistência farmacêutica de caráter universal acabam realizando um direito individual.

Cabe fazer, então, uma análise sobre a ponderação de valores individuais e coletivos em relação ao direito à saúde, que, de um lado, tem-se um indivíduo que pleiteia judicialmente o fornecimento de medicamento de alto custo em face do Estado, e, do outro, a coletividade que fica privada de ser beneficiada com esse recurso, que seria aplicado em políticas públicas de saúde, em caráter universalista.

Nesse particular, LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁰, ao tratar da ponderação de valores em matéria da efetividade e judicialização do direito à saúde, salienta que se:

[...] alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros.

De igual modo de pensar, ROGÉRIO GESTA LEAL¹⁵¹ sinaliza o alerta de que:

[...] atendendo-se somente aqueles que acorrem de pronto ao Poder Público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.

Segundo esse autor, para solucionar os problemas jurídico-constitucionais, *“deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política”*.

Neste ponto, é crucial ventilar a leitura feita por ROGÉRIO GESTA LEAL a respeito do custo social do direito à saúde no Brasil. Segundo afirma o autor, a despeito da judicialização do direito à saúde:

[...] cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente” (...), a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, são finitos – e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister¹⁵².

Noutro giro, ROGÉRIO GESTA LEAL chama a atenção para o fato de que tal matéria:

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.309-335.

¹⁵¹ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios* / Rogério Gesta Leal. Brasília: ENFAM, 2010, p. 237.

¹⁵² LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos...* p. 238.

[...] envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc.

A respeito disso, é interessante trazer a lume o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁵³, conforme destacado pelo autor:

[...] 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.

Essa reflexão deve-se ao fato de que, como alerta o autor, *“todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo”*, aliado ainda à disponibilidade de recursos para o atendimento do dever de salvamento que está vinculada às reservas financeiras do Estado, o que vem sendo chamando de *reserva do possível*.

Cabe indagar, então, como observa LETÍCIA MARTEL¹⁵⁴, é se *“a distribuição, alocação e planejamento de recursos podem justificar não tratar alguém, ou seja, não arcar com o dever de salvamento em relação específica”*?

O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde.

LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁵ alerta para o crescente número de decisões que *“condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”*. Segundo o autor, *“não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento”*. E acrescenta:

¹⁵³ STJ, REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

¹⁵⁴ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis...* p. 318.

¹⁵⁵ Da falta de efetividade à judicialização excessiva... p.309-335.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

LUÍS ROBERTO BARROSO observou que é recorrente o argumento de que as decisões judiciais provocam a desorganização da Administração Pública, pois:

quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável”, o que “impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.¹⁵⁶

A situação é ainda mais grave, a respeito da análise econômica e social do direito à saúde, quando se analisa a jurisprudência brasileira, que, conforme LUÍS ROBERTO BARROSO¹⁵⁷, a concessão de medicamentos se tem sido apoiada numa *“abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social”*. Para o autor, o agravamento resulta no fato de que:

[...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.309-335.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.309-335.

Frequentemente, tem sido visto que a maioria das ações ajuizadas demanda o acesso a produtos de alto custo, não previstos na lista de medicamentos e tratamentos disponibilizados pelo SUS, e alerta que quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista neste tema, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem pagar os custos do processo judicial.

Com base nisso, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que os entes federativos respondem isoladamente pela efetivação do direito à saúde parece não contribuir para a solução do problema. Ao contrário, a situação retrógrada dos investimentos públicos em programas universais de saúde se agrava cada vez mais pelo crescente fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, comprometendo o orçamento do ente federado destinado a assegurar um mínimo existencial a todos os cidadãos e, de outra banda, o custeio de tratamento médico e o fornecimento de medicamentos, especialmente aqueles de custos altos, que não esteja listado nos programas de dispensação de medicamentos elaborados pelos gestores do SUS, a um determinado cidadão, parece não se enquadrar, à luz do Texto Constitucional, como política pública de saúde – por não haver presente o princípio da universalidade do acesso a esses medicamentos, e preocupa ainda mais pela escassez de recursos públicos. Como solucionar essa questão?

O princípio da integralidade alcança o fornecimento de medicamento de alto custo não integrante da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, elaborado pelo gestor federal do SUS?

Numa tentativa de solucionar essa questão, tramitou no Congresso Nacional o projeto de lei n. 338/2007¹⁵⁸, originado no Senado Federal, que objetivava regulamentar o conceito de integralidade em relação à questão do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. O projeto pretendia acrescentar o capítulo VIII à Lei do SUS, que passaria a ter a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII

Do Subsistema de Dispensação de Medicamentos e Produtos de Saúde

¹⁵⁸ Projeto de autoria do Senador Flávio Arns, que visa acrescenta capítulo à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=51342tp=1>>. Acesso em 20.10.2013.

Art. 19-L. Fica assegurado que a dispensação de medicamentos e produtos de saúde constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS não exime o Poder Público de fornecer outros medicamentos e produtos de saúde não listados, obedecendo ambas as dispensações ao disposto neste capítulo.

Parágrafo único. Consideram-se produtos de saúde órteses, próteses, bolsas coletoras, dietas metabólicas, bem com outros insumos de interesse ou necessários à recuperação da saúde.

[...]

SEÇÃO II

Do Subsistema de Dispensação de Medicamentos e Produtos de Saúde não constantes de tabela elaborada pelo gestor federal do SUS

Art. 19-V. A dispensação de medicamentos e produtos constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS não exime o poder Público, ressarcido pela União, de fornecer outros medicamentos ou produtos de saúde não listados, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, nas seguintes hipóteses:

I – no caso de a(s) doença(s) não estar(em) contemplada(s) nas tabelas a que se refere o caput;

II – quando o(s) medicamento(s) indicado(s) para o tratamento da(s) doença(s) nas tabelas não esteja(m) surtindo o efeito suficiente ou adequado, atestado por prescrição médica e com laudo específico.

Segundo a proposta legislativa, a dispensação de medicamentos e produtos de saúde não listados nas tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS deveria ser feita sob condição de cumprimento de três requisitos, cumulativamente: a) prescrição médica; b) registro de medicamento na ANVISA ou por esta definida como droga órfã, com registro na *Food and Drug Administration* – FDA dos Estados Unidos da América ou na *European Medicines Agency* – EMEA; e c) laudo médico que ateste risco de vida ou sequela grave.

O Projeto de Lei n. 338/2007 tinha por objetivo propor uma solução para o problema de muitos usuários de medicamentos excepcionais, que são medicamentos de alto custo, utilizados no tratamento de doenças específicas por um tempo prolongado, a exemplo de Parkinson, Alzheimer, Fribrose Cística, Doença de Gaucher, Renais Crônicos, Transplantados, e oncológicas.

A proposta de lei adveio das reivindicações de usuários de medicamentos não constantes das tabelas, sob o argumento de que a limitação do componente de dispensação de medicamentos estava na contramão do comando constitucional insculpido nos arts. 6º e 196 da Constituição de 1988, em razão da sua aplicabilidade plena, imediata e integral. O direito à saúde, especialmente o acesso à medicamentos não constantes das tabelas, deveria ser potencializado, ampliado, maximizado, e não poderia ser restringido por uma portaria que limite a

dispensação de medicamentos por meio de tabelas elaboradas sob o manto do poder discricionário da Administração Pública.

O Ministério da Saúde, por meio da Nota Técnica n. 4/2007/DAF/SCTIE/MS, de 23 de maio de 2007, esclareceu que o gestor federal tem a responsabilidade de selecionar os medicamentos que serão disponibilizados à população, de forma a escolher, dentre as inúmeras alternativas terapêuticas disponíveis, aquelas que proporcionam o benefício esperado ao menor custo possível.

Esse raciocínio reforça a ideia de se observar o princípio da universalidade e igualdade de acesso às ações e prestação de saúde, pois a elaboração da política de assistência farmacêutica deve estar pautada na repartição dos recursos da forma mais eficiente possível.

Entretanto, em razão de algumas peculiaridades apresentadas em casos específicos, conforme ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, a depender a constituição orgânica do indivíduo, pode ser que haja necessidade de se utilizar um medicamento de alto que não esteja nas tabelas elaboradas pelo gestor federal, o qual produzirá um efeito mais adequado ao tratamento da doença.

Mas, não pode ser esquecido que todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devem estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade, daí porque o acesso a medicamentos de alto custo que não constam das tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, constitui um dos elementos estruturais do direito à saúde, dentro de uma perspectiva do direito à saúde que evolui em nível mundial, em razão dos compromissos assumidos pelos países integrantes da ONU.

Vale destacar que, não raro, o Supremo Tribunal Federal vem suspendendo efeitos de decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos de alto custo fora das tabelas elaboradas pelo Ministério da Saúde, a exemplo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91, originária do Estado do Alagoas, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 28.02.2007 e publicado em 05.03.2007. Amparando-se nesse precedente, Estados e Municípios invocavam a negativa dos medicamentos de alto custo fora das tabelas estaduais e municipais.

Não olvidando da razoabilidade dos argumentos utilizados de ambos os lados, é preciso compreender algumas razões que justificaram o PLS 338/2007.

O Senador Flavio Arns¹⁵⁹ é bem elucidativo na justificativa da proposta, merecendo destacar que:

Inicialmente, tenho que o art. 196, *caput*, da Constituição Federal, ao consignar que a saúde engloba promoção, proteção e **RECUPERAÇÃO**, está a dizer, inequivocamente, que o direito à saúde também é direito à medicamento.

É preciso deixar bem claro que, conquanto a questão sobrejacente diga respeito à dispensação de medicamentos constantes ou não de um rol taxativo, o direito subjacente em análise é o direito à VIDA, garantia fundamental assegurada constitucionalmente pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 o qual, como cláusula pétrea que é, não pode ser suplantado, sequer constitucionalmente, quando mais por meio de legislação infraconstitucional.

Assim, entendeu o Senador Flavio Arns que o direito social fundamental à saúde não pode ser restringido pelo ordenamento infraconstitucional, até porque, cotidianamente, é crescente as demandas judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos que não constam das tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, o que reforça a importância de se assegurar o direito de todos a ter acesso a todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devem estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade.

Todavia, o PLS n. 338/2007 recebeu diversas alterações e não foi aprovado conforme a redação original proposta pelo Senador Flavio Arns, tendo sido vetado parcialmente e convertido na Lei n. 12.401/2011. Em razão disso, o impasse a respeito do princípio da integralidade ainda permanece nas pautas dos debates políticos e acadêmicos.

Em 2009, a Suprema Corte brasileira, instada a discutir o tema, manifestou sua preocupação pelo fato de não haver um pensamento sólido, senão divergências e multifaces do problema da judicialização do direito à saúde no Brasil.

A solução desse problema jurídico-constitucional requer o amadurecimento das discussões a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil.

Frente a essa emblemática questão constitucional, os entes federados acionados isoladamente em demandas judiciais por fornecimento de

¹⁵⁹ Justificativa do Projeto de autoria do Senador Flávio Arns, que visa acrescenta capítulo à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=51342tp=1>>. Acesso em 20.10.2013.

medicamentos de alto custo, fora das tabelas elaboradas no âmbito de competência, vêm fazendo uso do instituto da intervenção de terceiros, por meio do chamamento ao processo, buscando a possibilidade de integração dos demais entes à lide, com o fim de distribuir os custos com o direito à saúde em ações individuais entre os Entes Federados, especialmente em se tratando de fornecimento de medicamentos de alto custo, em razão do reconhecido da solidariedade pela Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 566.471-6¹⁶⁰, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, reconheceu que possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamento de alto custo, tendo sido admitida a participação de todos os demais Estados, na qualidade de *amicus curious*, o que coloca a importância do assunto em nível nacional.

Destaca-se adiante a motivação exposta na decisão proferida em 24.10.2007 pelo Ministro Relator Marco Aurélio, admitindo o apelo máximo perante a Suprema Corte:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar o sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciado do Supremo, relevando-se o alcance do texto constitucional.

Portanto, o conteúdo do princípio da integralidade está *sub examine* perante a Suprema Corte brasileira, uma importante questão constitucional que definirá uma nova roupagem da política de assistência farmacêutica do SUS. A decisão deverá levar em conta os compromissos internacionais sobre direitos humanos

¹⁶⁰ No exame do requisito constitucional de admissibilidade do Recurso Extraordinário em questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu o seguinte: “SAÚDE. ASSISTÊNCIA. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamento de alto custo”. Interessante anotar que todos os demais Estados da Federação ingressaram no processo na qualidade de *amicus curious*.

firmados pelo Brasil, sob pena de ficar caracterizado um grave retrocesso, especialmente se for levar em conta a importância da saúde na construção do Estado Democrático, Social e de Direito no Brasil. Avançar na definição do princípio da integralidade – no sentido de tornar obrigatório o dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo – configurará novos rumos da assistência farmacêutica do SUS. Porém, é importante levar em conta o princípio da hierarquia e descentralização, para obrigar cada esfera de gestão do SUS segundo os níveis de atenção à saúde, para não por em risco a sustentabilidade das demais políticas públicas sociais dos entes federativos.

4

Chamamento ao processo dos entes federados nas demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo

O Poder Judiciário brasileiro está passando por um momento impar na sua missão constitucional de prestar a tutela jurisdicional. Demandas judiciais de diversas temáticas envolvendo direitos fundamentais estão exigindo cada vez mais a preparação dos magistrados para enfrentá-las²¹⁴. O direito à saúde tem sido um dos temas principais, não há dúvidas disso.

E por uma razão muito simples, o acesso à justiça tem sido ampliado cada vez mais, de modo que a população vem buscando a tutela jurisdicional para obtenção de seus direitos, especialmente os de natureza prestacional, como é o caso do direito à saúde.

Ao longo dos últimos anos, uma onda de ações judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo está inundando o Poder Judiciário brasileiro e, a despeito da essencialidade do tratamento medicamentoso como condição de manutenção ou recuperação da saúde – e do próprio direito à vida em si –, não há, ainda, uma construção jurisprudencial e doutrinária sólida e suficiente para dar amparo aos magistrados na motivação das decisões judiciais, nesses casos. É um tema que está evoluindo gradativamente.

Mas, não podendo se eximir de aplicar a lei e as normas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais, como o direito à saúde, o Poder Judiciário apoia-se no comando geral do art. 196, da CRFB de 1988, como força motriz a impulsionar o Estado no dever de assegurar o acesso ao direito à saúde universal, integral e igualitário.

O consenso ainda está em construção, já tendo sido alcançado alguns avanços, a exemplo do reconhecimento de que a judicialização da saúde, de *per si*,

²¹⁴ A esse respeito, ressalta Eduardo Cambi que “A consagração de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas, uma *explosão de litigiosidade*, trazendo ao Judiciário ações individuais e coletivas voltadas à efetivação desses direitos constitucionais. O desempenho judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal.” In CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194-195.

não implica na interferência do Poder Judiciário na esfera discricionária do Poder Executivo, senão numa forma de assegurar o efetivo cumprimento de políticas públicas de saúde já existentes.

O problema maior da judicialização da saúde no Brasil está relacionado ao fornecimento de medicamentos de alto custo, sobretudo os que não se encontram padronizados nos programas de dispensação de medicamentos elaborados pelo Poder Executivo, nas suas três esferas.

Disso resulta num segundo problema, embora o SUS esteja apoiado nos princípios da hierarquização e da descentralização, de forma que cada um dos gestores execute ações e serviços de saúde em conformidade com os diversos níveis de atenção à saúde, o Poder Judiciário não leva em conta essa questão no momento de decidir o caso concreto, impondo a responsabilidade a qualquer dos entes da Federação, independentemente das políticas públicas de saúde elaboradas por cada gestor do SUS, segundo a hierarquia e descentralização desses serviços.

O fato é que o Supremo Tribunal Federal resolveu um problema, mas, em contrapartida, criou outro.

Definiu-se o entendimento de que a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela concretização do direito social à saúde.

Em razão desse entendimento, diversos entes da Federação, demandados isoladamente em ações judiciais de fornecimento de medicamento de alto custo, têm utilizado o instituto do chamamento ao processo, para integração dos demais entes solidariamente responsáveis pela assistência à saúde, com o objetivo de repartir os custos desses medicamentos.

Apensar disso, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 607.381²¹⁵, interposto pelo Estado de Santa Catarina, assentou o entendimento de que:

O chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória 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.

Essa também tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não admitir o chamamento ao processo, nesses casos, ao fundamento

²¹⁵ STF, RE 607381 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 Divulg. 16-06-2011, Publicado 17-06-2011, Ementa Vol-02546-01 PP-00209.

de que “se trata de instituto típico de obrigações solidárias de pagar quantia, não sendo possível sua interpretação extensiva para abranger obrigações de entregar coisa certa”.²¹⁶

Partindo-se dessas premissas, analisar-se-ão neste capítulo as discussões atuais no direito brasileiro a respeito utilização do chamamento ao processo dos Entes Federativos nas ações judiciais relacionadas ao direito à saúde, tendo como parâmetro os dados estatísticos do Estado do Espírito Santo sobre fornecimento de medicamentos, especialmente os de alto custo, bem como a pesquisa de jurisprudência e doutrina existente.

Antes, porém, é preciso construir uma base de suporte do tema de fundo, a partir dos ensinamentos doutrinários a respeito do acesso à justiça como forma de concretização do direito à saúde.

O objetivo maior desta dissertação concentra-se em demonstrar a utilidade do chamamento não só para o processo em si, em obediência ao devido processo legal, mas, sobretudo e primordialmente, para a construção uma nova função do princípio da solidariedade social.

4.1

O acesso à justiça com meio de efetivação do direito fundamental à saúde

Firmada a premissa de que a Constituição Federal de 1988 criou um vínculo obrigacional entre o Estado e o cidadão em relação ao direito fundamental à saúde, as prestações podem ser positivas ou negativas, conforme já analisado no capítulo anterior. A dimensão positiva do direito à saúde cria um dever jurídico que impõe ao Estado – na condição de devedor – executar ações e serviços de saúde em benefício do titular desse direito subjetivo, que pode ser tanto individual quanto coletivo.

Em razão da fundamentalidade do direito à saúde e da sua característica prestacional, assim afirmada sua plena eficácia pela Carta Fundamental de 1988, a saúde se torna um direito plenamente exigível pelo cidadão. Logo, não cumprindo

²¹⁶ STJ, AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 121.002 - PI (2011/0281924-0), 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.04.2012.

o Estado a prestação que lhe cabe, por força da Constituição, pode o cidadão buscar a tutela jurisdicional como meio de efetivação do direito à saúde.

É uma realidade no Brasil. A necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, seja por omissão, ineficiência ou precariedade do Poder Público em cumprir sua obrigação de prestar a assistência à saúde em favor da população.

Nesse ponto, ÉLIDA GRAZIANE PINTO²¹⁷ observa que:

Talvez seja o direito a saúde que aponte as maiores ocorrências de controle judicial sobre políticas públicas. Quanto a tal direito, há manifestações e julgados desde as primeiras instâncias até o STF. A “judicialização da saúde” (termo que tem designado o fenômeno do controle judicial no que diz respeito à prestação da saúde) tem despertado muita atenção dos tribunais. Interesse comprovado pela realização de audiência pública no STF que ajudou a esclarecer os limites e possibilidades da atuação judicial na busca da efetivação de tal direito, apesar de deixar claro que ainda é preciso discutir para que a atuação judicial realmente colabore para a efetividade do direito à saúde.

Nesse sentido, EDUARDO CAMBI²¹⁸ esclarece que “*O Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social*”. Segundo leciona esse autor:

O conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O exercício da jurisdição contemporânea depende de sensível pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. Não está o magistrado, para isso, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

A questão da judicialização da saúde está intimamente ligada ao direito fundamental à tutela jurisdicional, por meio da qual o cidadão pode exigir o

²¹⁷ COELHO, Tiago Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a auto-contenção judicial e a necessária consideração da macro-justiça*. In Élida Graziane Pinto; Gustavo Alexandre Magalhães (Organizadores). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora O Locutor, 2010, p.52.

²¹⁸ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196.

controle judicial²¹⁹ das políticas públicas de saúde, daí porque a necessidade de se fazer uma abordagem a respeito do acesso à justiça como forma de concretizar o direito à saúde.

Passa-se a examinar essa questão.

A evolução do conceito de acesso à justiça transformou-se durante cada modelo de Estado. No Estado Liberal, o direito ao acesso à justiça significava o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação²²⁰. No Estado contemporâneo, observou-se o exercício da jurisdição mais que uma mera aplicação do direito, senão também como a expressão do poder, direcionada à realização das finalidades do Estado²²¹. Na medida em que é reivindicada a proteção aos direitos humanos, o direito ao acesso efetivo à justiça ganhou força que impulsionou as reformas do Estado de Bem-estar Social, garantindo aos indivíduos o acesso à tutela judicial mais efetiva dos direitos sociais que foram sendo reconhecidos, a exemplo da saúde.

MAURO CAPELLETTI explica que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.²²²

O direito fundamental à tutela jurisdicional está consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, assegurando que toda lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser levada às portas do Poder Judiciário, possibilitando

²¹⁹ Segundo Eduardo Cambi, “sempre que os demais poderes comprometem a integralidade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a fundação de controlá-los”. Segundo o autor, em razão desse controle judicial das políticas públicas, “é alterada a função do Poder Judiciário, que não apenas se restringe a tarefa de subsunção do fato à letra da lei, ou seja, não basta dizer o que é certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz)”. Por outro lado, “há de se evitar o risco de transformar a desneutralização política do Judiciário no indesejável governo de juízes”. In CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

²²⁰ Mauro Capelletti ensina que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”. Leciona o autor que, a justiça só podia ser obtida por aqueles que tinham condições de arcar com seus custos, enquanto aqueles que não podiam eram responsáveis por sua própria sorte. In CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

²²¹ Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 22.

²²² Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

que todo e qualquer interesse jurídico violado seja examinado à luz da Constituição.

No Brasil, verificam-se algumas transformações fundamentais na estrutura do sistema judiciário que foram importantes na ampliação do acesso à justiça, a exemplo dos Juizados Especiais, da Defensoria Pública e do Ministério Público²²³. Apensar disso, ainda há desafios a serem superados, especialmente quando o cidadão não possui instrução suficiente a respeito da acessibilidade à justiça²²⁴. Em razão disso, um dos problemas que se constata nas demandas judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo é o fato de que os litigantes são pessoas mais qualificadas e instruídas, ao passo que, outra parcela, sem instrução na grande maioria, permanece excluída dos meios de acesso à justiça e, consequentemente, não alcançam as formas de tutelar seu direito à saúde.

Esse fato é bem observado por ANA LÚCIA DA SILVA²²⁵, para quem:

[...], o direito à saúde aponta que o SUS, apesar de configurar uma política consistente e com inegáveis avanços, não consegue ofertar a todos os cidadãos brasileiros cuidados integrais e universais de saúde. E a população, por meio da atuação de órgãos como o Ministério Público, vem criando novas condições para pleitear este direito por intermédio do Poder Judiciário.

Assim, entende-se que quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista neste tema, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem pagar os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.

Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas governamentais, para o

²²³ Sobre a importância do Ministério Público como ator importante no acesso à justiça, Hugo Nigro Mazzilli afirma que a instituição está destinada “constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público tanto tem a *iniciativa* de algumas ações, como a *intervenção* noutras tantas delas”. Segundo salientou o autor, “um dos mais expressivos canais pelos quais o Ministério Público contribui para o acesso à Justiça foi conferido pela Constituição de 1988, que lhe cometeu o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, podendo promover as medidas necessárias à sua garantia”. In MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7.

²²⁴ Nesse sentido, Mauro Capelletti expõe a terceira onda de acesso à justiça, afirmando que “O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses públicos é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça”. Segundo destaca o autor, “Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas públicas conscientes de seus direitos”. In CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67.

²²⁵ SILVA, Ana Lúcia da. *Judicialização do direito à saúde no Brasil*. Revista Saúde Coletiva, vol. 52, núm. 8, 2011, p. 166.

cumprimento de decisões judiciais, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Assim, é preciso construir uma conscientização da judicialização do direito à saúde nas camadas populacionais menos instruídas, possibilitando o acesso à justiça àqueles que não conhecem os caminhos a percorrer na busca por efetivação do direito à saúde, como forma de assegurar, verdadeiramente, o acesso universal, integral e igualitário às ações e serviços de saúde prestados pelo SUS.

Por outro lado, também é essencial que os operadores do direito que integram o sistema judiciário, compreendam melhor as políticas públicas de saúde, no sentido de que o acionamento da máquina judiciária esteja alinhado ao sistema de distribuição dos níveis de atenção à saúde nas três esferas do Poder Executivo, de modo que cada ente seja efetivamente obrigado a prestar a assistência à saúde dentro de suas limitações orçamentárias, e não apenas porque todos são solidariamente responsáveis. Esse deveria ser o alcance do princípio da hierarquização e descentralização do SUS.

Diante da garantia constitucional ao acesso à justiça, ocorrendo lesão ou iminente ameaça a um direito à saúde, seja pela omissão, ineficiência ou precariedade de políticas públicas de saúde, está o seu titular legitimado a acionar o Poder Judiciário para buscar, por meio de um “justo” processo²²⁶, a realização material do direito assegurado pela Constituição.

A respeito disso, calha também citar HUMBERTO THEODORO JUNIOR, para quem:

Ideias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais

²²⁶ A respeito disso, anote-se que “A aspecto jurídico-processual dos direitos fundamentais ou o *due process iusfundamental* assegura a existência de meios – organizações e procedimentos – capazes de produzir resultados de acordo com os direitos fundamentais”. Aliado a isso, “A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao “justo” processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante”. Vide CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

Vale destacar que o acesso à justiça não se traduz apenas no acesso à jurisdição; é preciso, além de tudo, garantir o acesso à ordem jurídica justa, pela criação de técnicas processuais que ampliem ao máximo a função do processo, ou seja, o acesso à justiça deve ser assegurado por mecanismos processuais aptos à efetiva realização do direito material. A respeito disso, confira em RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 29.

do que de um processo legal, colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. [...]

[...]

Aos poucos vai se caminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada para os conflitos jurídicos, e que, de fato, possa reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e harmonização dos litigantes, [...]²²⁷

Ainda na lúcida observação de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “o moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios. O autor alerta, no entanto, que:

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador.

[...]

Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.²²⁸

Esse “justo” processo se desenvolve por meio de técnicas idôneas de organização e de procedimentos que objetivam um resultado: formar uma decisão regularmente válida, apta a concretizar os valores existenciais do homem previstos na Constituição, dentre os quais se destaca o direito à saúde.

A respeito dessas técnicas idôneas, EDUARDO CAMBI ressalta que o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, não assegura apenas o direito de acesso à justiça, senão também o direito de acesso qualificado por *meios* e *resultados*, daí porque deve ser interpretado como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva.

Segundo anotou esse autor:

Compreende o conjunto de garantias de caráter social e institucional (políticas e jurisdicionais) voltadas à concretização do Estado Constitucional de Direito.

²²⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5.

²²⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 28-29.

Depende de instrumentos para que se realize o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, reduzindo a distancia entre normatividade e efetividade. [...] Propõe que, para os direitos serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular *técnicas idôneas* para garantir o máximo de efetividade dos direitos fundamentais.²²⁹

Abrigando essa mesma ideia, HUMBERTO THEODORO JUNIOR afirma que, ultimamente, “o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional”. Anota, ainda, o ilustre jurista que “a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses.”²³⁰

Essa é uma tendência constatada em nível mundial, valendo destacar que no direito processual francês, “o jurisdicionado aspira a uma justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina *justiça de proximidade*”. Os processualistas italianos também comungam dessa ideia. Luigi Paolo Comoglio (apud HUMBERTO THEODORO JUNIOR) esclarece que “Na ideia de processo justo insere-se, além do compromisso com a ordem jurídica substancial e com os valores e princípios constitucionais, um compromisso com valores éticos, como correção, equidade e justiça procedimental”.²³¹

No Direito francês, autores como GEORGE A. BERMANN e ETIENNE PICARD lembram que, a respeito das tendências internacionais do processo civil, o desenvolvimento de uma justiça internacional em torno da qual a comunidade internacional está se organizando. Exemplificando, citam esses autores que:

Este é o caso, em primeiro lugar, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que resultou da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assinada em 4 de novembro de 1950, uma convenção que a França só ratificou em 1974. O artigo 6(1), parágrafo 1, da Convenção dispõe que “todos têm direito a uma audiência justa e pública num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial”. Essa regra transcende a distinção entre as abordagens romano-germânica e de *common law* ao julgamento, que ela reagrupa em torno dos mesmos princípios, conferindo ao público em geral um direito a um julgamento justo, o qual todas as regras do processo, inclusive de processo civil, devem

²²⁹ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218-219.

²³⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4-6.

²³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 6.

cumprir. O direito processual francês, como os direitos processuais civis de outros países partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, é, portanto, avaliado em bases correntes em contrapartida às exigências de julgamento justo.²³²

De igual forma, no sistema jurídico inglês, os renomados autores GARY SLAPPER e DAVID KELLY lecionam que, “após a Lei de Processo Civil de 1997, as mudanças foram introduzidas pelas novas Regras de Processo Civil (sigla CPR) de 1988, que entraram em vigo em 26 de abril de 1999”. Observam esses autores que “as reformas têm por objetivo fazer com que a resolução do conflito seja o cerne do processo civil”, cuja prioridade “é permitir que a Justiça lide com os processos de forma justa.”²³³

O direito processual brasileiro não permaneceu estranho a essa tendência mundial. A doutrina nacional aponta a existência de princípios informativos que norteiam o processo civil brasileiro, a exemplo dos princípios jurídico e político, consubstanciado no dever de observância dos princípios constitucionais e da lei, garantindo-se a igualdade das partes e a justiça da decisão a ser proferida, aliado ao fato de que o processo deve ter o máximo de rendimento possível.²³⁴

Vale ressaltar, conforme leciona EDUARDO CAMBI, que o direito fundamental à tutela jurisdicional não é caracterizado por um direito ao processo apenas formal ou abstrato, senão também assumindo um conteúdo modal qualificado (direito ao processo justo), que é a face dinâmica do devido processo legal, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais.²³⁵

Portanto, constata-se que o processo civil contemporâneo, em nível mundial, assumiu a dimensão da efetividade e da justiça do processo, com o objetivo primordial de garantir aos litigantes o acesso qualificado à justiça, pela instituição de mecanismos e técnicas que resultem na observância para além de um devido processo legal, mas, sobretudo, de um devido processo justo.²³⁶

²³² Cf. BERMANN, George A. e PICARD, Etienne. *Introdução ao direito francês*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 382-383.

²³³ Cf. SLAPPER, Gary; e KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 308-310.

²³⁴ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

²³⁵ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

²³⁶ A respeito do princípio do devido processo legal, o professor Cármine Antônio Savino Filho ensina que “a Constituição assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias

Cuida-se, aqui, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5^a, XXXV, CF/88), pelo qual é assegurado não apenas o acesso à justiça como forma de solucionar toda situação de conflito de interesses, mas também garantir, conforme leciona LUIZ RODRIGUES WAMBIER, uma resposta jurisdicional útil, efetiva e tempestiva. Segundo observa o autor, “a norma do inciso XXXV do art. 5º da Constituição também impõe os princípios da efetividade e da duração razoável do processo”.²³⁷

O princípio do devido processo legal apregoa que o processo se desenvolve por meio de uma esquematização de procedimentos definidas em lei e que estejam em conformidade com os valores fundamentais delineados na Constituição, dando especial destaque àqueles enumerados no art. 1º e 3º.

Para encerrar essa questão, com sabedoria ensina o professor HUMBERTO THEODORO JUNIOR que:

A garantia tutela é sempre realizada por meio de procedimento concebido e aplicado para bem e adequadamente cumprir sua função. É nessa *função* de realizar efetivamente os direitos materiais que se alcança, por meio do devido processo legal, o que ora se denomina de “justiça”, ora de “acesso à justiça”, ora de “acesso ao direito”. Dai porque *devido processo legal* é sempre algo que traz ínsito o objetivo substancial do “processo justo”.

[...]

No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo, à luz das garantias e dos princípios constitucionais.²³⁸

Nessa linha, resta claro que o direito ao acesso à tutela jurisdicional é um direito igualmente fundamental e, voltando os olhos para o problema aqui analisado, ao titular de um direito à saúde que for violado ou na iminência de ser violado cabe também o direito ao procedimento necessário para buscar a tutela jurisdicional com vistas à proteção e efetivação do primeiro, seja em razão da omissão ou inexecução do dever do Estado de cumprir a prestação positiva de assistência à saúde. Ou seja, não se resume apenas numa relação jurídica

individuais. Para a justa composição da lide, a fim de ser possível a prestação jurisdicional, é necessária a adequação às normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, na busca da verdade real”. In SAVINO FILHO, Cármine Antônio. *Direito processual resumido*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 42.

²³⁷ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

²³⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 28.

processual, mas num direito a um provimento judicial idôneo, célere e efetivo à resolução do direito material.²³⁹

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional possui uma dimensão objetiva que permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à concretização dos direitos fundamentais.

Neste ponto, vale enaltecer a importância da antecipação da tutela jurisdicional e medidas cautelares, como técnicas de efetivação célere do direito fundamental à saúde, pois, estando a vida do indivíduo sob a ameaça de lesão, exige-se que o Judiciário a ponha a salvo imediatamente.

E, a respeito da importância das medidas cautelares – e também da tutela antecipada –, LUIZ GUSTAVO DE CARVALHO lembrou que é “justamente para proteger os tesouros humanos da passagem do tempo e para preservar o sentimento de justiça da sociedade e das pessoas é que existem as medidas cautelares”²⁴⁰. Ora, não há tesouro mais precioso que o gozo de uma vida plena e saudável, isto é viver com dignidade. Ainda segundo o autor:

Esse é o maior drama da Justiça: ter que ser justa, convencer os outros de que está sendo justa, mas fazê-lo de modo rápido, pois o bem *justiça* é essencial, é um tesouro, e temos de colocar esse tesouro dentro do tempo, pois nada adianta os tesouros que não podem ser usufruídos.²⁴¹

Essa ideia também é abrigada por J.E. CARREIRA ALVIM, lembrando as lições de Carnelutti, de que o “tempo continua sendo o inimigo número um do processo, mas o processo não pode prescindir dele, ainda que reduzido, pelo que um processo demorado não proporciona à parte senão uma justiça pela metade”.²⁴²

É bem notável a lição de CARREIRA ALVIM nesse sentido:

²³⁹ Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

²⁴⁰ Anote-se também a lição de Fredie Didier Jr., segundo o qual “A entrega da tutela-padrão (definitiva satisfativa) dificilmente se dá com a rapidez esperada. Entre o momento em que é solicitada e aquele que é obtida, transcorre considerável lapso de tempo”. Assim, o autor salienta que “para que não fique comprometida a efetividade da tutela definitiva satisfativa (padrão), percebeu-se a necessidade de criação de mecanismos de preservação dos direitos contra os males do tempo”. In DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7ª ed. – Salvador: JusPodvim, 2012, p. 467.

²⁴¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Constituição, medidas cautelares e ordem pública*. In Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (Coord.). *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 222.

²⁴² Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada*. 5ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006, p. 20-21.

A imposição social de uma justiça rápida e eficaz, impulsionada por uma tendência universal, faz com que o eixo do processo se desloque do binômio segurança-certeza para o da rapidez-probabilidade, fugindo da observação carnaluttiana, de que conjugar segurança e rapidez é tão impossível como administrar a quadratura do círculo; isto porque o que é rápido não é seguro e o que é seguro não é rápido. Este tem sido o grande desafio das reformas em todo o mundo, no fornecimento da prestação jurisdicional: conciliar a exigência de presteza (rapidez) aos jurisdicionado, com a segurança que deve ter um provimento judicial.²⁴³

Ora, nesse aspecto particular, é evidente que as ações judiciais que tenham por objeto o fornecimento de medicamento de alto custo estão marcadas pela necessidade de o Poder Judiciário dar uma resposta rápida ao pleito do jurisdicional, de forma que, estando a vida do jurisdicionado em jogo, a cognição plena deve ceder lugar a um juízo de probabilidade, para pôr o direito à vida deste a salvo de lesão, entendida aqui como o agravamento da doença que de que padece ou até mesmo o fim da vida.

Está é uma realidade que exige maior atenção do Poder Judiciário, consistente no fato de que o paciente que necessita urgentemente do tratamento medicamento, seu tempo de sobrevida depende fundamentalmente da ação do medicamento sobre seu organismo, ou seja, quanto maior a demora em receber o medicamento, menor será sua sobrevida.

Por esta razão, a jurisdição deve ser prestada e estar pautada, nesses casos, num juízo de probabilidade, tendo em vista que o tratamento medicamentoso de que necessita o jurisdicionado está incluso no processo de atenção à saúde, lembrando que a Constituição de 1988 gravou esse direito fundamental com marca da eficácia plena e imediata. Isto quer dizer que, analisando, de um lado, a fundamentalidade do direito à saúde – compreendido neste o acesso ao tratamento medicamentoso – e, do outro, a alegação dos limites financeiros do Estado – denominado de reserva do possível – a jurisdição deve dar uma resposta imediata.

Portanto, pode-se afirmar que o juízo de segurança alcançada pela cognição plena é substituído, quando presente o direito à saúde do cidadão, pelo juízo de probabilidade, cujo fundamento se encontra na própria Constituição Federal de 1988.

CARREIRA ALVIM é bem esclarecedor quando leciona a respeito da necessidade desse mecanismos processuais que agilizam o acesso à justiça:

²⁴³ Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada*. 5ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006, p. 22.

A simplificação dos ritos processuais ou a criação de novos instrumentos de acesso à justiça, enquanto alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional, só terão seu êxito assegurado se houver propósito dos juízes em aplicá-las efetivamente, pois, do contrário, todo o esforço de agilização restará inútil.

Sem dúvidas, as maiores conquistas ocorreram no âmbito da antecipação da tutela, a partir da qual o processo deixou de servir à parte que não tem razão, pondo-se ao lado da que *provavelmente* tem o direito.²⁴⁴

O juízo de probabilidade é a marca expressiva da antecipação da tutela, conforme pontifica FREDIE DIDIER JR., pois ela é “fundada em uma cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade”.²⁴⁵

Isso não significa dizer que a antecipação da tutela deve ser concedida a todo e qualquer custo. Pelo contrário, há necessidade de preencher certos requisitos legais, que certamente almejam fornecer ao magistrado uma prova segura que lhe permita uma cognição mais profunda a respeito do direito reclamado.²⁴⁶

Assim, coaduna-se com a crítica positiva de CARREIRA ALVIM, no sentido de que o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, previsto no art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro, é uma das melhores marcas do cientificismo processual, pois, além de constituir uma técnica de acesso à justiça – aqui vale destacar que FREDIE DIDIER JR. afirma ser esta a finalidade maior desse instituto, que é conferir efetividade à função jurisdicional –, também possibilita uma rápida efetivação do direito material reclamado, neste caso, o fornecimento de medicamento de alto custo como condição indispensável no processo de cuidado com a saúde.

Sob outro ângulo, de amplitude *extraprocessual*, a idoneidade das técnicas também deve cumprir uma função social que se traduz na pacificação dos conflitos da sociedade, revelando-se um instrumento não apenas de proteção de

²⁴⁴ Cf. CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada*. 5ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006, p. 22.

²⁴⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7ª ed. - Salvador: JusPodvim, 2012, p. 466.

²⁴⁶ Opta-se por não estender a abordagem a respeito dos requisitos da antecipação da tutela, assunto que recomenda-se a leitura de obras mais renomadas, até para não pecar, tais como CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela antecipada*. 5ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7ª ed. - Salvador: JusPodvim, 2012 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

um direito individual reclamado, mas, especialmente, de realização dos valores existenciais da coletividade, esta é a razão maior desta dissertação.

Corroborando o objetivo perseguindo ao tratar desse tema, MAURO CAPELLETTI²⁴⁷ ensina que o acesso à justiça:

[...] não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Neste aspecto, é importante reconhecer que o sistema processual é desenvolvido para cumprir, também, os escopos do Estado, isto é, o processo deve cumprir uma função social, política e jurídica, satisfazendo as exigências não só dos interesses individuais da lide, mas também aqueles interesses socialmente legítimos, dentre os quais se situam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que constam do art. 3º da Constituição Federal de 1988.

4.2

Impacto econômico e social da judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo

A judicialização da saúde é tema de extrema importância acadêmica, econômica, política e social, com o objetivo de construir parâmetros que orientem a atuação judicial na efetivação do direito à saúde em tempos de racionalização dos recursos públicos.

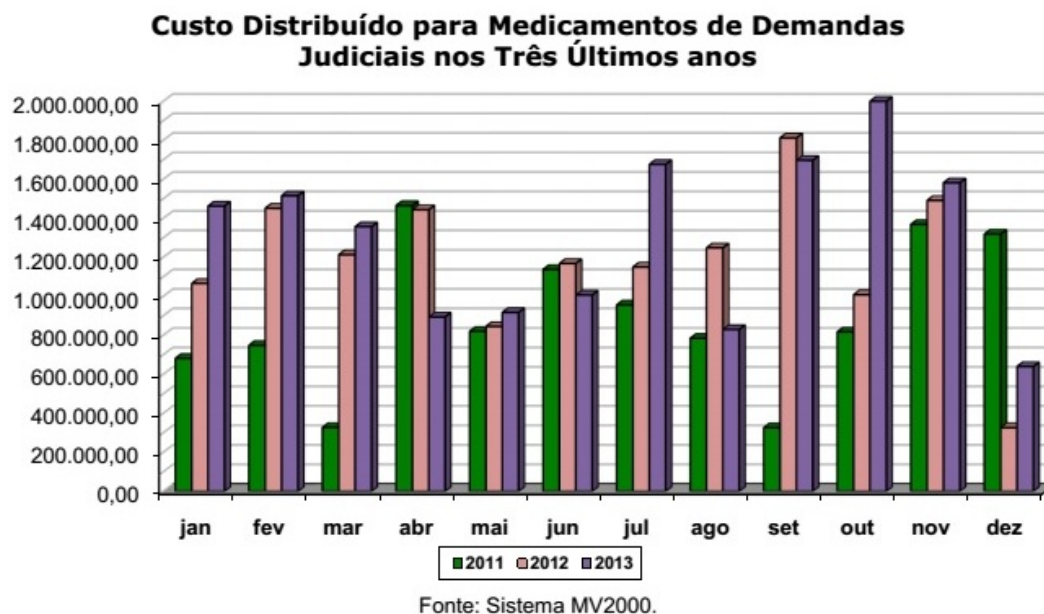
Há tempo que o sinal amarelo da saúde pública no Brasil já acendeu, razão pela qual é necessário compreender e fortalecer o papel do poder judiciário no controle judicial de políticas públicas de saúde, não apenas para garantir ao cidadão o direito à vida e à saúde, mas contribuir para a racionalização dos recursos públicos destinados ao setor da saúde, pois se encontra em jogo “direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros”.

O debate acerca da judicialização do direito à saúde no Brasil é assunto atual, não só pela crescente demanda judicial por concessão de medicamentos e

²⁴⁷ Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

tratamentos médicos, mas também pelo fato de que se faz necessário estabelecer um diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário.

A esse respeito, a Secretaria Estadual de Saúde do Espírito Santo divulga, anualmente, um Relatório de Indicadores de Demanda Judicial (figura nº 1), onde aponta o crescimento das ações que pleiteiam o fornecimento de medicamentos em face desse Estado.²⁴⁸

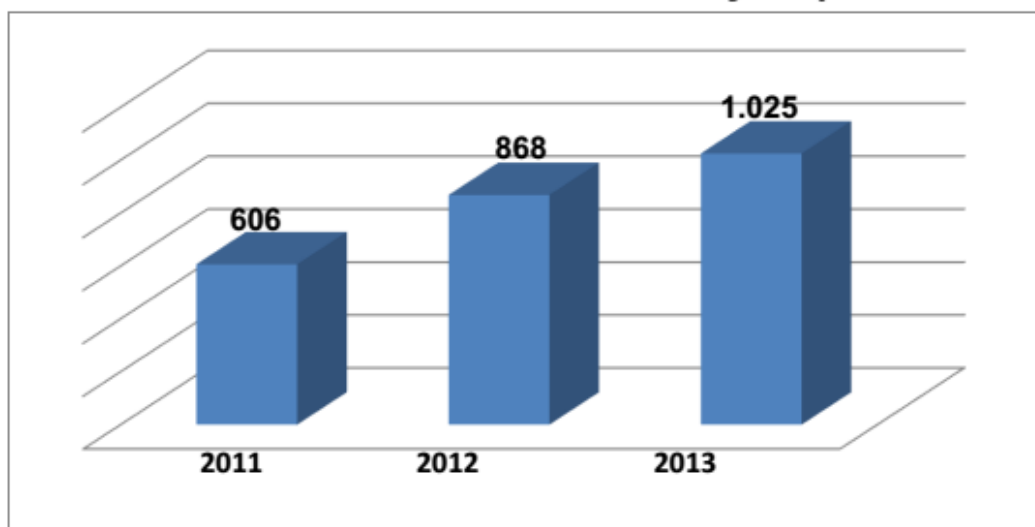


Observa-se da Figura 1 que o custo com o fornecimento de medicamento pelo Estado do Espírito Santo, pela via da judicialização, está crescendo anualmente, totalizando um gasto, apenas no mês de outubro de 2013, na ordem de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

O relatório divulgado também demonstra o aumento anual das demandas judiciais de fornecimento de medicamentos em face do Estado do Espírito Santo, conforme se observa da figura abaixo (figura n. 2). Na Figura abaixo é possível verificar que o número de ações quase duplicou de 2011 para 2013.

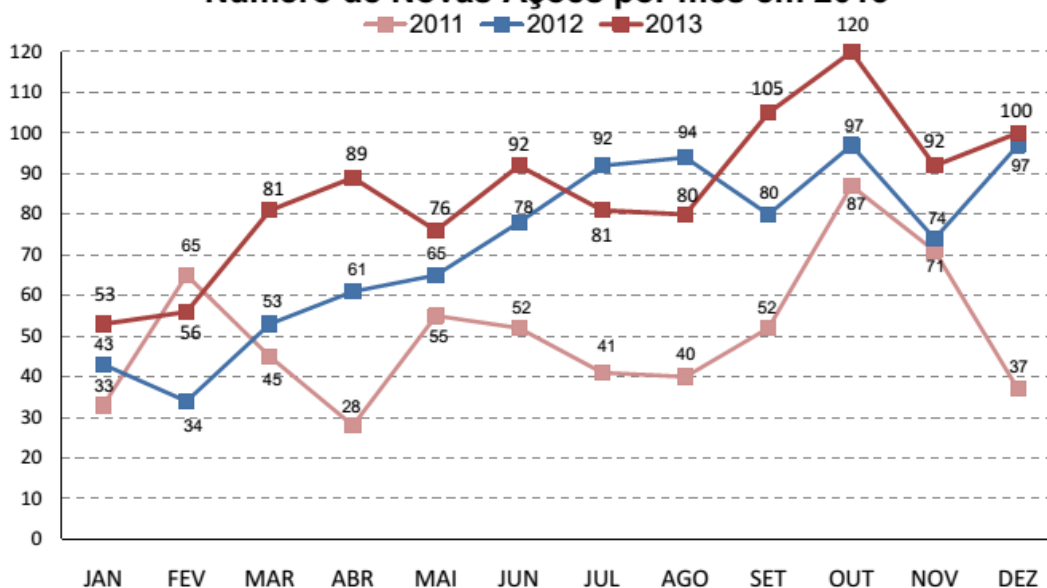
²⁴⁸ Relatório de Indicadores de Demanda Judicial divulgado em 2013, pela Secretaria Estadual de Saúde do Espírito Santo, disponível em <<http://www.farmaciacidada.es.gov.br>>. Acesso em 23.01.2014.

Histórico do Número de Novas Ações por Ano



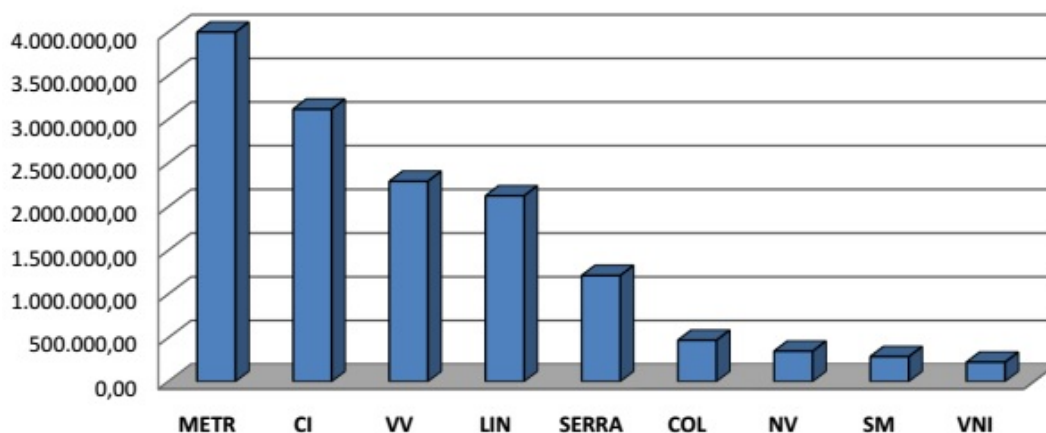
Na análise da próxima figura (figura n. 3), constata-se que, somente no mês de outubro de 2013, foram ajuizadas 120 ações judiciais de fornecimento de medicamentos, o que explica o gasto pelo Estado Espírito Santo, na ordem de R\$ 2.000,000,00 (dois milhões de reais) só naquele mês e ano.

Número de Novas Ações por mês em 2013



De forma mais detalhada, a Secretaria de Saúde do Espírito Santo divulgou o custo desembolsado por cada Farmácia Cidadã Estadual, que é por meio das quais cumpre a Política Estadual de Assistência Farmacêutica, regulada pelo Decreto Estadual n. 1.956-R, de 31/10/2007. Confira-se a figura abaixo (Figura n. 4).

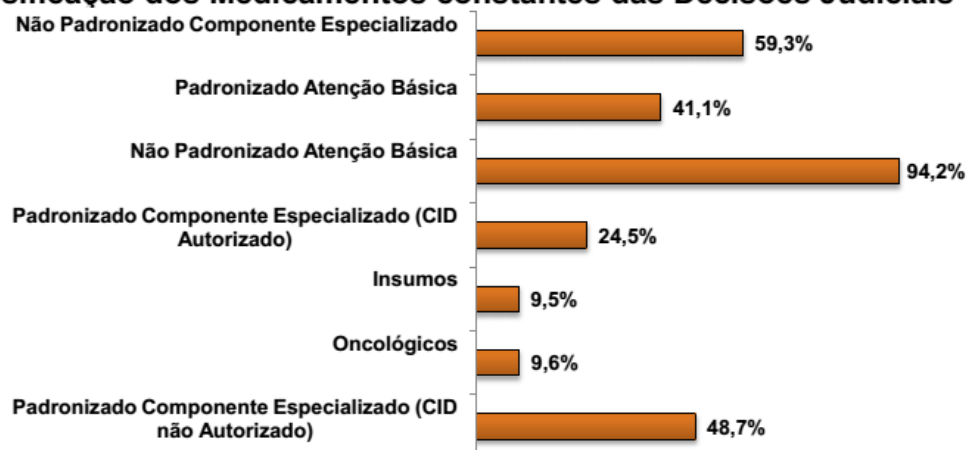
Valor Gasto com a Distribuição de Medicamentos de Demandas Judiciais nas Farmácias Cidadãs Estaduais



Na Figura n. 4, o quadro informa que, somente nas demandas judiciais ajuizadas na Capital Vitória, o Estado do Espírito Santo desembolsou cerca de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) para fornecimento de medicamentos.

De todo o montante gasto pelo Estado do Espírito Santo, aproximadamente R\$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais) como resulta da soma dos valores constantes da figura n. 1, a figura abaixo (figura n. 5) mostra um crescimento, no ano de 2013, na demanda por medicamentos de alto custo, inclusive aqueles não padronizados. São esses medicamentos que elevaram os gastos do Estado do Espírito Santo, conforme demonstrado na primeira figura.

Classificação dos Medicamentos constantes das Decisões Judiciais



Por fim, na Figura n. 5, em relação ao ano de 2013, pode ser observado um aumento de 59,3% nas demandas por medicamentos não padronizados que compõem o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – isto é, medicamentos que não estão na listagem elaborada pelo gestor nacional do SUS; 24,5% de crescimento da demanda por medicamentos padronizados do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e, 48,7% de aumento na demanda por medicamentos indicados para doenças ainda não incluídas no rol dos PCDT. Todos esses medicamentos são denominados de medicamentos de alto custo.

Torna-se evidente que a judicialização do direito à saúde causa impactos econômicos e sociais, a exemplo dos dados estatísticos que envolvem o Estado do Espírito Santo, a respeito das ações judiciais de concessão de medicamentos, representou uma retirada de mais de 15 (quinze) milhões de reais do orçamento do setor de saúde no ano de 2013.

ALISON JOSÉ DUARTE ALMADA faz importante crítica a respeito dos impactos econômicos da judicialização de fornecimentos de medicamentos:

A primeira forma de controle se apresenta na tutela individual e não considera os impactos que decisão judicial traz para as políticas públicas que objetivam garantir o direito à saúde. Em regra, a atuação judicial nesse ponto se dá retirando posições subjetivas diretamente da Constituição. Usa-se como fundamento principal o disposto no art. 196 da CF que prevê ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”. Assim, qualquer prestação que envolva o direito à saúde teria de ser garantida aos cidadãos. É a partir, basicamente, de tal argumento que o Judiciário tem concedido medicamentos. Nesse Sentido, torna-se possível conceder um medicamento na tutela individual sem que se faça qualquer consideração quanto à repercussão de tal decisão para a prestação coletiva do direito em questão. O julgador, desse modo, entende serem desnecessárias considerações acerca da macro-justiça. Parte-se, nesse caso, do pressuposto de que as limitações financeiras não existem ou não prestam a restringir a eficácia do direito individual, pois sobreleva a iminência do risco de morte.²⁴⁹

Desse modo, é perceptível, em tal forma de controle, o caráter objetivo e individualista da decisão, restringindo os efeitos às partes, não afetando de forma coletiva e subjetiva o sistema de saúde pública.

²⁴⁹ COELHO, Tiago Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a auto-contenção judicial e a necessária consideração da macro-justiça*. In Élica Graziane Pinto; Gustavo Alexandre Magalhães (Organizadores). *Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora O Locutor, 2010, p.52-53

Portanto, percebe-se que a judicialização do direito à saúde representa um novo momento do pensamento constitucional em torno da efetividade dos direitos fundamentais, e diante da interpretação jurisprudencial firmada atualmente sobre o tema, há muito tempo já apresentou sinais de que a cura é também um veneno.

Almeja-se, na abordagem seguinte, estabelecer uma forma de reduzir o impacto econômico e social da judicialização da saúde no Brasil.

4.3

Cabimento do chamamento ao processo dos entes federados para fornecimento de medicamentos de alto custo.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que os entes federativos respondem isoladamente pela efetivação do direito à saúde parece não contribuir para a solução do problema. Ao contrário, a situação retrógrada dos investimentos públicos em programas universais de saúde se agrava cada vez mais pelo crescente fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, comprometendo o orçamento do Ente Federado destinado a assegurar um mínimo existencial a todos os cidadãos e, de outra banda, o fornecimento de medicamentos de alto custo, especialmente aqueles não padronizados nas tabelas elaboradas pelos gestores do SUS, a um determinado cidadão, parece não se enquadrar, à luz da Constituição, como política pública de saúde – por não estarem presentes os princípios da universalidade e da igualdade, e preocupa ainda mais pela escassez de recursos públicos.

A solução desse problema constitucional requer o amadurecimento das discussões a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Essa foi a razão da realização da Audiência Pública – Saúde pelo Supremo Tribunal Federal.

Frente a essa emblemática questão constitucional, os entes federados, acionados isoladamente, nas ações judiciais vêm utilizando a intervenção de terceiros, por meio do chamamento ao processo, buscando a possibilidade de integração dos demais entes da federação à lide para distribuir os custos com o direito à saúde em ações individuais, especialmente em se tratando de

fornecimento de medicamentos de alto custo, em razão do reconhecimento da solidariedade pela Suprema Corte.

Diante disso, analisa-se adiante o cabimento do chamamento ao processo dos entes federativos não demandados em ações judiciais para o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Antes, porém, é preciso construir uma base teórica a partir do ensinamento da doutrina processualista a respeito da intervenção de terceiros.

A doutrina leciona que o terceiro é conceituado segundo um critério cronológico de sua entrada no processo: em um primeiro momento, na formação do processo, as partes são chamadas de autor e réu e, num segundo momento, após a formação do processo, as pessoas que migram para dentro da relação jurídica processual, são chamadas de terceiros, estes na qualidade de nomeado à autoria, litisdenunciado, assistente simples ou litisconsorcial, oponente e chamado ao processo.²⁵⁰

Observa-se que a definição de terceiro oriunda do conceito de parte processual, quer dizer, daquelas pessoas que formam originariamente a relação jurídica processual, de modo que, as pessoas que não são partes dessa relação e que ingressam posteriormente no processo, são denominadas de terceiros.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER esclarece que pela “intervenção de terceiros, alguém que não tomava parte no processo desde o início, dele passa a participar, por opção dele mesmo ou de uma das partes”. Isso porque, a regra é que o processo se desenvolve inicialmente tendo como sujeitos o juiz e as partes, que formam originariamente a relação processual triangularizada, ou seja, as partes são, no princípio, o autor que propõe a ação e, o réu, contra quem a ação é proposta.²⁵¹

FREDIE DIDIER JR. pontifica o seguinte:

A intervenção de terceiro no processo pendente justifica-se, em regra, por manter ele um vínculo com a relação jurídica discutida que: a) ou lhe diz respeito diretamente: discute-se relação jurídica de que faz parte o terceiro; b) ou está ligada

²⁵⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

²⁵¹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, v. 1: *teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 316-317. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior leciona que “ocorre o fenômeno processual chamado *intervenção de terceiro* quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes”. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 124.

a outra relação jurídica, que daquela é conexa/dependente; c) ou que, embora não lhe diga respeito, possa ser por ele discutida, em razão de também possuir legitimação extraordinária para tanto (é o que ocorre nos casos de intervenção de colegitimado).

[...]

A intervenção de terceiro é fato jurídico processual que implica na modificação da relação jurídica processual já existente. Trata-se de ato jurídico pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.²⁵²

MISAEEL MONTENEGRO FILHO resume bem a posição do terceiro:

Na intervenção de terceiros, pessoa que não foi incluída na ação no momento da formação do processo para ele ingressa, de forma voluntária ou forçada, com o intuito de coadjuvar a uma das partes ou para se contrapor às pretensões do autor e do réu.

[...]

O gênero intervenção de terceiros apresenta, portanto, duas espécies, como tais, a intervenção voluntária e a intervenção forçada. Na voluntária (assistência e oposição), o ingresso do terceiro no processo ocorre por iniciativa sua, enquanto na forçada tal circunstância se origina da convocação manifestada por uma das partes da relação jurídico-processual (denúnciação da lide, nomeação à autoria e chamamento ao processo).²⁵³

É possível notar que o conceito de terceiro decorre da exclusão do conceito de parte, ou seja, aquelas pessoas que formaram originariamente a relação jurídica processual, de modo que, são terceiros todos aqueles que não figuraram como partes no momento da formação inicial do processo. Assim, a lei admite a possibilidade de ampliação subjetiva da relação processual, cujo critério de admissão do terceiro no processo é o interesse jurídico.

A respeito disso, vale destacar a doutrina de SERGIO BERMUDEZ citada em obra especializada de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

Como observa Sergio Bermudes, “os conflitos sociais não se exaurem na divergência entre os titulares da pretensão e da resistência, que se confrontam. Acabam, de algum modo, enredando terceiras pessoas que, não sendo os contendores, são atingidas pela lide. Por isso mesmo, a prestação jurisdicional, muitas vezes, extravasa do universo dos vínculos exclusivos entre o autor e o réu e apanha outras pessoas. O direito admite, em consequência, que essas pessoas ingressem, voluntariamente, na relação processual, ou sejam provocadas a ingressá-la, ou porque sofrerão, inevitavelmente, as consequências do que nela se

²⁵² Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 15ª ed. – Salvador: JusPodvim, 2013, p. 382.

²⁵³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 104.

decidir, ou porque a prevenção, ou a solução da lide só terá plena utilidade e eficácia, se se estender a elas a prestação jurisdicional”.²⁵⁴

A caracterização do interesse jurídico nas demandas judiciais de fornecimento de medicamento de alto custo, hábil a admitir a intervenção de terceiro nessas lides, mostra-se evidente ante o fato de haver presente a responsabilidade solidária entre os entes federados pela execução da política de assistência farmacêutica. Ou seja, pode ser que a relação jurídica material discutida no processo diga respeito um determinado ente federado que não tenha sido incluído no polo passivo no momento da formação do processo, legitimando-o a intervir neste como terceiro e estender a este a prestação jurisdicional.

O Código de Processo Civil brasileiro admite as seguintes modalidades de intervenção de terceiros: oposição (arts. 56 a 61), nomeação à autoria (arts. 62 a 69), denunciação da lide (arts. 70 a 76) e chamamento ao processo (arts. 77 a 80).

Examina-se adiante apenas o chamamento ao processo, por ser o objeto da presente dissertação.

Pois bem, o chamamento ao processo está previsto no art. 77 do Código de Processo Civil brasileiro, que reza ser “*admissível o chamamento ao processo*” em três hipóteses. Transcreve-se a redação dos incisos desse dispositivo legal:

- I – do devedor, na ação em que o fiador for réu;
- II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;
- III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de algum deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

A figura processual do chamamento ao processo, que pela conceituação de MISAEL MONTENEGRO FILHO é a modalidade de intervenção forçada, que acarreta a inclusão de terceiro no processo que não foi previsto como réu pelo autor na fase postulatória. Segundo o autor, o chamamento ao processo tem por realidade às obrigações solidárias, situação que se identifica com a obrigação dos Entes Federados em promover as políticas públicas de saúde. Com isso, o réu primitivo chama o terceiro ao processo, que depois de observadas as garantias do devido processo legal, e proferida sentença favorável, esta serve como título para

²⁵⁴ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

o réu primitivo exigir de cada um dos codevedores a sua cota, na proporção que lhes cabe.²⁵⁵

O jurista NELSON NERY JUNIOR conceitua o chamamento ao processo como:

A ação condenatória exercida pelo devedor solidário que, acionado sozinho para responder pela totalidade da dívida, pretende acertar, na ação secundária de chamamento, a responsabilidade do devedor principal ou dos demais devedores consolidários, estes na proporção de suas cotas.²⁵⁶

O chamamento ao processo é uma modalidade de intervenção de terceiro que beneficia o réu demandado isoladamente, cabível no processo de conhecimento, cujo fundamento é a existência de um vínculo de solidariedade entre o chamante e o chamado.

Conceituando essa modalidade de intervenção de terceiro, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, em linguagem mais simples, aduz que “aquele que lança mão do instituto do chamamento ao processo chama aqueles que devem tanto quanto ele, ou mais do que ele, para responderem conjuntamente a ação, ampliando-se, assim, o polo passivo da relação processual”.²⁵⁷

HUMBETO TEODORO JÚNIOR pontifica que:

a finalidade do instituto é, portanto, favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar dele aquilo que pagar”.²⁵⁸

Descrevendo também a finalidade do instituto, FREDIE DIDIER JR. afirma que:

Sua finalidade primeira é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, chamar o responsável principal, ou os co-responsáveis ou coobrigados, para que assumam a posição de litisconsorte, ficando submetidos à coisa julgada.

²⁵⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

²⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257.

²⁵⁷ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

²⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 147.

Assim, conforme leciona ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, é admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários, “quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum” (art. 77, III), o que necessariamente pressupõe um mesmo pedido, com a mesma causa de pedir.²⁵⁹ Tem-se com isso, a criação de um título executivo em favor daquele réu que pagou integralmente a dívida, servindo-lhe de base para cobrar dos outros devedores solidários chamados ao processo a sua respectiva cota parte na dívida.

Por outro lado, a doutrina reconhece alguns malefícios do instituto. A primeira crítica dá-se pelo fato de que a lei criou o instituto da solidariedade passiva em benefício do credor, de modo que este tem a escolher qual devedor ira demandar a cobrança da obrigação. A respeito disso FREDIE DIDIER JR. afirma que o instituto revela uma desarmonia entre o direito material e o direito processual, pois, havendo solidariedade passiva, pode o credor exigir a dívida de qualquer de um dos co-devedores.²⁶⁰

Também nesse sentido, NELSON NERY JUNIOR traz em destaque a crítica da doutrina sobre o instituto:

O chamamento ao processo, do ponto de vista do credor, é desvantajoso, porque estende o processo a devedores com quem ele não quis demandar, além de retardar o andamento da causa com as discussões entre os co-devedores, e que são sem interesse para o credor. Por esses motivos, o instituto enfraquece o direito de crédito, ao complicar e retardar os meios para sua exigência em juízo.²⁶¹

Por outro lado, o autor defende a utilidade do chamamento ao processo, se a ele for dado a solução adequada, isto é, esta modalidade de intervenção de terceiros é instituto informada diretamente pelo direito material, motivo pelo qual é no direito material que temos de buscar a solução para os problemas que apresentam. Para NELSON NERY JUNIOR:

²⁵⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175.

²⁶⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 15ª ed. – Salvador: JusPodvim, 2013, p. 429.

A respeito da solidariedade, Nelson Nery Junior afirma ser instituto de direito material que favorece ao credor, que pode cobrar de um ou alguns dos co-devedores solidários a totalidade da dívida, sem que isso importe em renúncia à solidariedade. In NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257.

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257.

Nem teria sentido dizer-se, de um lado, que o processo é instrumento de realização do direito material e, contrariamente a essa afirmação, defender-se que o processo possa empecer e até mesmo aniquilar o direito material, vale dizer o instituto da solidariedade.

Para contornar a crítica [...], basta reconhecer o verdadeiro lugar do chamamento ao processo, *compatibilizando-o* com o instituto material da solidariedade: o autor move a ação contra apenas um dos co-devedores solidários que, por sua vez, move ação de regresso contra os demais co-devedores solidários, de modo que a sentença, caso acolha a demanda principal, julgará procedente o pedido condenando o devedor escolhido pelo autor (único réu) e condenará os chamados (réus na ação secundária de chamamento ao processo) perante o réu-chamante, acertando a responsabilidade de cada um na relação de solidariedade que existe entre eles.²⁶²

Assim, o chamamento ao processo é cabível na hipótese de haver solidariedade passiva, conforme prevê o art. 77, III, do Código de Processo Civil, cuja característica consiste na possibilidade de o credor exigir a obrigação integral de apenas um dos devedores solidários.²⁶³ Nesse sentido, ao ser reconhecida a obrigação de fornecimento de medicamento de alto custo por qualquer dos entes da Federação, configura-se nítida relação de solidariedade passiva, cujo instituto de direito material não pode ter sua aplicação excluída na hipótese de cabimento do chamamento ao processo.

A possibilidade de chamamento ao processo dos entes federados não integrados à lide, na fase postulatória, tem sido defendida pelos entes acionados isoladamente para fornecimento de medicamento de alto custo, em razão da hipótese contida no inciso III, do art. 77, do Código de Processo Civil, ao argumento de abranger as obrigações solidárias.

Todavia, não há como esquecer o fato de que o chamamento ao processo de entes federados, sobretudo para inclusão da União, em demandas judiciais que versem sobre o fornecimento de medicamento de alto custo, resulta no deslocamento da competência para a Justiça Federal, por estar presente interesse da União, situação de abre margem de comprometimento do *princípio constitucional da duração razoável do processo*. Esta é um outro ponto criticado pela doutrina e jurisprudência. É um caminho a ser mais discutido, o que não pode ocorrer é o jurista cruzar os braços.

²⁶² NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 257.

²⁶³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil, v. 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 206.

Essa tem sido a crítica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que instituto “*revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito*”.²⁶⁴

No Recurso Extraordinário nº 607.381-SC, discutiu-se a possibilidade de chamamento da União para figurar no polo passivo pelo Estado de Santa Catarina, para o fornecimento de medicamentos a um determinado indivíduo, tese que não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se na íntegra o voto do Relator Ministro Luiz Fux:

A controvérsia dos autos trata a legitimidade de a União figurar no polo passivo de ação para fornecimento de medicamentos originalmente proposta pelo Estado de Santa Catarina.

O acórdão recorrido, não obstante tenha reconhecido a solidariedade da União, Estados e Municípios na obrigação de fornecer medicamentos, entendeu ser possível exigir a prestação integral de qualquer um dos entes federativos, cabendo a escolha à parte autora, e, desta feita, afastou a competência da Justiça Federal para julgamento da lide e determinou a remessa dos autos a Justiça Estadual.

Quanto a possibilidade da formação de litisconsórcio entre a União, Estados e Municípios em ação para fornecimento de medicamentos, a pretensão do Estado de Santa Catarina não merece guarida.

A *ultima ratio* do art. 196 da Constituição Federal é garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso de quem necessite da tutela estatal à prestação dos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para a prevenção de doenças, principalmente quando se verificar ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento.

Da mesma forma, os arts. 23, II, e 198, §2º da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área de saúde, além da garantia de orçamento para a efetivação dos mesmos.

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, e quem procura a tutela estatal para receber medicamentos está, via de regra, padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito do requerente.

Por isso, face a gravidade que representa para quem precisa do amparo do Poder Público para o fornecimento de remédios, a questão deve ser sopesada com espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.

É com fundamento nessa concepção que se extrai o entendimento no sentido de que, *in casu*, o Estado de Santa Catarina, ao insistir no chamamento ao processo da União para figurar como litisconsorte passiva no processo, faz uso de obstáculo inconstitucional por meio de entraves processuais para postergar a resolução do feito.

Nem se diga que é a lei que autoriza o Estado de Santa Catarina a tomar tal medida, isso porque o chamamento ao processo não pode ser utilizado com entrave

²⁶⁴ STF, RE 607381 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 Divulg. 16-06-2011, Publicado 17-06-2011, Ementa Vol-02546-01 PP-00209.

à efetiva prestação do dever do Estado em fornecer os medicamentos que lhe são solicitados.

Ademais, o objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja o perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais codevedores pagamento das suas respectivas cotas de dívida. Contudo, *in casu*, não há se falar em direito de regresso, pois, mesmo que a União integre o feito em comunhão com o Estado, caso saiam perdedores da demanda, o Estado de Santa Catarina arcará sozinho com ônus do medicamento requerido, pois essa foi a escolha da autora da ação.²⁶⁵

Note-se que, embora tenha sido reconhecido o vínculo de solidariedade entre os entes federados para a concretização do direito à saúde, por outro lado, entendeu-se que o chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo da ação, é medida que não traz nenhuma utilidade para o processo, o que, a contrário sensu, resulta na violação do próprio direito material da solidariedade do réu, caso fosse admitido o chamamento ao processo.

O caso é que a posição da Suprema Corte para não admitir o chamamento ao processo apenas funda-se nos argumentos da inutilidade do instituto e da celeridade processual, o que aparentemente implica na inobservância do devido processo legal, além de não trazer uma análise a respeito da funcionalidade extraprocessual que o instituto poderia desempenhar.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte, vem se posicionando no sentido de que, *“nas ações que versem sobre fornecimento de medicamentos, o chamamento ao processo não é cabível. Isso porque se trata de instituto típico de obrigações solidárias de pagar quantia, não sendo possível sua interpretação extensiva para abranger obrigações de entregar coisa certa”*.²⁶⁶

Mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça publicou o Informativo n. 539, em 15/05/2014, que assim consignou:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CHAMAMENTO AO PROCESSO EM AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO MOVIDA CONTRA ENTE FEDERATIVO. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Não é adequado o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) da União em demanda que verse sobre fornecimento de medicamento proposta contra outro ente federativo. Com efeito, o instituto do chamamento ao processo é típico das obrigações solidárias de pagar quantia. Entretanto, a situação aqui controvertida representa obrigação solidária entre os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e

²⁶⁵ STF, RE 607381 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 Divulg. 16-06-2011, Publicado 17-06-2011, Ementa Vol-02546-01 PP-00209.

²⁶⁶ STJ, AgRg no Ag 1.243.450/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 10.2.2012.

a União, concernente à prestação específica de fornecimento de medicamento. Neste contexto, por se tratar de hipótese excepcional de formação de litisconsórcio passivo facultativo, não se admite interpretação extensiva do referido instituto jurídico para alcançar prestação de entrega de coisa certa. Além do mais, a jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) não é adequado às ações que tratam de fornecimento de medicamentos, por ser obstáculo inútil ao cidadão que busca garantir seu direito fundamental à saúde. Precedentes citados do STJ: AgRg no AREsp 13.266-SC, Segunda Turma, DJe 4/11/2011; e AgRg no Ag 1.310.184-SC, Primeira Turma, DJe 9/4/2012. Precedentes do STF: RE 607.381 AgR-SC, Primeira Turma, DJe 17/6/2011. (REsp 1.203.244-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/4/2014).

No Agravo em Recurso Especial nº 121.002 – PI, o Estado do Piauí defendeu a necessidade de chamar ao processo a União e o Município de Teresina/PI, uma vez que o objeto da ação é o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento de saúde da autora. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso. O voto do Ministro-Relator Mauro Campbell Marques é no seguinte sentido:

[...]

Quanto à apontada violação dos artigos 46 e 47 do CC, o recorrente sustenta que a União e o Município de Teresina devem ser citados para integrar o polo passivo da demanda.

Porém, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que, nas ações que versem sobre fornecimento de medicamentos, o chamamento ao processo não é cabível. Isso porque se trata de instituto típico de obrigações solidárias de pagar quantia, não sendo possível sua interpretação extensiva para abranger obrigações de entregar coisa certa. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS ENTES FEDERADOS CO OBRIGADOS. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS N. 7 DO STJ.

[...]

2. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que o chamamento ao processo (art. 77, III, do CPC) não é adequado às ações que tratam de fornecimento de medicamentos. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1249125/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/06/2011; REsp 1125537/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24/03/2010; AgRg no Ag 1331775/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/02/2011; AgRg no REsp 1009622/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2010. Precedente do STF: RE 607381 AgR, Relator Ministro Luiz Fux,

Primeira Turma, DJe-116. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.243.450/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 10.2.2012).²⁶⁷

Interessante trazer a lume a discussão trazida no bojo da Ação Civil de nº 2007.003192-7, oriunda da Comarca de Natal/RN, em que foi julgado procedente o pedido autoral, tornando definitiva a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar o Estado do Rio Grande do Norte a fornecimento medicamento de alto custo imprescindível ao resguardo da saúde do autor, enquanto perdurasse tal necessidade. Em sede de Apelação, o Estado arguiu, em preliminar, a nulidade da sentença ao argumento de que não encontram-se integrados à lide, o município de Natal/RN e a União, para formação do litisconsórcio passivo necessário, e, no mérito, pleiteou a reforma da sentença, ao fundamento de que inexistia a obrigação do Estado fornecer medicamento de alto custo ao autor da ação. Este é o caso que deu origem ao tema da repercussão geral reconhecida pelo STF, cujo recurso extraordinário foi admitido, a respeito da obrigatoriedade do poder público fornecer medicamento de alto custo.

Ao apreciar a Apelação interposta por esse Estado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, manifestou-se pelo desprovimento do recurso. O voto do Relator Desembargador Adelson Silvino é no seguinte sentido:

A questão em análise na lide diz respeito ao custeio na realização de cirurgia e medicamento de auto valor, matéria esta que se encontra delineada na Constituição Federal em seu art. 198 § 1º fazendo referência às três esferas do Poder Executivo para ampliar a responsabilidade, de tal forma, que não há que se falar em litisconsórcio, pois o autor pode requerer o financiamento por qualquer um dos entes federados.

Além do mais, o texto do art. 196 da Constituição Federal, ao falar genericamente em Estado, tem cunho geral, preconizando que o custeio do Sistema Único de Saúde se dê por meio de recursos orçamentários da seguridade social comum a todos os entes federados compreendido sempre como intenção de descentralizar e garantir sua efetividade.

Diante de tal quadro, não merece guarida o argumento trazido pelo apelante acerca da solidariedade passiva, pois assumiu as responsabilidades decorrentes da gestão do SUS em nível regional.

[...]

Desse forma, entendo que a sentença, como prolatada, não merece qualquer reparo.

[...]

Pois bem, provado que o fornecimento do respectivo fármaco é imprescindível à sobrevivência da apelada, e não reunindo, ela, nem sua família, condições

²⁶⁷ STJ, AREsp 121.002/PI, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27.03.2012, publicado no DJe de 10.04.2012.

econômicas de arcar com a aquisição, é dever incontestado do Estado fornecer conforme apontado em prescrição médica, o citado produto.²⁶⁸

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte tem jurisprudência já pacificada a esse respeito, conforme se verifica também no voto do Relator Desembargador Amaury Moura Sobrinho, proferido no julgamento da Apelação interposta na Ação Cível Pública nº 0001897-86.2009.8.20.0108, julgada em 25.10.2011:

A questão em análise na demanda diz respeito ao direito saúde, consubstanciado na obrigação do Estado em arcar com os custos de medicamentos paciente hipossuficiente, matéria esta que se encontra delineada na Constituição Federal, em seu artigo 198, § 1º, in verbis : "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". Importante esclarecer que o texto legal faz referência às três esferas do Poder Executivo, no intuito de ampliar a responsabilidade, de tal forma que não é possível se falar em litisconsórcio, pois o autor pode requerer o custeio de medicamentos a qualquer um dos entes federados. Além do mais, o texto do artigo 196 da Constituição Federal, ao falar genericamente em Estado, tem cunho geral, preconizando que o custeio do Sistema Único de Saúde se dê por meio de recursos orçamentários da seguridade social, comum a todos os entes federados. A regionalização e hierarquização nele referidas devem ser compreendidas sempre como intenção de descentralizar e garantir sua efetividade. Sendo assim, não merece acolhimento o argumento trazido pelo Estado do Rio Grande do Norte na contestação acerca de solidariedade passiva, pois assumiu as responsabilidades decorrentes da gestão do SUS a nível regional. Ademais, importante esclarecer que não existe subordinação, concorrência ou subsidiariedade entre as esferas municipal e estadual; aliás, qualquer uma delas responde autonomamente pela proteção à saúde individual. Desta forma, desnecessário o chamamento ao processo da União e do Município, pois se trata de um dever solidário dos entes federativos, não impondo seu acatamento, já que não são litisconsortes necessários, mas, sim, facultativos, podendo ser exigida a obrigação de cada um dos entes públicos de forma isolada.

Logo, tem sido entendido pelo descabimento do chamamento ao processo de outros entes federados para que integre o polo passivo das ações que versem sobre fornecimento de medicamentos de alto custo, sob o argumento de essa hipótese constituiria uma medida protelatória, incoerente com o princípio da duração razoável do processo.

Embora a Suprema Corte tenha reconhecido a solidariedade dos entes federativos, a reponsabilidade isolada do ente no tocante à saúde aos que a

²⁶⁸ TJRN, ApC 2007.003192-7, Relator Desembargador Adelson Silvino, 2ª Câmara Cível, julg. Em 10 de julho de 2007.

pleiteiam judicialmente parece não estar compatibilizada com o conteúdo coletivo materializado no art. 196 da Constituição da República.

Em vista disso, quando o assunto passa pela judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, mediante a concessão de medicamentos de alto custo, especialmente aqueles não padronizados nas tabelas elaboradas pelos gestores do SUS, a uma pessoa individualmente considerada, os princípios da universalização do acesso e da descentralização desaparecem, na medida em que o acesso ao tratamento medicamento, na maioria das vezes, é pleiteado por uma camada populacional mais instruída, aliado ao fato de que não é obedecida a atribuição constitucional de cada gestor do SUS, segundo a hierarquização e descentralização dos níveis de cuidados com a saúde nos três níveis de governo.

Objetiva-se, com este trabalho, desmistificar a crítica da inutilidade e do empecilho à celeridade processual aparentemente causada pelo chamamento ao processo dos entes federados no caso de fornecimento de medicamento de alto custo. Conforme assinalou NELSON NERY JUNIOR, é preciso reconhecer a funcionalidade do chamamento ao processo, e colocá-lo no seu devido lugar.

Começa-se pelo seu cabimento em relação às obrigações solidárias, uma das categorias mais importantes do Direito Obrigacional, conforme reconhecido pela doutrina.

O Código Civil brasileiro conceitua o instituto material da solidariedade no art. 246, pelo qual “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Percebe-se que a solidariedade pode ser compreendida por mais de um credor ou mais de um devedor ocupando a mesma relação jurídica obrigacional.

Esse é o entendimento do ilustre professor PABLO STOLZE GAGLIANO:

Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (*solidariedade ativa*), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (*solidariedade passiva*). [...]

Observe-se que, no caso, existe *unidade objetiva da obrigação* (o objeto é único), embora concorram mais de um credor ou devedor, cada um deles com direito ou obrigado, respectivamente, à toda a dívida.²⁶⁹

²⁶⁹ Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, v. 2: *obrigações*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106.

O professor FLAVIO TARTUCE também ensina que:

As obrigações solidárias interessam muito ao mundo jurídico, particularmente ao direito obrigacional e contratual, eis que têm grande relevância prática. Por uma questão lógica, o seu estudo interessa e somente é pertinente quando houver pluralidade de credores e/ou de devedores (obrigação composta subjetiva ativa, obrigação composta subjetiva passiva e obrigação composta subjetiva mista – esta última, com vários credores e vários devedores ao mesmo tempo).²⁷⁰

Confira-se também a lição do mestre CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

Caracteriza-se a obrigação solidária pela multiplicidade de credores e/ou de devedores, tendo cada credor direito à totalidade da prestação, como se fosse credor único, ou estando cada devedor obrigado pela dívida toda, como se fosse o único devedor.²⁷¹

A doutrina possui voz uníssona no sentido de que a solidariedade possibilita que o credor possa exigir de qualquer dos devedores a totalidade da dívida, ficando o credor liberado em relação aos demais devedores, de forma que, aquele devedor que pagar a dívida por inteiro ou cumprir sozinho a prestação fica subrogado nos direitos do credor liberado, possuindo direito regressivo contra os demais co-devedores solidários, a quota-parte de cada um, conforme dispõe o art. 283, do Código Civil de 2002. Vale ressaltar que a solidariedade deve resultar de lei ou da convenção, nos termos do art. 265 do mesmo diploma legal.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES conceitua a obrigação solidária passiva como “a relação obrigacional, oriunda da lei ou da vontade das partes, com multiplicidade de devedores, sendo que cada um responde *in totum et totaliter* pelo cumprimento da prestação, como se fosse o único devedor”.²⁷²

Mas o que vem a ser essa dívida que vincula solidariamente os devedores? Qual é a sua natureza jurídica?

Define-se a dívida como todas as obrigações jurídicas, quando considerada sob a ótica do seu lado passivo. A dívida, portanto, constitui o objeto da obrigação – também denominada de prestação, que pode ser classificada, quando ao seu conteúdo, em obrigação de dar, fazer ou não fazer. Isso quer dizer que o termo

²⁷⁰ Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 74.

²⁷¹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 2: teoria geral das obrigações. 10ª ed. São Paulo, 2013, p. 130.

²⁷² Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 2: teoria geral das obrigações. 10ª ed. São Paulo, 2013, p. 153.

dívida não significa apenas as obrigações pecuniárias (arts. 315 e s. do Código Civil de 2002) – de entregar determinada soma em dinheiro –, mas poderá consistir também no cumprimento de qualquer espécie de obrigação.²⁷³

O jurista CLÓVIS BEVILÁQUA leciona que “no primeiro sentido, o pagamento é o modo de cumprir as obrigações de dar, ou mais particularmente, de dar somas em dinheiro. No segundo, a satisfação do prometido ou devido em qualquer variedade de obrigação”.²⁷⁴

Assim, a obrigação positiva de dar é conceituada como aquela em que o sujeito passivo tem o dever jurídico de entregar alguma coisa, certa ou incerta, chamadas de obrigações específicas ou genéricas, respectivamente. Consiste a obrigação de dar coisa certa quando o devedor deve entregar coisa especificada, determinada, caracterizada, individualizada ao credor.²⁷⁵

Diante dessas conceituações doutrinárias, parece equivocada a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a admissibilidade do chamamento ao processo somente é cabível nas “*obrigações solidárias de pagar quantia, não sendo possível sua interpretação extensiva para abranger obrigações de entregar coisa certa*”.

Ora, para exemplificar essa crítica, imagine-se a hipótese em que o credor ajuíza uma ação contra apenas um dos devedores obrigados a lhe entregar de 200 sacas de café. Cumprindo este devedor a prestação que lhe cabe, por inteiro, poderá exercer o direito de regresso contra os demais devedores. Por isso, é perfeitamente cabível o chamamento ao processo, qualquer que seja o conteúdo da obrigação de dar, seja ela pecuniária ou de entregar um bem determinado.

Este é o caso presente, no qual se discute a responsabilidade do Estado em fornecer medicamento de alto custo. Trata-se de uma verdadeira obrigação de dar coisa certa, de modo que, havendo solidariedade entre os entes da Federação, qualquer deles está obrigado a entregar o medicamento ao autor da ação judicial, pelo menos esse é o entendimento firmado pela Suprema Corte. Em assim sendo, tendo sido demandado apenas um dos entes federados, qualquer que seja ele, o vínculo da solidariedade possibilita que, feita a entrega do medicamento de alto

²⁷³ Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, v. 2: *obrigações*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

²⁷⁴ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Campinas: RED Livros, 2000, p. 173.

²⁷⁵ Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 2: *direito das obrigações e responsabilidade civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 44-45.

custo ao autor, estará este ente legitimado a obter regressivamente a quota-parte do custo do medicamento em face dos demais entes coobrigados, sendo assim cabível o chamamento ao processo. Pensar o contrário é um retrocesso da ciência jurídica.

Examinam-se a seguir as repercussões positivas e negativas do chamamento ao processo dos entes federados nas demandas de fornecimento de medicamento de alto custo.

Para tanto, deve-se ter por fixadas as seguintes premissas:

- a) O acesso ao tratamento medicamentoso é condição indispensável no processo de atenção à saúde;
- b) Todos os medicamentos devem estar acessíveis à população – aqui considerado aqueles devidamente aprovados e registrados nos órgãos reguladores nacionais ou internacionais;
- c) O fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado decorre do vínculo jurídico obrigacional instituído pela Constituição Federal de 1988;
- d) A solidariedade passiva implica na existência de multiplicidade de devedores, contra os quais, o credor, ao seu critério, pode exigir o cumprimento da obrigação de um, de alguns ou de todos;
- e) O termo dívida comum significa qualquer modalidade de obrigação, seja aquela que tenha conteúdo de dar coisa certa – consistente tanto na entrega de coisa determinada como na entrega de soma em dinheiro –; de fazer ou não fazer; e
- f) O cumprimento integral da obrigação solidária por um dos devedores resulta no direito de regresso em relação aos demais devedores.

Feito isso, é possível sim a utilização do chamamento ao processo pelo ente federado demandado isoladamente, para fornecimento de medicamento de alto custo. Porém, é preciso desmistificar a ideia de que o instituto causaria embaraço na rápida prestação da tutela jurisdicional, especialmente pela urgência do direito reclamado.

A solução parece bem simples. Explica-se.

Falou-se em linhas acima que a antecipação de tutela é medida criada para dar uma resposta mais rápida ao direito reclamado, especialmente o caso da saúde.

Assim, ingressando o autor contra apenas um ente federado, pleiteando-lhe o fornecimento de medicamento de alto custo, e estando este pedido em sede de antecipação de tutela – como é o caso de urgência em assegurar o resultado efetivo do processo – se, verificado pelo juiz a presença dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil, deferir-lhe-á de imediato, garantindo-se ao autor o acesso ao medicamento de que necessita com urgência.

Em seguida, feita a citação do ente federado, oportunizando-lhe o exercício do contraditório e, especialmente a ampla defesa com os meios recursos a ela inerentes, tem este ente a faculdade de chamar ao processo os demais entes federados solidários para compartilhar a despesa de fornecimento do medicamento de alto custo, sobretudo daquele ente federado que tem a atribuição de cuidar da saúde segundo os diversos níveis de atenção, cumprindo, em razão disso, o princípio constitucional do devido processo legal.

Assim, ainda que o chamamento da União ao processo implique o descolamento da competência para Justiça Federal, não há que se falar em medida protelatória ou em embaraço à duração razoável do processo, pois o direito material reclamado já estará segurado de lesão ou risco de lesão pela concessão da tutela antecipada em face do ente originariamente demandado.

O resultado disso é, de um lado, a efetivação do direito fundamental à saúde e, do outro, o rateio das despesas do tratamento medicamentoso entre os entes federados solidariamente responsáveis, especialmente em tempos de racionalização dos recursos públicos.

Qual é a utilidade, então, do chamamento ao processo nesses casos?

Pode-se afirmar que são duas as utilidades práticas do instituto. Explica-se melhor.

A primeira, do ponto vista do processo em si, será em benefício do ente devedor que cumpriu a medida antecipatória da tutela e forneceu ou está fornecendo o medicamento ao autor, cabendo-lhe pleitear, nessa lide secundária, a respectiva cota-parte dos demais entes devedores, em razão da solidariedade passiva. Na sentença, caso acolha o pedido autoral definitivamente, será imputada a responsabilidade de cada um dos entes federados – tanto o chamante quanto os chamados – segundo seu dever de prestar a assistência farmacêutica em relação aos níveis de atenção à saúde. Assim, aquele ente que desembolsou por inteiro os

recursos para a aquisição e entrega do medicamento ao autor – por força da tutela antecipada deferida –, terá um título executivo para exigir dos demais entes responsáveis a sua cota-parte, devendo-se levar em consideração, para fixação desta cota, a responsabilidade de cada um dos entes da Federação pelo financiamento da saúde pública.

Como resultado disso, o ressarcimento feito pelos demais entes, por força da lide secundária do chamamento ao processo, recomporia os recursos financeiros ao cofre público do ente pagante, reequilibrando as receitas de que necessita para cumprir suas finalidades.

Por outro ângulo, a questão vai muito além do utilidade intrínseca do instituto para processo – e sobretudo para o devedor –, isto é, o chamamento ao processo é um instrumento de efetividade do princípio constitucional da solidariedade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, I, da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 inseriu no art. 3º, inciso I, o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária. Anote-se que não se trata de um objetivo isolado nessa parte da Constituição, pois há previsão também, nos seus arts. 170 (da ordem econômica) e 193 (da ordem social), para a realização da justiça social.

O princípio da solidariedade é fruto da superação do individualismo do século XIX, cujo significado está além da utilização no campo do direito obrigacional e constitui, na atual Carta Fundamental de 1988, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Vale citar a lição de ANDRÉ RAMOS TAVARES, segundo o qual “pode-se afirmar que a solidariedade permeia a Constituição, pois, como norte em sua implementação, o objetivo maior da ‘justiça social’”. Em seguida, prossegue o Autor dizendo que:

A própria Constituição associa-se à solidariedade, deixando certo que o conceito não envolve apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos.

[...], justiça social implica melhoria das condições de repartição dos bens, diminuição das desigualdades sociais, com a ascensão das classes menos favorecidas.

[...]

A justiça social, em síntese, deve ser adotado como um dos princípios de finalidade comunitária expressos na Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem

econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça lhe é intrínseco.²⁷⁶

Tendo em vista a sua fundamentalidade, porque inserido no Texto Maior de 1988, como objetivo fundamental da República, o princípio da solidariedade deve orientar o operador do direito na tarefa de interpretar todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, conforme leciona MARIA CELINA BODIN DE MORAIS:

A expressa referencia à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levando em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros de toda a sociedade. [...]

O princípio da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.²⁷⁷

Está é a segunda utilidade do chamamento ao processo, no caso em apreço, que consiste na possibilidade de cumprir uma função social em benefício da coletividade.

Quer dizer, o chamamento ao processo tem uma utilidade social, pois permitiria a distribuição das despesas de fornecimento de medicamento de alto custo a um determinado cidadão com toda a sociedade, revelando mais uma face do princípio da solidariedade social e também do princípio da participação social nas políticas públicas de saúde.

²⁷⁶ TAVARES, André Ramos. *Princípios constitucionais*. In Tratado de direito constitucional. Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento (Coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484.

²⁷⁷ MORAIS, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em 07.03.14.

5 Conclusão

A evolução do direito à saúde no Brasil trouxe várias contribuições importantes na luta pela melhoria da qualidade e acesso universal, igualitário e integral às ações e serviços de saúde.

Mais que a garantia pela efetividade de um direito fundamental, as lutas empenhadas pela sociedade em torno da saúde resultaram na construção do Estado Democrático e Social brasileiro, especialmente pelas Conferências Nacionais da Saúde.

Essa transformação levou à análise das motivações e das obrigações dos entes da Federação e dos Poderes da República envolvidos em sua elaboração e implementação das políticas públicas de saúde de forma mais universais e igualitárias.

A política de assistência farmacêutica constitui um programa governamental de indispensável importância no papel do Estado em prestar a assistência à saúde. Nesse sentido, elaborou-se uma política de medicamentos baseada nos três níveis de atenção à saúde: básica, média e alta complexidade, cabendo aos Municípios, aos Estados e o Distrito Federal, e à União, respectivamente, o dever de fornecer medicamentos à população. Ao município compete o cuidado com a atenção básica da população, por ser ente federado mais próximo da realidade social, sendo este a porta de acesso aos demais níveis de atenção à saúde.

Assim, construiu-se o entendimento de o dever do Estado prestar a assistência à saúde em favor do cidadão – aí incluído o tratamento medicamentoso – constitui uma relação jurídica obrigacional decorrente do comando constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição de 1988, de modo que, o direito fundamental à saúde possui uma dimensão negativa e positiva, esta última caracterizada pela atuação prestacional do Estado em favor do titular do direito subjetivo à saúde.

Este dever jurídico prestacional está pautado nos princípios da universalidade e integralidade, cabendo ao Estado garantir o acesso da população a todos os bens e serviços que estejam disponíveis e que sejam culturalmente acessíveis, em razão dos compromissos assumidos na ordem internacional.

Em razão disso, a Constituição Federal garante ao cidadão o acesso à justiça para de ter seu efetivado o direito à saúde, o que inclui o fornecimento de medicamento de alto custo por fazer parte do processo de cuidado à saúde, cujo direito goza de prioridade e celeridade em seu atendimento.

Portanto, o exercício da jurisdição se faz necessário, com a devida observância dos princípios norteiam o acesso à justiça, para determinar o cumprimento das políticas públicas de saúde, sejam porque elas existem e não estão sendo cumpridas, ou porque são ineficazes, a exemplo em razão da não-inclusão de um medicamento mais adequado para um caso concreto.

O acesso à justiça, porém, não se limita apenas ao ingresso formal do cidadão com um processo judicial, como instrumento de acionamento da máquina judiciária do Estado, mas significa a garantia de uma solução justa, no sentido de produzir uma adequada prestação jurisdicional.

A judicialização da saúde importou modificações nas relações sociais e institucionais, representando de forma efetiva o exercício da cidadania e a adequação dos Poderes da República às novas e crescentes exigências da sociedade. O fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado é o maior exemplo disso.

O fato de a Constituição Federal ter criado uma hipótese de solidariedade passiva que impõe aos três gestores do SUS o dever de promover a saúde de todos, tem servido de amparo para a condenação judicial de qualquer ente federado demandado em ações de fornecimento de medicamento de alto custo.

Todavia, a jurisprudência vem rejeitando a medida utilizada por alguns entes federados para trazer à lide os demais entes responsáveis solidários, por meio do chamamento ao processo, sob o simples argumento da inutilidade prática e atraso na prestação jurisdicional causada por esta modalidade de intervenção de terceiro, esta compreendida na possibilidade de o réu convocar ao processo aqueles demais devedores solidários para ampliar o polo passivo da relação jurídica processual.

O chamamento ao processo é modalidade de intervenção de terceiro criada para beneficiar o réu, pois ao ser integrado à lide os demais entes federados, haverá a possibilidade de obter o direito de regresso pelo cumprimento integral da prestação reclamada pelo autor, que, no caso o fornecimento de medicamento de alto custo, constitui espécie de obrigação de dar coisa certa e está compreendida

no termo “dívida comum”, a ensejar o cabimento do chamamento ao processo na hipótese do art. 77, III, do Código de Processo Civil.

Assim, em que pese a doutrina e jurisprudência fazer críticas ao chamamento ao processo nas ações que versem sobre fornecimento de medicamento de alto custo, é possível extrair benefícios intrínsecos e extrínsecos ao processo com a utilização dessa modalidade de intervenção de terceiros, sem por em risco a garantia de efetividade do direito à saúde do cidadão que busca o Poder Judiciário, o qual poderá conceder a tutela antecipada quando preenchidos seus requisitos legais.

Mais que uma utilidade prática posta pela lei em favor do ente federado demandado isoladamente na condição de devedor, para fornecer o medicamento de alto custo, o chamamento ao processo revela-se uma técnica idônea a dar efetividade ao princípio da solidariedade social, pois permitirá que sejam compartilhados os custos com o fornecimento desse tipo de tratamento medicamentoso com toda a sociedade, em cumprimento ao objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária. O benefício do chamamento ao processo, nesses casos, ganha uma função social, esta talvez seja, a nova fase do pensamento constitucional atual – chamada de *neoconstitucionalismo* – que é imprimir uma função social em todas as relações jurídicas, quer de direito material, quer de direito processual, com vistas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, dos valores existências da coletividade.

Por fim, paralelamente à efetividade do princípio da solidariedade social, o resultado também alcançado pelo chamamento ao processo, nesses casos, é o fortalecimento e equilíbrio do pacto federativo, já que reduzirá o impacto econômico das decisões judiciais em demanda judiciais de fornecimento de medicamentos de alto sobre as contas públicas, por compartilhar o dever de prestar a assistência à saúde entre os entes federados.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008.

ALMADA, Alison José Duarte. Orçamento autorizativo e contingenciamento de empenho: obstáculos à efetivação de direitos sociais. In **Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas**. Élica Graziane Pinto; Gustavo Alexandre Magalhães (Organizadores). Belo Horizonte: Editora O Locutor, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 _____ . **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navegandi. Teresina. Ano 9. n. 851. 01.11.2005. disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547. Acesso em 15.12.2013]

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERMANN, George A. e PICARD, Etienne. **Introdução ao direito francês**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. Campinas: RED Livros, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação nacional de medicamentos essenciais**: Rename, 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos**. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo** : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Efetivação judicial do direito à saúde no Brasil**: uma breve reflexão à luz do “modelo de direitos fundamentais sociais” de Robert Alexy. Revista Bonisjuris. Setembro 2013. Ano XXI, n. 598. V. 25, n. 9.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 5ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Constituição, medidas cautelares e ordem pública. In Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (Coord.). **Acesso à Justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Tiago Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais pelo controle judicial de políticas públicas: entre a auto-contenção judicial e a necessária consideração da macro-justiça. In Élica Graziane Pinto; Gustavo Alexandre Magalhães (Organizadores). **Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas**. Belo Horizonte: Editora O Locutor, 2010.

DA SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**, 5. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 15ª ed. – Salvador: JusPodvim, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 7ª ed. – Salvador: JusPodvim, 2012.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIREDO, Viviane Mauricio. **Serviço social e política de saúde no Brasil: estudo de uma experiência em um hospital universitário**. 2011. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Serviço Social, 2011 Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912202_2011_Indice.html>. p. 19. Acesso em: 22 dez. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 2: obrigações. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 2: teoria geral das obrigações. 10ª ed. São Paulo, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HUNT, Paul e KHOSL, Rajat. **Acesso a medicamento como um direito humano**. Texto em inglês no original, traduzido por Thiago Amparo. in Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 5. Numero 8. São Paulo. Junho de 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios** / Rogério Gesta Leal. Brasília: ENFAM, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Nísia Trintade (org.). **Saúde e Democracia: história e Perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

MACHADO, Márcio Villela. **Direito à saúde no Brasil: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado)-Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0822002_2010_Indice.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida**. 2010. Tese de Doutorado. UERJ. p. 315-319. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=leticia_martel>. Acesso em 22.07.2013.

MARTINS FILHO, Ives Granda. *Direitos Fundamentais*. In **Tratado de direito constitucional**. Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento (Coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA MA, BERMUDEZ JAZ, OSÓRIO-DE-CASTRO CGS. **Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração de Alma-Ata (ONU). Disponível em <http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/saude/almaata.htm>. Acesso em 20.12.2013.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais : a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

SAVINO FILHO, Cármine Antônio. **Direito processual resumido**. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

SILVA, Ana Lúcia da. **Judicialização do direito à saúde no Brasil**. Revista Saúde Coletiva, vol. 52, núm. 8, 2011.

SLAPPER, Gary; e KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOARES, Laura. **Tempos de desafio: a política social democrática e popular no governo do Rio do Grande do Sul**. Rio de Janeiro: 2002.

SOUZA E BRITO, J. **Jurisdição constitucional e princípio democrático**. disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030201.htm>. Acesso em 17.12.2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2: 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Princípios constitucionais*. In **Tratado de direito constitucional**. Ives Granda da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento (Coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, v. 1: *teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.