

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME REGINATO TILLMANN

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES  
DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO  
NECESSÁRIO**

CHAPECÓ (SC),

2012

GUILHERME REGINATO TILLMANN

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES  
DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO  
NECESSÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,  
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção  
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da  
Prof<sup>ª</sup>. Me. Gilmar Paulo Hauschildt.

Chapecó (SC), maio 2012.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES  
DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO  
NECESSÁRIO**

GUILHERME REGINATO TILLMANN

---

Prof.<sup>ª</sup>. Me. Gilmar Paulo Hauschildt  
Professor Orientador

---

Prof. Me. Laura Martins de Quadros  
Coordenadora do Curso de Direito

---

Prof.<sup>ª</sup>. Me. Robson Fernando Santos  
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio 2012.

GUILHERME REGINATO TILLMANN

**A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES  
DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO  
NECESSÁRIO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

---

Me. Gilmar Paulo Hauschildt – Presidente

---

Giovanni Aguiar Zasso – Membro

---

Membro

Chapecó (SC), maio 2012.

## **DEDICATÓRIA**

Aos que realmente necessitam do um acesso ao sistema de saúde e se veem obstados por motivos que se revelam ínfimos diante do direito à vida.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, Luiz Roberto, Flávia e Arthur, pelo apoio e amor incondicional, meros agradecimentos não são suficientes para expressar toda gratidão que sinto por eles;

À Boleragem F.C, "amigos não se conhecem, se reconhecem". Aos meus amigos e colegas que fazem de cada dia, um dia melhor;

Ao amigo Giovanni Aguiar Zasso, pelos ensinamentos e incansáveis debates, os quais me incentivaram na minha escolha acerca do tema desta pesquisa.

Ao professor Gilmar Paulo Hauschildt, pelos ensinamentos, conselhos, incentivos e sua prestatividade na elaboração desta pesquisa, o qual se mostrou sempre disponível e pronto a me ajudar em qualquer hora.

Obrigado.

*Há quem decore a vida na ponta da língua, outros  
rabiscam o próximo passo na ponta do acaso [...]  
Notas serão como uma leve pluma, lançadas ao  
vento com destino certo: afago no espírito, cócegas  
na alma, mimo na paz, inibir agonias, afrouxar todo  
o receio de ser devaneador.  
Na Rua do Acalanto, primeiro peito franco à direita,  
casa de janelas sempre abertas e dispostas ao novo,  
jardim de lindas rosas de espinhos prósperos,  
varanda ao infinito, mansão cor de legítimo  
coração, em frente ao público dessa nossa solidão.  
Ali a pena dançará e nenhuma câimbra na  
felicidade, nem faíscas de isolamento nos fará  
desistir de estarmos “todos juntos”.*

*Caio Soh*

## RESUMO

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO NECESSÁRIO. Guilherme Reginato Tillmann.

Gilmar Paulo Hauschildt (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) Esta pesquisa busca por uma forma de garantia do direito prestacional à saúde, uma vez que inúmeros fatores obstam a pretensão ao fornecimento de medicamentos, devido a problemas relacionados a competência entre os entes na prestação de tal tutela, apontando, ainda, como uma possibilidade de solução de tal controvérsia, a adoção do Litisconsórcio Passivo Necessário, fazendo um parâmetro desta prestação frente ao Princípio da Dignidade Humana, para a garantia dos direitos fundamentais (OBJETIVOS) Tem por objetivo, o presente projeto de pesquisa, apontar uma possibilidade de solução na prestação à tutela da saúde, nas demandas que versam sobre medicamentos, ainda, atentar para a importância da garantia dos direitos fundamentais como princípios que devem ser respeitados como tais, e tratados com prioridade pelo judiciário, sempre respeitando o mínimo existencial e o núcleo essencial de tais princípios, proporcionando, assim, o acesso à saúde a quem realmente necessita. (EIXO TEMÁTICO) O eixo temático do Curso de Direito da Universidade Comunitária de Chapecó - UNOCHAPECÓ pelo qual o trabalho vincula-se é a “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, com base na análise da legislação, doutrinas, artigos jurídicos, fundamentos jurisprudenciais, internet etc., e utiliza-se o método dedutivo baseando-se no estudo de teoria e refinações de conceitos. (CONCLUSÃO) Após toda a análise feita na presente pesquisa, constatou-se a perda de valores tidos como fundamentais para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, o conflito entre os poderes, bem como entre os Entes Federativos na efetivação das normas de cunho prestacional, o qual torna a prestação da tutela à saúde uma batalha de competências em demandas que emanam urgência.. (PALAVRAS-CHAVE) Dignidade da pessoa humana, Competência, Responsabilidade Solidária, Litisconsórcio Passivo Necessário, Direitos Fundamentais, Saúde, Medicamentos.

## **ABSTRACT**

THE JOINT RESPONSIBILITY OF FEDERAL ENTITIES IN SHARES OF MEDICINES – FORMATION THE NECESSARY JOINDER OF PARTIES. Guilherme Reginato Tillmann.

Gilmar Paulo Hauschildt (ADVISOR). (University Community of Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUCTION) This research aims for a way to guarantee the right prestacional of health, since many factors preclude the claim to the supply of drugs, due to problems of competence between the entities in providing such protection, pointing also to a possibility of settlement of such dispute, the adoption of passive joinder required, making this parameter a provision against the Principle of Human Dignity, to guarantee the fundamental rights. (AIMS) has as its objective, this research project, pointing out a possible solution in providing the protection of health, the demands that deal with drugs, also pay attention to the importance of safeguarding fundamental rights and principles to be respected as such and given priority by the judiciary, respecting the minimum existential and the essential core of these principles, thus providing access to health care for those who really need it. (SHAFT THEME) The main theme of the Course of Law, University Community Chapecó - Unochapecó by which work is linked to is "Citizenship and the State." (METHODOLOGY) The research is characterized as literature, based on analysis of legislation, doctrines, legal articles, jurisprudential foundations, internet etc., And uses the deductive method is based on the study of theory and refinements of concepts. (CONCLUSION) After all the analysis in this study, we confirmed the loss of values regarded as fundamental to a fully functioning democratic state, the conflict between the powers, as well as between federal entities in the execution of the rules of nature prestacional, which makes the provision of health protection skills in a battle of urgent demands emanating. (KEY WORDS) Human dignity, competence, Joint Responsibility, Liability Necessary joinder, Rights, Health, Medicine.

## **LISTA DE SIGLAS**

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
OMS	Organização Mundial da Saúde
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## **LISTA DE APÊNDICES**

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA .....	85
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA .....	87

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>CAPÍTULO I</b> .....	16
<b>1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO A SAÚDE</b> .....	16
1.1 Historicidade e Evolução.....	17
1.1.1 <i>Direitos Fundamentais Positivos</i> .....	22
1.1.2 <i>Direitos Fundamentais Negativos</i> .....	24
1.2 Direito à Saúde .....	26
1.2.1 <i>Das Políticas Públicas de Saúde</i> .....	27
1.2.2 <i>Decorrente das Necessidades Individuais</i> .....	30
1.3 Principais princípios e garantias fundamentais que norteiam o direito a saúde. ....	31
1.3.1 <i>Princípio da Igualdade</i> .....	32
1.3.2 <i>Princípio da Proporcionalidade</i> .....	33
1.3.3 <i>Princípio da Reserva do Possível</i> .....	34
<b>CAPÍTULO II</b> .....	36
<b>2 O ESTADO BRASILEIRO E SUAS OBRIGAÇÕES PRESTACIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE</b> .....	36
2.1 A Organização do Estado Brasileiro Quanto às Competências.....	37
2.2 O Alcance das Normas de Responsabilidade e de Competência de Cada um dos Entes da Federação.....	41
2.3 A Competência dos Entes Federados nas Ações de Medicamentos.....	42
2.4 A Responsabilidade Solidária dos Entes Federativos .....	47
2.5 A Possibilidade do Litisconsórcio Passivo Necessário entre os Entes.....	51
2.6 A corresponsabilidade dos Entes Federativos - Chamamento ao Processo.....	54
<b>CAPÍTULO III</b> .....	57

<b>3 AS OBRIGAÇÕES DOS ENTES FEDERATIVOS ENAQUANTO GARANTIDORES DO DIREITO À SAÚDE FRENTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>57</b>
3.1 Os principais problemas atuais que prejudicam a efetividade do direito nas ações de medicamentos .....	59
3.1.1 <i>As políticas públicas e programas de assistência farmacêutica.</i> .....	60
3.1.2 <i>A Judicialização Excessiva</i> .....	62
3.1.3 <i>A questão orçamentária (políticas econômicas)</i> .....	64
3.1.4 <i>Demais objeções apontadas ao cumprimento das demandas relacionadas a integralidade da saúde.</i> .....	66
3.2 A Dignidade da Pessoa enquanto diretriz hermenêutica da Constituição Federal de 1988. ....	69
3.2.1 <i>Núcleo fundamental (essencial) das normas de cunho prestacional</i> .....	71
3.2.2 <i>Petreabilidade das normas que elenquem direitos fundamentais.</i> .....	73
3.3 Uma releitura do Princípio da Dignidade da pessoa humana em relação as normas garantidoras do direito à saúde. ....	75
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>80</b>
<b>APÊNDICES .....</b>	<b>84</b>

## INTRODUÇÃO

A necessidade do ser humano em buscar condições de vida dignas, nos faz atentar para alternativas no ordenamento jurídico para garantir o acesso igualitário e fácil à saúde, de forma a proporcionar a universalização da mesma, princípio o qual é definido pelo Sistema Único de Saúde.

A busca pela efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, fruto da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, elenca os direitos sociais com *status* de Direito Fundamental, os quais devem ser respeitados como tal, uma vez que o direito à saúde tem sua aplicabilidade obstada por fatores que se revelam alheios a pretensão de quem necessita de tal tutela jurisdicionalmente.

A judicialização do acesso a saúde é um problema atual e que vem abarrotando o sistema judiciário brasileiro. As demandas que versam sobre medicamentos são o retrato de um sistema falho e de conflito de competências entre os Entes, e, o reflexo da desorganização dos poderes, acarretando, ainda, inúmeros problemas de cunho econômico, uma vez que, a tutela à saúde não vem sendo proporcionada administrativamente, devido à ausência dos fármacos nas listas elaboradas pelo Poder Público.

A presente pesquisa, procura, em um primeiro momento, caracterizar os direitos fundamentais, sua historicidade e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Constituição Federal de 1988, apontando para as normas de cunho prestacional em um apanhado geral acerca do direito à saúde e seu alcance.

Posteriormente, serão analisadas as obrigações de cunho prestacional em matéria de saúde, fazendo um apanhado das competências do Estado brasileiro, bem como o alcance

dessas competências no ordenamento jurídico, aprofundando a pesquisa sob o aspecto das demandas que versam sobre medicamentos.

Ainda, quanto a judicialização à saúde nas demandas de medicamentos, necessário abordar os aspectos mais importantes, como a responsabilidade solidária entre os Entes Federativos, bem como apontando para a possibilidade da formação do litisconsórcio passivo necessário como uma possibilidade de resolver o problema de conflito de competência entre os entes, nos casos em que o fármaco não se encontra listado na relação de medicamentos elaborada pelo poder público.

A relevância do tema, está amparada na importância da valorização do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e pela garantia do mínimo existencial no direito à vida e conseqüentemente no direito à saúde, sendo que tais preceitos devem respeitar como diretriz da Lei Fundamental brasileira o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, tais fatores que obstam a prestação da tutela à saúde se revelam insuficientes para que seja prejudicada a prestação da tutela à saúde.

## **CAPÍTULO I**

### **1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO A SAÚDE**

Procurando tutelar os bens individuais e coletivos, a sociedade buscou sempre a proteção, tanto da intervenção política quanto social, mediante lutas, revoluções, guerras civis e acontecimentos históricos, para assim garantir sua “Dignidade Humana”, embasada no que chamamos de Direitos Fundamentais.

O termo fundamental presume algo essencial para o funcionamento de um sistema político e social, garante que ele funcione com o mínimo de eficiência, de acordo com as diferentes formas de governo, uma vez que os valores e a tradição de cada sociedade são o prisma e o princípio predominantes para que sejam determinados e garantidos os direitos fundamentais de cada coletividade.

A abordagem dos direitos fundamentais pressupõe, essencialmente, seu caráter político, ou o caráter político do direito, o qual expõe margens diferentes de opiniões, o que mantém a matéria sempre em voga.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p.21) “Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenham reconhecido ao menos um núcleo de Direitos Fundamentais no âmbito de suas Constituições”.

Relacionar os direitos fundamentais e dissertar acerca desse assunto exige uma posição do autor, devido às inúmeras possibilidades e fontes das quais advêm os relativos

direitos. Sarlet (1994, p. 22) enumera três possibilidades de enfoque, quais sejam: a) Perspectiva Filosófica; b) Perspectiva universalista; c) Perspectiva estatal. Tais enfoques são apenas um rol exemplificativo, os quais podem ser expandidos a inúmeras visões. Essas diferentes perspectivas que dão amplitude ao tema Direitos Fundamentais tornando-os polêmicos e interessantes.

## 1.1 Historicidade e Evolução

Sob a perspectiva histórica, o homem sempre postulou seus direitos como uma das formas de garantir sua liberdade, seja ela sob qualquer aspecto, surgindo de fontes remotas como o cristianismo, o qual determina que “criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir” (MIRANDA, 1998, p. 17).

Posteriormente, em decorrência da evolução social da época, surge o sistema feudal, o qual enfatizou manifestações populares para a proteção dos direitos dos indivíduos, dando origem a Declarações para a proteção dos direitos, como ocorreu na Inglaterra com a *Magna Carta* (1215), tal carta visada dar poder aos bispos e barões ingleses em relação ao poder absoluto do estado, que era representado na figura divina do rei. Tal declaração foi o marco da independência das colônias inglesas. Porém apesar do sentimento de liberdade e igualdade, tais benefícios eram concebidos conforme o poderio econômico da época.

Segundo Vladimir Brega Filho (2002, p. 07) após a Magna Carta, vários outros instrumentos foram criados a fim de reconhecer certas garantias fundamentais, entre eles a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus* (1679) e o *Bill of Rights* (1689).

Apesar das inúmeras investidas para, assim, garantir os direitos dos indivíduos, o que foi proporcionado aos nobres foram apenas alguns direitos, não afetando a soberania do Estado sobre o indivíduo, o que, posteriormente, com o crescimento da atividade econômica e mercantil, começou a se almejar, uma vez que muito se oferecia ao Estado através de impostos e pouco poder político era disponível por parte deste.

O desejo pela limitação do poder do estado e a garantia de direitos fundamentais se

expandiu, sendo que no ano de 1776 surge o primeiro texto de Declaração de Direitos no estado da Virgínia, tal declaração que antecedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América a qual previa princípios básicos do povo americano logo em sua primeira cláusula, a constância qual dispunha “que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e tem certos direitos inerentes, os quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pôsteres; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, como os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança” (BREGA, 2002, p. 10).

Com a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), o grande desafio em que a mesma foi imposta foi o fato dos Estados Unidos possuírem muitos estados independentes, os quais tinham o poder de ratificação da constituição, posto que ambos requisitaram que para constituir um estado único e ao mesmo tempo aderir a Constituição o presente texto de lei deveria conter uma carta de direitos, as quais garantissem os Direitos Fundamentais. Quando esta foi aprovada, garantiu alguns Direitos Fundamentais de suma importância, tais como a inviolabilidade de domicílio, a liberdade religiosa, o direito ao devido processo legal, o júri, a ampla defesa, à proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias, além da limitação do poder do estado através da separação de poderes. (BREGA, 2002, p. 10).

Porém, de todas as declarações de direitos e textos de lei da época<sup>1</sup>, nenhuma influenciou tanto no âmbito dos Direitos Fundamentais quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) na França, que segundo texto precursor clássico de Jellinek (*apud* DIMOULIS, 2009, p. 24), defende que:

A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer.

É notório o impulso que a Declaração Francesa de Direitos proporcionou aos cidadãos. Porém, o texto de lei francês não fazia parte da constituição, o que posteriormente em 1791 passou a integrar, regulamentando assim os Direitos Fundamentais. O único empecilho é que, na época, a Constituição de um país era considerada inferior a dispositivos legais criados por autoridades federais, tornando os Direitos do Cidadão vulneráveis e sem sua devida garantia.

---

<sup>1</sup> Período que compreende o final do século XVIII

Tal preceito foi sobreposto, quando em 1803, nos Estados Unidos, a corte suprema<sup>2</sup> determinou que a Constituição Federal é “superior a qualquer outro dispositivo legal”. (DIMOULIS, 2009, p.24). A partir deste momento, o termo constitucionalismo ganhou força, uma vez que os tribunais teriam que respeitar a constituição, obstando o legislador, a restringir, de qualquer forma, os direitos considerados fundamentais.

O constitucionalismo buscou primeiramente, garantir o princípio da legalidade, atuando o legislador como um conciliador da lei, o que Dimitri Dimoulis (2009, p.27), enfatiza, com clareza, acerca da preocupação dos constitucionalistas alemães do século XIX, quanto à garantia do princípio legalidade, qual seja: “não haverá intervenções na liberdade e propriedade sem lei (que as legitime) [...]. Por isso que se diz que os direitos fundamentais eram então sinônimos de ‘reserva de lei’ ou ‘reserva legal’.”.

Seguindo a ideia de constitucionalismo, vários outros instrumentos foram elaborados, como a Constituição Mexicana de 1917; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da União Soviética bem como a própria Constituição Soviética, ambas de 1918; e a Constituição da república de Weimar de 1919 na Alemanha, a qual se deu origem através de um pacto social entre a burguesia e demais forças sociopolíticas da época, que após o término da 1ª Guerra Mundial estavam falidos e com o sentimento ferido, uma vez que estavam submetidos aos rigores do novo pacto econômico firmado no Tratado de Versalhes.

Esse pacto social garantia inúmeros direitos fundamentais que eram divididos em cinco títulos, os quais abrangeram tanto garantias fundamentais clássicas como ainda ampliaram o rol dos direitos fundamentais introduzindo direitos de caráter social e econômico (DIMOULIS, p.29).

Seguindo o preceito histórico, a lei alemã evoluiu e trouxe novos conceitos aos direitos fundamentais do cidadão, a Lei Fundamental da Alemanha de 1919, foi a primeira a adotar o termo Direitos Fundamentais em seu texto de lei de forma eficaz e com um alcance tão abrangente, uma vez que compreende e relaciona tais Fundamentos juntamente com o Estado Democrático de Direito, protegendo os direitos dos indivíduos, tornando-os oponíveis frente ao Estado e aos particulares (ALEXY. 2008, p 28-29).

---

<sup>2</sup> Tal decisão é oriunda do famoso caso norte americano Marbury vs Madison, a primeira decisão de um Tribunal que indeterminou a aplicação de leis inconstitucionais mesmo sem previsão constitucional acerca do tema.

A partir do constitucionalismo, os direitos fundamentais do cidadão deixaram de ser apenas uma forma de organização do estado e dos poderes para então estampar os textos constitucionais com status de excelência e com uma distinção prioritária frente a qualquer lei.

No Brasil, os direitos fundamentais foram aplicados junto ao texto constitucional com maior eficácia a partir da Constituição Federal de 1988, como uma forma de manter a ordem política, o respeito à dignidade da pessoa humana e um conceito de sociedade justa, elencou os direitos e garantias fundamentais ao seu texto, presente no Título II da referida constituição.

Nesse sentido, a Constituição Federal apontou que a sociedade brasileira é uma coletividade desigual e que seu intuito é de minimizar essa disparidade da sociedade, para assim possibilitar condições dignas de vida aos cidadãos.

Apesar dos Direitos Fundamentais estarem disciplinados no texto constitucional, apenas a leitura do tema junto a referida Constituição, não possibilita, aos operadores do direito, e aos demais cidadãos, compreenderem os direitos de tal natureza de forma correta, posto que o verdadeiro intuito desses é a resolução dos conflitos, por meio de um entendimento jurídico-constitucional, partindo de um contexto histórico através de fontes doutrinárias para possibilitar a melhor compreensão, uma vez que possuem uma interpretação ampla (DIMOULIS. 2009. p. 18).

Com a implantação da Constituição de 1988, o Estado Brasileiro deixou de ser apenas um mero fiscalizador dos Direitos Humanos, para, assim, atuar de forma mais ativa na sociedade mundial, com o objetivo de garantir e prover os bens necessários para garantir a dignidade da pessoa humana. Essa mudança de postura do Brasil se deve a implantação dos Direitos Sociais junto a Constituição, presentes no art. 6º da Constituição Federal<sup>3</sup>.

O fato é que os Direitos Sociais sofrem resistência quanto a sua efetivação juntamente com os Direitos Fundamentais, o que ocorre é que com a implantação dessa nova modalidade de direitos, o legislador atentou a buscar e relacionar direitos considerados fundamentais aqueles que também estão fora dos relacionados juntamente ao Título II da constituição, a grande polêmica é esta, pois alguns doutrinadores não consideram os direitos sociais com

---

<sup>3</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

fundamentalidade, mas, sim, como leis que obrigam o Estado a prestação de serviços em favor do cidadão.

Neste prisma, utilizando-se da base teórica de Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 30-35.), em sua dissertação “A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível” será analisado o tema dos direitos sociais a seguir:

Segundo defende a autora, os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição de 1988, bem como as garantias asseguradas pelo Título VIII da Constituição, o qual objetiva garantir o bem-estar e a ordem social, devem ser interpretados como direitos fundamentais, de forma que o artigo 6º determina que a proteção destes direitos se dá “na forma desta constituição”, o que amplia a interpretação da lei constitucional, uma vez que apenas critérios formais, como o texto de lei, não seriam suficientes para determinar quais são os direitos fundamentais.

Alexy (*apud* OLSEN, 2006, p. 30-35.) defende a teoria utilizada pela Constituição Alemã, a qual considera como fundamental todas aquelas normas que tiverem relação direta de fundamentação com as leis de direitos fundamentais positivadas na constituição, integrando, neste contexto, normas e princípios constitucionais, bem como as leis adotadas por tratados internacionais.

Os direitos fundamentais na CF/88 tem caráter expansivo, significando que, além de expressamente previsto no texto constitucional, os direitos desta natureza são garantidos pelas comunidades internacionais de que o Brasil venha a ser signatário.

A errônea ideia da aplicação da teoria formalista dos direitos fundamentais traz um conceito de inconstitucionalidade desta regra, uma vez que, afastando as normas de ordem social, estaria, juntamente, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, individualizando e criando um caráter subjetivo as demais normas constitucionais.

Seguindo este norte, a Constituição Federal de 1988, elenca os direitos de ordem sociais como legítimos direitos fundamentais, com o intuito de garantir plena proteção ao indivíduo, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e garantindo como fundamentais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”.

### 1.1.1 Direitos Fundamentais Positivos

Apesar do pressuposto de igualdade que envolve os direitos fundamentais, eles possuem diferentes formas de aplicabilidade, prestações e proibições, permitindo que tais normas fundamentais sejam, em determinados casos, impostas pelo poder público, bem como utilizadas como forma de defesa do indivíduo contra a intervenção do estado.

Esta classificação dos direitos fundamentais, parte de um rol elaborado por Robert Alexy (*apud* OLSEN, 2006, p.50), o qual classifica os direitos fundamentais conforme suas diferentes formas de aplicabilidades e individualidades, estabelecendo-as em três grupos: os direitos a algo, as liberdades e as competências, qual sejam:

Os direitos a algo correspondem à seguinte estrutura deôntica: o sujeito A tem frente a B o direito a X. Esta categoria abarcaria tanto o direito a uma abstenção de outrem, no caso, do Estado, como o direito a uma prestação positiva. Já as liberdades estão relacionadas ao conceito de permissão, e correspondem a uma alternativa de ação, ou seja, a possibilidade de fazer ou não fazer algo, o que pode ser expresso da seguinte forma: “x é livre (não livre) em relação a y para fazer z ou não fazer z”. Finalmente, as competências surgem a partir da capacidade, o poder, de cada indivíduo de modificar sua situação jurídica, ou seja, ela pode ser traduzida em um “poder fazer jurídico” garantido por normas específicas que atribuem expressamente a permissão e as condições de validade para realizar o ato.(grifo nosso).

O conceito de direito fundamental positivo se aproxima muito da ideia de obrigação, só que neste caso, entre o Estado e o indivíduo, determinando as obrigações de fazer e não fazer com relação às intervenções do Estado e o cunho prestacional como atribuição a este.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos de “*status positivus*” estão presentes no art. 7º, o qual versa sobre os Direitos Sociais e que se definem como os direitos dependentes de uma prestação do Estado para que tenham efetividade, para assim garantir a melhora da condição social do indivíduo. Este grupo de direitos sociais e econômicos, os quais exigem a prestação positiva do estado, são considerados pela doutrina como direitos de 2ª geração, os quais compreendem o direito à saúde, ao trabalho, a educação, alimentação, assistência social, previdência social, moradia, entre outros.

Trata-se de situações em que o Estado deve intervir para assim garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais. Para Dimoulis (2009, p.57) os direitos positivos são aqueles que “permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*”.

Ainda, Dimoulis defende que para garantir a plena eficácia da Constituição, o Estado deve intervir de forma individual, atuando através de políticas públicas e outros meios prestacionais podendo ser meios materiais como a prestação à saúde, educação ou prestações normativas para a tutela dos direitos individuais.

Para Pontes de Miranda (2002, p. 376), os direitos de *status positivus*, compreendem “a alguma prestação, ou em simples regra programática, ou em regra de direito objetivo com sanção ou sem ela, ou em regra de que decorram direito objetivo, pretensão e acionabilidade”. O caráter positivo das normas constitucionais fixa o dever do estado como garantidor dos direitos sociais vinculados a ele, obedecendo ao princípio da igualdade e da solidariedade.

Apesar dos direitos fundamentais positivos adotarem o caráter individual, a norma positivada, muitas vezes, se refere à coletividade, responsabilizando tanto o indivíduo quanto ao Estado a garantir o pleno exercício do direito, assumindo um efeito *erga omnes*, é o que ocorre, por exemplo, no Artigo 225 da Constituição Federal<sup>4</sup>, que prescreve que o “poder público e a coletividade” são responsáveis pela preservação do meio ambiente para garanti-lo a gerações futuras.

Tanto os direitos fundamentais positivos quanto negativos, estão amplamente amparados pela Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que ambos visam garantir tal princípio, com o intuito de promovê-la, respeita-la e protege-la, para assim garantir a efetividade dos direitos fundamentais de cunho social e econômico.

No Brasil, os direitos fundamentais positivos estão diretamente relacionados com as políticas sociais, as quais são implementadas através da destinação de recursos específicos para garantir a proteção da sociedade e assegurar a aplicação dos direitos sociais e econômicos.

---

<sup>4</sup> **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ocorre que a falta de recursos a serem disponibilizados para promover as políticas sociais torna a cercear a efetividade dos direitos fundamentais, os quais dependem de uma melhor distribuição e utilização, este cerceamento é a chamada “reserva do possível”, utilizada como forma de alegação para a não-efetivação dos Direitos Sociais.

A intervenção, de forma positiva, pelo Estado, segundo J.J Gomes Canotilho (1997, p. 250), garante a ordenação das funções do Estado, como forma de uma coordenação justa e adequada de tarefas e funções dos órgãos pertencentes ao poder público, o que permite a delegabilidade de responsabilidade aos respectivos poderes.

Ainda, para Robert Alexy (2008, p. 264), o *status* positivo compreende ao que a teoria de Jellinek define como “a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado”.

### *1.1.2 Direitos Fundamentais Negativos*

Para Dimoulis (2009, p.55), os direitos fundamentais de *status* negativo são os direitos de cada indivíduo para resistir à intervenção estatal, como forma de defesa, para assim garantir a liberdade da população perante o poder público, trata-se de uma ação de cunho negativo, oponível contra o Estado, gerando uma obrigação de deixar de fazer, são os chamados de “direito de defesa” ou “direito de resistência”.

Porém este direito de defesa do cidadão é limitado, de modo que a defesa do indivíduo não pode se opor de forma alguma o bem jurídico maior que são os direitos fundamentais, isto é, o indivíduo somente exercerá o seu direito de defesa quando da intervenção do Estado restar um motivo injustificado, motivo este que, se extrapolado, traria à tona um sistema de direitos fundamentais conflitantes.

O pressuposto dos direitos de status negativo, não constitui somente uma forma de defesa do indivíduo perante o poder público, mas sim busca evitar a atuação arbitrária do Estado ante aos indivíduos, incluindo neste rol o direito à propriedade e a liberdade econômica.

Desta forma, os direitos negativos possuem um grau de intervenção inferior aos direitos de status positivos, pelo pressuposto de que o estado ao criar as políticas públicas, demanda verbas para garantir o bem estar da população, assim, mera intervenção deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, para assim garantir a igualdade a todos.

Seguindo a teoria do *status* de Georg Jellinek resgatada por Alexy (2008, p. 258-262), define que o conceito de *status* negativo como um direito de defesa do cidadão é errôneo, pois limitaria o poder de “*imperium*” do Estado. Para Alexy, os direitos fundamentais negativos encontram seu verdadeiro fundamento na ideia de liberdade, o que é definido como “esfera individual de liberdade”.

Porém, o conceito de liberdade do indivíduo é, em muitos casos, irrelevante para o Estado, uma vez que existem ações do indivíduo que não possuem qualquer relevância jurídica, uma conduta que independe de qualquer tipo de atuação da esfera pública, uma liberdade juridicamente não-protégida.

Assim, a conclusão a qual se pode chegar acerca dos direitos fundamentais negativos, é abstrata, pois se determina, através de liberdades individuais não protegidas juridicamente, sem uma formalização normativa, limitando-se a perturbação, imposição ou coação ilegítima por parte do Estado.

A questão conflitante entre o *status* negativo, o *status* positivo e até mesmo o *status* passivo, é que “Toda ampliação do espaço (jurídico) de obrigações é, por razões lógicas, uma redução do espaço (jurídico) de liberdade”. Ainda, Alexy (2008, p. 258-262) defende que, para sanar as relações de conflito, a qual ampara a teoria do status de Jellinek, é necessária uma reflexão entre o *status* e o direito, qual seja: “Se se pretende garantir ao indivíduo um espaço de liberdade da forma mais segura possível, então, é necessário fazê-lo por meio de direitos ao não-embaraço e à não-eliminação”.

A partir deste contexto conflitante, da teoria do *status*, muitos doutrinadores entendem que os todos os direitos de caráter fundamental são pressupostos positivos, o que Olsen (2006, p.50) aborda em sua dissertação é a ideia de que “Todo o direito pressupõe uma atuação do Estado, seja mediante provocação (através do Poder Judiciário, por exemplo), seja espontaneamente (através da atuação do poder de polícia, ou das instituições administrativas)”, o que atende a ideia de que todo o direito depende de recursos do governo para garantir sua efetivação.

O que é possível afirmar, acerca da dos direitos fundamentais positivos e negativos, é que não existe uma distinção de sua atuação, uma vez que ambos se completam de modo a garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, ora prestacional, ora de defesa, criando meios de proteção do indivíduo sem afetar sua liberdade.

## **1.2 Direito à Saúde**

O direito à saúde, garantido pela Constituição Federal, parte do conceito de prestação do estado: um direito prestacional, o qual vincula os três poderes e constitui uma cláusula pétrea que não pode ser suprimida em nenhuma hipótese, entendendo-se, assim, que o direito à saúde deve ser devidamente efetivado para, assim, garantir fática e juridicamente o direito do cidadão. Este direito prestacional à saúde, Sarlet (2007, p.284), define como:

[...] os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Esta participação do povo na distribuição de bens materiais e imateriais, para garantir a universalidade e a integralidade no que tange ao direito à saúde é garantida pelo Estado mediante das políticas públicas, as quais atendem ao conceito de direitos sociais, garantindo o acesso de todos, e de forma igual, para, assim, possibilitar a proteção dos indivíduos. É o que se encontra definido no artigo 196 da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Desse modo, é evidente o dever que o Estado tem de amparar o cidadão quanto ao direito à saúde, uma vez que a o não atendimento desse direito pode causar danos irreversíveis ao autor, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, é o que destaca o Supremo Tribunal Federal.

O cerceamento do direito à saúde culminaria com a infração à norma de direito fundamental, tornando-a assim uma norma de eficácia limitada no ordenamento jurídico.

---

<sup>5</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Porém, a prestação do direito à saúde acarreta várias outras consequências ao poder público, o qual deve tutelar este direito de forma responsável, para, assim, não afetar economicamente o Estado.

Segundo Olsen (2006, p.198), acatar a afirmação de que o Estado não possui recursos suficientes para garantir o acesso ao direito à saúde, alegando que tal pretensão não está prevista no orçamento, seria como determinar que o titular de um direito à ele adquirido não poderá ser exigido por conta da reserva do possível.

Porém, de outro norte, o aumento das demandas judiciais e a exorbitância com que é concedido tal benefício, traz à tona a necessidade de uma melhor organização e coordenação referente a esta prestação. Em pesquisa realizada recentemente pelo jornal O Estado de São Paulo a qual foi publicada na data de 28 de abril de 2011, revela o aumento descontrolado da concessão do benefício à saúde pela esfera judicial:

**Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos.**No ano passado, Ministério da Saúde usou R\$ 132,58 milhões para comprar medicamentos de alto custo cujo fornecimento havia sido determinado pela Justiça - em 2005, o valor era de R\$ 2,24 milhões; União foi citada em 3,4 mil processos do gênero em 2010.[...] "A judicialização da saúde não é um fenômeno que surgiu do nada, sem motivo algum. O grande problema é o déficit da atualização da listagem dos medicamentos de alto custo, especialmente os da área oncológica", diz. "E o governo se preocupa muito em tratar o efeito (as ações) em vez de se preocupar com a causa."

As políticas públicas de saúde são a principal solução para amenizar o problema do excesso de judicialização, pois os gastos excessivos e desordenados dos recursos que causam a desprogramação do orçamento e trazem prejuízo ao erário. A padronização de medicamentos da chamada última geração, os quais demandam um alto custo ao erário, permitiriam a diminuição do preço pela compra em demanda, bem como a diminuição das ações judiciais.

### *1.2.1 Das Políticas Públicas de Saúde*

O Estado tem como dever promover condições suficientes para que o cidadão tenha acesso à saúde, para, assim, possibilitar o usufruto de tal benefício a todos os cidadãos. No

Brasil parte deste benefício é concebido por meio das políticas públicas, mediante determinação judicial.

Para Maria Paula Dallari Bucci (2001, p.13), as políticas públicas estão diretamente relacionadas aos interesses dos cidadãos para em torno de um objetivo comum que é o acesso à saúde. Em suma, é uma estrutura criada pelo Estado para atender à coletividade de interesses. Esta estrutura criada é resultante de “planejamento, racionalização e participação popular”, com a finalidade de atingir as metas do Estado, criando, por meio das políticas públicas, os processos para que seus objetivos sejam atingidos.

As políticas públicas para Fabio Konder Comparato (1998, p.44-45), é uma atividade que engloba um conjunto de normas e atos direcionados a um objetivo comum. O que ocorre é que as políticas públicas de proteção à saúde tinham como meio de acesso a via administrativa através do poder executivo e legislativo, os quais tutelavam as pretensões dos indivíduos, o que, nos últimos anos, foi distorcida diante da grande demanda a tutela para o Poder Judiciário, afastando, assim, a prestação do direito à saúde das vias que lhe pertencem de fato.

Conforme aborda Limberger e Grinson (2010, p. 307), a falta de uma legislação que determine os percentuais de investimento dos três entes federativos é um dos empecilhos para o bom funcionamento das políticas públicas de acesso à saúde, o que foi proposto pelo “PL 306/2008, decorrente da propositura de regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198, trazidos pela EC nº 29/2000”, os quais determinam as obrigações para investimentos na saúde por parte dos entes da federação e que há muito tempo já deveria estar em vigor.

Esta ineficácia das políticas públicas enseja o acesso às vias judiciais para pleitear tal benefício, uma via mais onerosa e lenta, porém eficaz, pois o Direito à Saúde, apesar de ser um direito de todos, não é um direito absoluto ou irrestrito, dependendo estritamente da formulação de políticas públicas, como determina o art. 2º da Lei Federal 8.080/90<sup>6</sup>.

O judiciário não é somente uma forma de acesso ao direito à saúde, o que é erroneamente utilizado. O Poder Judiciário tem o dever de, em casos de omissão injustificada

---

<sup>6</sup> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. [...] § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e

do poder público, intervir para que o Estado crie e possibilite o acesso dos indivíduos, atuando, assim, como um órgão fiscalizador do poder público, é o chamado controle judicial de políticas públicas, como é enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. **A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário**<sup>7</sup>.(grifo nosso)

Ocorre que a administração pública se baseia na tradição para a elaboração das políticas públicas, levando em consideração a relevância do cunho prestacional e disponibilizando o acesso a esses benefícios, pois o direito à saúde, aqui tutelado, não é um direito individualizado, pois ninguém pede para si tal benefício, mas sim se utiliza da referência coletiva de que o direito à saúde, o direito à vida, e do acesso as vias administrativas é de todos, indistintamente.

Opiniões divergentes defendem que a eficácia da prestação do direito à saúde é limitada a uma série de critérios, pois seria erroneamente utilizado o meio público para a obtenção livre e desenfreada deste benefício. O mínimo que deve ser feito é a comprovação da efetividade do benefício pleiteado, pois não se pode deixar de lado o princípio orçamentário da administração pública. É a posição em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina defende, *ex positis*:

Nossa realidade econômica e social não permite que o Poder Público forneça a todos, todo e qualquer fármaco ou tratamento. Isso é fato notório. **A única forma, então, de atender à universalidade e igualdade nas prestações e serviços de saúde, é organizá-lo de acordo com políticas que visem alcançar o maior número de pessoas**, para o tratamento daquelas moléstias mais disseminadas e graves. **É grave equívoco imaginar-se que ao se conceder medicamento de alto custo à pessoa determinada, estar-se-á garantindo atendimento universal e igualitário.** Nada disso. Estar-se-á, sim, impedindo que aquela parcela da população que realmente carece de recursos para promoção de seu mais básico tratamento de saúde, veja-se impedida de tê-lo garantido pelo estado. Como bem relevou a Ministra Ellen Gracie em recente decisão proferida a respeito do fornecimento de medicamentos (Suspensão de Tutela Antecipada - STA n. 91), "*a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser*

---

da sociedade.

<sup>7</sup> REsp 1041197 / MS (2008/0059830-7), Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 25.08.09

*fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários". (grifo nosso).<sup>8</sup>*

Assim, o acesso ao benefício da saúde por meio de políticas públicas deve ser tratado de forma cautelosa, pois no Brasil há cerca de 180 milhões de pessoas que utilizam o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que dois terços destes usuários, ou seja, aproximadamente 118 milhões de pessoas, dependem exclusivamente do sistema público.

Os empecilhos e equívocos quanto a este direito a ser prestado pelo Poder Público parte de ambas as partes. Não é só o cunho econômico, mas a necessidade de critérios específicos e organização por parte dos entes públicos, envolvendo os três entes federativos bem como os três poderes. A ideia utópica de que todos tem direito à saúde é apenas algo que sonhamos um dia ter, uma vez que não se tem acesso aos recursos públicos para sua efetivação. Mas estes pequenos equívocos podem ser corrigidos para que demandem menos custos ao erário e possibilitem uma via de acesso cada vez maior aos indivíduos.

### *1.2.2 Decorrente das Necessidades Individuais*

Um dos principais avanços do legislador foi admitir o direito à saúde como um direito ao acesso à cura e à proteção aos indivíduos, não apenas o direito à saúde como apenas um processo de cura. Assim, é considerado direito à saúde todo o procedimento médico e hospitalar, como também os procedimentos para garantir as necessidades individuais do cidadão, procedimentos básicos, mas que previnem e asseguram a saúde e a qualidade de vida do cidadão.

Assim deve o Estado criar meios que possibilitem o acesso à saúde de forma homogênea, e o indivíduo por sua vez, tem enfermidades específicas e necessita o atendimento de forma individualizada, mas também deve ter um estilo de vida digno o qual lhe mantenha saudável, essas são os chamados deveres básicos de solidariedade, as quais compreendem vacinações, saneamento básico, ações de vigilância epidemiológica, etc., para assim reduzir os fatores que causam as doenças ao indivíduo.

---

<sup>8</sup> Agravo de instrumento n. 2007.057210-0, da Comarca de Palmitos, Relator: Des. Substituto Jaime Luiz Vicari, 10.12.2007

O caráter individual da saúde é a parte preventiva, a qual o cidadão usuário do Sistema de Saúde deve fazer a sua parte, individualmente para garantir sua própria saúde e qualidade de vida através dos meios disponibilizados pelo Estado. O Ministério da Educação (2011) define uma forma de proteção à saúde, qual seja:

Protege-se a saúde realizando exames médicos e odontológicos periódicos, conhecendo a todo momento o estado de saúde da comunidade e desencadeando oportunamente medidas dirigidas à prevenção e ao controle de agravos à saúde mediante a identificação de riscos potenciais. As medidas curativas e assistenciais, voltadas para a recuperação da saúde individual, complementam a atenção integral à saúde.

A proteção à saúde por intermédio da educação é um dos meios mais importantes de intervenção individual e coletiva, por parte do Estado, para com o indivíduo, de modo que expõe os fatores prejudiciais à saúde, e determina a responsabilidade de cada um para garantir sua própria saúde.

O Estado, ao garantir meios de acesso às necessidades básicas da população, em contrapartida, determina que esses meios sejam utilizados para garantir condições que permitam uma boa qualidade de vida. Por isso, o grande objetivo é a integração das esferas individuais e coletivas para a plena eficácia do direito prestacional à saúde, como define o Ministério da Educação (2011), *in verbis*:

[...] Ao mesmo tempo que, contextualizar saúde é essencial para a compreensão dos determinantes do processo saúde/doença remetendo à responsabilidade em assumir compromissos coletivos com a realidade, é fundamental o papel motor de cada ser humano na sua saúde pessoal. A luta pela ampliação das possibilidades de desfrutar as potencialidades de cada indivíduo e da sociedade como um todo é produto da integração entre essas duas dimensões.

### **1.3 Principais princípios e garantias fundamentais que norteiam o direito a saúde.**

Para que seja possível a prestação do direito à saúde, como para qualquer direito fundamental de cunho social, é necessário qualifica-lo acerca da sua importância e viabilidade para a população. Estas características são determinadas através dos princípios e garantias

fundamentais. Para possibilitar a aplicação dos princípios e garantias fundamentais e garantir a todos o direito ao acesso e a prestação deste direito fundamental, Alexy (2008, p. 90), define princípio fundamental como:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

No direito à saúde, existem, além dos princípios abordados pelo Sistema Único de Saúde, como o da universalidade e integralidade, são utilizados princípios que norteiam de forma geral o direito à saúde, dentre os mais importantes estão o princípio da igualdade, da proporcionalidade e o princípio da reserva do possível.

### 1.3.1 Princípio da Igualdade

O Princípio da igualdade determina que todos são iguais perante a lei e por conseguinte, merecem um tratamento igualitário, sem abusos, sendo que a não observância deste princípio distorce o conceito de justiça, o qual garante a igualdade e a ampla defesa dos cidadãos, conforme determina o caput do Art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>.

Segundo preceitua Leny Pereira da Silva (2011, p. 24), a igualdade não compreende apenas a igualdade perante a lei, mas sim a igualdade na aplicação da lei, o que no caso da saúde pode causar um grande desrespeito ao princípio da igualdade. Defende a autora, abordando o caso das ações judiciais para acesso à tutela da saúde que “Nas hipóteses de fila para transplante de órgãos, para realização de determinados tratamentos. Aqueles que estão na fila são preteridos, uma vez que a decisão judicial para atender aquele outro tem que ser respeitada”.

Na realidade, na saúde existem inúmeros fatores os quais permitem a preferência de

---

<sup>9</sup> Art. 5º. **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **(grifo nosso)**.

certos casos, como é o caso da complexidade e da urgência, o qual fere o princípio da igualdade pela preferência, porém garante o bem mais precioso do ser humano que é a vida.

Em suma, o princípio da igualdade garante a todos o direito de acesso à saúde de forma igualitária, bem como impõe ao Estado, o dever de proporcionar o mínimo à saúde de forma igual em todo o território nacional.

### *1.3.2 Princípio da Proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade exige das partes a vedação ao excesso, uma vez que na colisão entre dois direitos de cunho fundamental, será utilizado para determinar qual possui mais importância no determinado caso. A Legislação alemã aponta três critérios para assim garantir o princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, uma medida para ser adequada não precisa ser praticada de forma excessiva e abusiva, obedecendo ao princípio da proporcionalidade. Para Filho (1989, p. 75), uma medida será adequada “se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Dessa forma, no direito à saúde, o princípio da proporcionalidade garante a efetivação deste direito de cunho prestacional de forma racional e com clareza, de modo a atingir os fins pleiteados, uma vez que os próprios direitos fundamentais, como observa Silva (2002, p. 43-44), necessitam da aplicação do princípio da proporcionalidade para a sua efetivação de forma coerente:

Se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios [...], admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.

Alexy (2008, p.165-166) aborda tal instituto com uma nomenclatura diferenciada, o que denomina de sopesamento. Segundo ele, o Estado deve proporcionar direitos ao indivíduo de modo que ele cause menos prejuízo ao erário, uma vez que os recursos adquiridos para o atendimento a saúde, por exemplo, são de interesse da integralidade da prestação e, um comportamento desregrado e imprudente de um determinado cidadão poderá causar prejuízo a todos. O autor define, ainda, que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”, desse modo, define a importância e o cuidado da intervenção através do sopesamento.

### *1.3.3 Princípio da Reserva do Possível*

O princípio da reserva do possível é hoje um dos principais temas debatidos no mundo jurídico como limitador do cunho prestacional do direito à saúde. Segundo este princípio, a viabilidade da prestação do benefício à saúde esta condicionada a viabilidade de recursos disponíveis para tal pretensão.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes em decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278-6 do Estado de Alagoas, definiu o instituto da Reserva do Possível apontando as dificuldades recursais do Estado perante este dever, qual seja:

[...] todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez”

Tal definição evidencia as dificuldades de prestação dos benefícios, condicionando-os a normas programáticas para ter sua eficácia garantida. Porém, a “reserva do possível” não obsta o direito do indivíduo a receber o benefício, vez que este princípio, no caso da saúde, colide com outros como, por exemplo, o direito à vida, o que acarretaria, assim, a valoração da reserva do possível frente a outros princípios fundamentais.

Cabe, ainda, atentar que a alegação da “reserva do possível”, como apenas a impossibilidade financeira, vai contra os princípios tutelados pela Constituição Federal,

devendo este ser utilizado de forma coerente e sempre analisado com certa parcimônia, sendo necessária ainda a demonstração de tal insuficiência, obedecendo, aqui, o princípio da proporcionalidade.

## **CAPÍTULO II**

### **2 O ESTADO BRASILEIRO E SUAS OBRIGAÇÕES PRESTACIONAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE**

O Estado brasileiro é um unitário o qual tem por objeto a organização do sistema estatal para proporcionar a tutela de direitos à população do país.

Ante a grande área territorial a qual compreende nosso país, seria impossível tutelar os direitos e deveres de todo o povo brasileiro. Desse modo, o Estado foi subdividido, e suas competências descentralizadas com a criação de entes públicos com personalidade jurídica própria, para, assim, proporcionar ao indivíduo o acesso administrativamente, bem como a fiscalização por parte do Poder Público de uma forma mais próxima e eficaz.

Quanto as competências, o Estado brasileiro é dividido administrativamente em União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Cada um desses entes possuem atribuições comuns e distintas, sendo que a Constituição Federal de 1988 determina a competência de cada um, sua forma e limite de atuação, bem como quando devem prestar ou tutelar determinado direito de forma solidária e conjunta.

Ocorre que a nossa Constituição é omissa ou falha em alguns casos, quanto à competência de cada ente, prejudicando a prestação de um determinado benefício ou direito ao indivíduo que necessita ter acesso a tal tutela.

## 2.1 A Organização do Estado Brasileiro Quanto às Competências.

O Brasil adota o sistema federalista de governo, formado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme determina o artigo 1º da Constituição Federal<sup>10</sup>, o qual conceitua o conjunto desses entes como Estado Democrático de Direito.

As pessoas jurídicas de direito público interno possuem suas atribuições fixadas a partir do *Título III* da Constituição Federal de 1988, o qual determina a “organização do Estado”.

A Constituição determina a competência, a abrangência e atribuições tanto da União, a partir do artigo 20, dos Estados da federação a partir do artigo 25, dos municípios no artigo 29 e seguintes, bem como do Distrito Federal no artigo 32, determinando, ainda, quando a União poderá intervir junto aos Estados e ao Distrito Federal, bem como os mesmos intervirem nos municípios.

Desse modo, a técnica de repartição de competências aplicada no Brasil abandonou o sistema do dualismo, instituído no modelo de redação da Constituição de 1787, o qual determinava campos exclusivos de atuação dos entes federativos, adotando um sistema mais complexo, de modo que José Afonso da Silva (2003, p. 477) o define como:

A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da *enumeração dos poderes da união* (arts. 21 e 22), com *poderes remanescentes para s Estados* (art. 25, §1º) e *poderes definidos indicativamente para os Municípios* (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defende aos Estado e até aos Municípios a competência suplementar.

Por conta de o Estado Brasileiro organizar-se de forma independente, distribuindo competências a cada ente da federação, existem certas competências e tutelas que devem ser determinadas, uma vez que para amparar os direitos fundamentais a competência dos entes é

---

<sup>10</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

concorrente em certos casos, como, por exemplo, a saúde.

O conceito de competência, segundo Julio Cesar de Sá da Rocha (1999, p. 37), estabelece que tal terminologia, determina uma repartição do poder Estatal para, assim, realizar as funções essenciais do Poder Público. Essa repartição se dá justamente pelo caráter autônomo dos entes federativos.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988, trouxe consigo os conceitos de competência legislativa concorrente<sup>11</sup> e a competência material comum<sup>12</sup>, atentando para uma forma de governo federativo cooperativo e de coordenação entre as entidades políticas que formam o Estado, determinando na competência legislativa a cooperação na elaboração e suplementação das leis, bem como na competência material, garantindo efetividade das medidas protetivas.

Seguindo o conceito de competência dos entes que compõem a o Estado Democrático de Direito, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 144) determina que:

[...] competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeito mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos.

Ocorre que, no caso de tutela de um bem imprescindível ao titular, seria possível majorar a extensão da competência, bem como sua intensidade para atender ao interesse coletivo? Seguindo este preceito, Mello (2010, p. 145-146), atribuiu características as competências do Estado, qualificando-as quanto a sua relevância.

Assim, as competências, segundo o autor dividem-se em dois grupos: competências de exercício obrigatório e competências de caráter irrenunciável. As caracterizam-se por serem "de exercício *obrigatório* para os órgãos e agentes públicos", a qual retira, de certa forma, a legitimidade para demandar a tutela do cunho pessoal, com o objetivo de atender a finalidade legal do dever jurídico.

Já as competências de caráter irrenunciável pelo seu titular, bem como "intransferível",

---

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

<sup>11</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

<sup>12</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

definem que sua delegação somente seria possível nos casos admitidos em lei, e em casos em que o titular do direito não perca a possibilidade do exercício de tal direito.

Como característica importante da competência, o autor ainda elenca que estas são "imodificáveis" pela vontade do titular, que não as pode restringir, sendo admitido, exclusivamente, nos casos previstos em lei a avocação, e, as competências são "imprescritíveis", as quais não importa o decurso de tempo, elas continuarão existindo.

É evidente que em alguns casos as competências necessitam de uma melhor organização, sendo de clara importância para a sua repartição princípio da predominância do interesse público, o qual, segundo Silva (2006, p. 476), as competências serão distribuídas obedecendo tal princípio, bem como ao poder hierárquico da administração pública, delimitando à União as questões de interesse geral, aos Estados e ao DF o interesse regional, assim como aos Municípios as questões de interesse local.

Desse modo, é importante, primeiramente, delimitar e classificar as competências, para, posteriormente, delegá-las para que sejam efetivadas. Assim, Silva (2006, P. 478-479), classifica as competências, em um primeiro momento, em dois grandes grupos, distinguindo-as em de Competência material<sup>13</sup> e de Competência legislativa<sup>14</sup>.

Posteriormente, o autor subdivide as competências em quatro grupos para obter um conceito mais específico, classificando-as quanto à "*forma, conteúdo, extensão e origem*".

Quanto à forma, o autor, como o processo de sua distribuição, o qual a competência poderá ser expressa (explícita na lei); residual, a qual parte de um conceito de competência reservada ou remanescente, como é o caso da competência Estadual, a qual é cabível, desde que não seja vedada pela Constituição Federal, como, por exemplo, a competência tributária, ou, ainda, implícita, que segundo o autor, compreende a "prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos, ou reservados".

A classificação quanto ao conteúdo, segundo o autor, distingue-se em econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária, ainda, releva a hipótese de competência internacional, a qual atenta para o regulamento de tratados e convenções internacionais, bem como negócios no exterior.

---

<sup>13</sup> CF. arts. 21 e 23.

<sup>14</sup> CF. arts. 25, §§ 1º e 2º, art. 22, art. 24 e art. 24, § 2º.

A participação conjunta de entidades para atividades de cunho prestacional e normativo são classificadas por Silva (2006, p. 479), como competências quanto à extensão, as quais podem ser "*exclusivas*", hipótese em que, é atribuída a competência a um ente ou entidade, excluindo, assim, a competência dos demais; "*privativa*", quando é atribuída a um ente porém com a possibilidade de ser delegada, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal<sup>15</sup>; "*comum*" , a qual permite a prática de certos atos conjuntamente e igualmente, sem que haja exclusão de qualquer competência dos entes, conforme o artigo 23, "caput" da Constituição Federal<sup>16</sup>; "*concorrente*", definição que se dá quando há a "possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa"; e ainda, podem ser "suplementares", nos casos de omissão dos princípios e normas gerais, as quais devem ser supridas.

Por fim, Silva (2006, p.479), define a competência quanto a sua origem, subdividindo-as em de modo que o autor a subdivide em competência originária, quando é fixada desde o início em prol de uma entidade, e bem como competência delegada, quando a qual uma entidade recebe tal atribuição através de delegação.

As competências atribuídas à União, Estados, Municípios e Distrito Federal podem ser executadas através de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, mas também são atribuídas aos órgãos públicos, no que se denomina de desconcentração de poderes e atribuições pelo poder público, o que atenta para a execução dos serviços públicos.

Desse modo, Silva (2006, p. 480), aponta na dificuldade na execução dos serviços no ordenamento federalista de governo e classifica o sistema de execução dos serviços no Brasil:

*O sistema brasileiro é o de execução imediata. União, Estados, Distrito Federal e Municípios mantêm, cada qual, seu corpo de servidores públicos, destinados a executar os serviços das respectivas administrações (art. 37 e 39 da CF/88).*

Posto isto, a Constituição Federal estabelece as diretrizes das competências da Federação, podendo, ainda, quanto a sua execução ser prestada através de formas de gestão associada de serviços públicos, as quais são firmadas através de consórcios e convênios

---

<sup>15</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

<sup>16</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

firmados pela administração pública.

## **2.2 O Alcance das Normas de Responsabilidade e de Competência de Cada um dos Entes da Federação.**

Conforme visto no tópico anterior, as competências dos Entes Federativos são fixadas conforme disposto na Constituição Federal, para, assim, proporcionar a organização do Estado. Desse modo, a Constituição prevê competências privativas, exclusivas e concorrentes, também garante a execução de uma determinada obrigação mediante um processo/procedimento adequado através da tutela executiva.

Primeiramente, sob um prisma geral, as competências atribuídas ao poder público possuem limites jurisdicionais, os quais devem ser observados sempre conforme o princípio da legalidade, conforme preceitua Araken de Assis (*apud*, BESERRA. 2007, p. 28):

Um dos elementos essenciais adotados por aquela vertente do pensamento político é o princípio da legalidade. trata-se, por excelência, de um instrumento de limitação do poder político.

Desse modo, para Assis (*apud*, FERRER, 2007, p. 96), é de suma importância a atuação do Poder Judiciário em realizar o controle dos atos do Poder Executivo - no Brasil exercido pelo poder público - por mais que a Administração Pública goze de autonomia para anular seus atos, conforme preceitua a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>.

Partindo do princípio da legalidade, Arruda Alvim (2005, p. 229-230), amplia este conceito, de acordo com o disposto no artigo 5º, XXXV<sup>18</sup>, posto que:

Muitas vezes, diz-se que este ou aquele ato administrativo não pode ser alterado pelo Judiciário, porque isto importaria em tocar-lhe o mérito (o que não é lícito); mas, na verdade, o que ocorre é que, se bem examinada a hipótese, verificar-se-ia ser caso de legalidade e não propriamente de mérito. por outras palavras, julgamos que, embora seja rigorosamente exato dizer-se que o mérito não pode ser reapreciado pelo Judiciário - o que importaria

---

<sup>17</sup> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>18</sup> art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

invasão de poderes -, é possível reexaminar grande número de atos administrativos sob o ângulo da legalidade.

Assim, o limite da competência dos entes federativos deve ser fixado nos limites da conveniência e da oportunidade, e não pela distinção de atribuições entre os mesmos, é o que defende Alvim (2005, p. 229-230), quando define que não cabe ao Judiciário a alteração do ato administrativo de competência, sob alegação de que outro ente seria a melhor opção para a prestação de tal tutela, em face ao princípio da separação dos poderes<sup>19</sup>.

Desse modo, a efetivação das normas de direito social "não deve expressar somente a vontade do legislador, quando da elaboração da norma" mas sim adequa-la a contexto social e garantir sua finalidade, assim, adquirindo uma dimensão preventiva e reparativa, a qual abarca o direito à saúde como um "conjunto de deveres prestacionais a cargo do Estado como decorrência das normas constitucionais visando cumprir sua função institucional de guardião dos interesses de sua população" (HAUSCHILDT, 2011, p. 69-70).

### **2.3 A Competência dos Entes Federados nas Ações de Medicamentos**

A Constituição Federal no artigo 196<sup>20</sup>, determina que todos os entes da federação têm competência na prestação da tutela à saúde, sendo que, Rocha (1999, p. 39), determina que "É responsabilidade de todas as esferas federativas a prestação e defesa da saúde".

Ressalta-se, ainda, diferença entre a competência legislativa e o dever prestacional, situação que, não raras vezes, se confunde, porquanto a competência em matéria de direitos sociais não decorre de leis já que a Constituição – seja por suas normas e ou pelos princípios que enceta – determina a adoção de políticas públicas que visem salvaguardar os direitos dos cidadãos.

A questão da competência dos entes federativos no âmbito dos medicamentos é uma questão polêmica e omissa pela lei e, segundo BARROSO (2007, p. 17), essa distribuição de

---

<sup>19</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>20</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

competências está disposta apenas em atos administrativos dos entes, sendo que, o principal deles é a Portaria nº 3916/98 do Ministério da Saúde<sup>21</sup>, a qual também determina a elaboração de listas de medicamentos os quais serão disponibilizados à população.

Segundo a Constituição Federal, a competência para legislar questões referentes a saúde é concorrente entre os entes federativos, conforme os artigos 24, XII e 30, II do texto de lei, figurando a União estabelecer as normas gerais e, aos Estados e Municípios as normas suplementares. No que se refere as políticas públicas de saúde, a constituição determina que a competência é comum para a sua elaboração (BARROSO, 2007, p. 14-15).

O direito à saúde obteve maior destaque na Constituição Federal de 1988, pois, nas Leis Federais anteriores tal conceito era abordado de forma indireta conforme elucida Hauschildt (2011, p. 56), em um breve apanhado histórico:

O retrospecto normativo de nível constitucional dá conta que: a Constituição de 1891 foi omissa quanto à matéria; a de 1934 reconheceu a saúde como direito subjetivo apenas dos trabalhadores e tão-somente no âmbito do sistema de seguridade social em evidente privilégio classista e visando, exclusivamente, a proteção da força de trabalho; a Constituição de 1937, ainda que adstrita aos trabalhadores, trouxe a ampliação de benefícios para abarcar a cobertura de riscos sociais; a Constituição de 1946, com mais amplitude, contemplou a saúde com o objetivo de ampliação do campo de proteção e sob sua vigência foi que, em 25 de julho de 1953, por decorrência da edição da Lei n. 1920, foi criado o Ministério da Saúde e, em 03 de setembro de 1954, editada a Lei n. 2.312, inserindo normas gerais de defesa e proteção da saúde, dando origem ao termo “dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. Ainda sob a vigência da Carta Política de 1946 foi editado o Código Nacional de Saúde, em 21 de janeiro de 1961, que vigeu até a edição, em 19 de setembro de 1990, da Lei n. 8.080/1990 a qual instituiu, o Sistema Único de Saúde – SUS.

Diante da atribuição da competência comum entre os entes para a prestação da tutela da saúde, houve, assim, a sobreposição de competências entre União, Estados e Municípios, o que prejudicou a prestação de tal serviço. Assim em 1990 foi aprovada a lei nº 8.080, denominada Lei Orgânica da Saúde, o que segundo Luiz Roberto Barroso (2007, p. 15), define como:

---

<sup>21</sup> V. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (DOU 10 nov. 1998), item nº 5: “No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos,

A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção*” (art. 6º, VI).

Ainda, a Lei 8080/90, além de constituir o Sistema Único de Saúde, determinou a prioridade aos municípios para a execução das políticas públicas de saúde, bem como para a distribuição de medicamentos, conforme o artigo 7º, I e IX da Lei<sup>22</sup>.

A Lei 8080/90, determina ainda as competências dos entes federativos na prestação da tutela da Saúde, sendo estabelecida no artigo 16, XIII e XV<sup>23</sup> a competência do SUS no âmbito nacional, estadual no artigo 17<sup>24</sup>, bem como no âmbito municipal no artigo 18, I e III<sup>25</sup>.

Desse modo, a lei 8080/90 que instituiu o SUS, priorizou a competência para executar os serviços referentes à saúde ao Município, sendo a União e os Estados atuantes em casos de ausência do poder municipal, fixando, assim, a descentralização administrativa. Ocorre que, o custeio de tal Sistema Único de Saúde é realizado por todos os entes da federação, independentemente de quem irá prestar a tutela à saúde, questão, esta, que gera conflitos de competência entre os entes, e que devem ser sanados entre os mesmos e não entre os cidadãos que pleiteiam tal benefício.

Quanto aos medicamentos, não existe disposição em lei que os defina, assim, a prestação a eles relacionadas é fixada mediante de atos administrativos, sendo o gestor nacional do SUS o encarregado pela formulação das Políticas Nacionais de Medicamentos,

---

cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

<sup>22</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; [...] IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

<sup>23</sup> Art. 16. À direção nacional do Sistema Único de Saúde-SUS compete: [...] XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional. [...] XV - promover a descentralização, para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

<sup>24</sup> Art. 17. - À direção estadual do Sistema Único de Saúde-SUS compete:

<sup>25</sup> Art. 18. À direção municipal do Sistema Único de Saúde-SUS, compete: [...] I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; [...] III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

subsidiariamente auxiliado no âmbito estadual e municipal, para a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), (BARROSO, 2007, p. 17).

O RENAME, que tem sua recomendação fixada junto a Organização Mundial de Saúde (OMS), deve ser elaborado de acordo com as suas competências fixadas, de modo que, cabe aos Municípios definir a relação de medicamentos essenciais, para possibilitar a assistência farmacêutica, que segundo Barroso (2007, p. 18), o "*propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde*", realizando, assim, a padronização de tais medicamentos em conformidade com a necessidade da população local. Cabe ressaltar que, a autorização do ingresso de um determinado medicamento no território nacional – no caso dos importados – ou sua inclusão no RENAME é de competência da ANVISA<sup>26</sup>.

Posto isto, cabe, aos Estados e a União, dispor acerca dos medicamentos de caráter excepcional, obedecendo, segundo Barroso (2007, p. 18), um rol de critérios<sup>27</sup> para sua implementação, uma vez que estes medicamentos são de alto custo e visam um número limitado de pacientes, este rol é elaborado por profissionais da Saúde, os quais são encarregados pela criação e atualização da lista de medicamentos conforme a necessidade de tais fármacos.

Esta lista, elaboradas por técnicos, e adotadas pelos entes federativos, visa, sobretudo, a prestação da tutela do direito à saúde de acordo com a capacidade financeira dos entes, sendo que o ideal seria que todos os medicamentos fossem fornecidos pela administração pública, porem, como não é possível economicamente a prestação deste benefício de forma

---

<sup>26</sup> As atribuições da Vigilância Sanitária estão descritas dentre as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), art. 200 da Constituição Federal – "Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador". A execução dessas ações de vigilância sanitária está incluída dentre os campos de atuação do SUS – Inciso I, alínea "a" do Art. 6º e integra o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária definida na Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (ANVISA, 2012).

<sup>27</sup> A seleção de medicamentos que comporiam a RENAME seguiu os seguintes critérios: (I) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica; (II) Medicamentos que supram as necessidades da maioria da população; (III) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações; (IV) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI); (V) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas; (VI) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade; (VII) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando: a) Comodidade para a administração aos pacientes; b) Faixa etária; c) Facilidade para

ampla, esta prestação de serviços é limitada de acordo com a necessidade da população e da capacidade do poder público.

Alem disso, diante do custeio dos entes em relação à política de medicamentos, há, ainda uma discussão administrativa para definir o repasse de verbas de modo a garantir tal benefício, este impasse tentou ser regulamentado através da Emenda Constitucional nº 29<sup>28</sup>, criaria e regulamentaria as fontes de custeio da saúde e sua regulamentação atribui um caráter orçamentário, fixando um percentual mínimo a ser aplicado pelos entes federados. Estes parâmetros devem ser definidos conjuntamente entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para possibilitar a plena efetivação de tal custeio, o que ainda não foi definido.

Ocorre que, como o direito à saúde, materializado pela Constituição Federal de 1998 e regulamentado pela Lei 8080/90, é um direito fundamental, deve ser prestado pelo poder público, sendo que, diante da ineficácia da prestação deste direito pelos entes públicos, tal benefício está escapando das vias administrativas e tomando força nas vias judiciais, ocorrendo assim a "judicialização excessiva" das demandas de medicamentos.

O Ministério da Saúde (2001, p. 27), na implantação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), buscou criar um sistema cooperativo no âmbito federal para a melhor organização da prestação de tal serviço:

Caberá, no tocante à implementação desta Política, uma atuação que transcende os limites do setor saúde, conforme já referido anteriormente, voltado para a articulação intersetorial, sobretudo com as áreas envolvidas na questão medicamentos, que deverá ser efetivada nas diferentes instâncias do SUS.

Tal "Articulação Intersetorial" promovida pelo Ministério da Saúde objetiva à participação do Ministério da Justiça, visando "coibir eventuais abusos econômicos" na prestação dos medicamentos, do Ministério da área Econômica, acompanhando os índices econômicos dos medicamentos, do Ministério da Educação e do Desporto, veiculando informações de uso e acesso aos medicamentos, e do Ministério das Relações Exteriores, da Ciência, Tecnologia e Agencias Internacionais, para assim, viabilizar o "fomento à cooperação técnica científica e tecnológica na prestação da tutela pelo Estado (MINISTÉRIO

---

cálculo da dose a ser administrada; d) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses.

<sup>28</sup> EC. nº 29 - Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

DA SAÚDE, 2001, p, 27-28).

É claro o problema de distribuição de competência entre os entes federativos em se tratando de materialização do direito à saúde através da prestação de medicamentos. Ocorre que estes conflitos devem ser sanados na esfera administrativa e não na ação demandada por particular, isto, porque tal tipo de ação emana uma tutela de urgência, a qual não é sensível ou coerente uma prolação da decisão para discutir qual ente deve auferir no polo passivo da demanda, atentando, ainda, para a responsabilidade solidária entre os entes federativos como uma das formas de facilitar o acesso e proporcional a tutela à saúde aos indivíduos.

## **2.4 A Responsabilidade Solidária dos Entes Federativos**

A competência comum, conforme fixa o artigo 23 da Constituição Federal, enseja na descentralização dos poderes para a prestação de uma tutela de relevância social, a qual não pode ser prejudicada por conflitos de competências entre os entes da federação.

Desse modo, a fim de sanar tal controvérsia quanto a quem deverá prestar a tutela jurisdicional deverá ser aplicada a responsabilidade solidária entre os entes, conforme preceitua o artigo 264 do Código Civil<sup>29</sup>, podendo, assim, exigir tal tutela de qualquer um dos entes da federação.

A solidariedade, passiva, no caso das ações de medicamentos, visa, tão somente, a prestação da tutela à saúde ao polo ativo da demanda, conforme determina o artigo 275 do Código Civil<sup>30</sup>, ainda, tal responsabilidade esta configurada nas ações referentes ao Sistema Único de Saúde, conforme preceitua Silva (2002, p. 807):

O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade,

---

<sup>29</sup> Art. 264. 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.

<sup>30</sup> Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. [...] Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. [...]. O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A EC-29/2000, dando nova redação ao art. 198, previu que essas entidades apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências em percentagens e critérios estabelecidos em lei complementar, mas o art. 77 do ADCT, acrescido pela mesma Emenda, já estabelece o percentual de 5% para a União, 12% para os Estados e 15% para os Municípios e Distrito Federal, até a promulgação da referida lei complementar.

A responsabilidade solidária, dá a parte ativa da demanda a autonomia para propor a ação de medicamentos perante qualquer um dos Entes Federativos, uma vez que o artigo 198, §1º C/c o artigo 23, II, ambos da Constituição Federal prevê a tal responsabilidade para a prestação da tutela de medicamentos, conforme legitima o entendimento jurisprudencial, em especial o do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>31</sup>.

Segundo Luciana Ohland (2010, p. 37), esta liberdade da parte ativa propor a ação de medicamentos se dá devido à posição de sua fragilidade na demanda, ainda, tal solidariedade, como não é explicitamente exposta no texto de lei, se deve ao posicionamento dos Tribunais em admitir ou não tal meio de obtenção da tutela, existindo, ainda, divergências entre as decisões dos Tribunais Estaduais e Superiores.

Ainda, Ohland, define que, apesar da Lei nº 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) determinar a competência de cada ente, conforme os artigos 16 à 19 do respectivo texto de lei, não se pode ignorar o princípio da hierarquia das leis, o qual determina que a Constituição Federal é a lei maior, devendo ser obedecida como tal, sendo que no presente caso defende a participação solidária dos entes na prestação do direito à saúde, conforme o artigo 196 da Constituição Federal, bem como, analogamente, definido no artigo 153 da Constituição do Estado de Santa Catarina<sup>32</sup>.

Recentemente, este vem sendo o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup>, conforme decisão do Min. Dias Toffoli, utilizando-se de reiteradas decisões do

---

<sup>31</sup> AI n. 2008.003672-4, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, j. 23.4.08

<sup>32</sup> Art. 153. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>33</sup> O Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu Recurso Extraordinário (RE) da Defensoria Pública da União no Paraná (DPU/PR), que envolve a legitimidade desse ente federativo para figurar no polo passivo em ações de pedido de medicamento. O RE pedia revisão de decisão da Turma Recursal do Juizado Federal Especial do Paraná, que desobrigou a União a fornecer remédio para assistida de baixa renda. A

Min. Ricardo Lewandowski acerca do caso, considerando que “a obrigação dos entes da Federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária”.

Tal desconsideração da Lei 8080/90, segundo Ohland (2010, p. 37), atentou para a lesão a ordem pública, o que levou a convocação de Audiência Pública pela Suprema Corte, devido a grande demanda de Agravos Regimentais nas Suspensões Liminares, de Tutela Antecipada e de Segurança.

A audiência pública nº 4, de 05 de março de 2009, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, trouxe à tona a questão da responsabilidade solidária de forma específica quanto ao conflito da lei 8080/90 e a Constituição Federal, atentando, ainda, para a proposta de súmula vinculante acerca do assunto:

A Proposta de Súmula Vinculante nº 4, apresentada pela Defensoria Pública Geral da União, visa à edição de súmulas vinculantes que tornem expressas “a responsabilidade solidária dos entes da federação no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos” e “a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e §2º, da Constituição de 1988”.

Tal audiência, debateu o direito à saúde através da prestação de medicamentos atentando para uma integralidade do sistema, para a melhor eficácia dos direitos sociais por meio da afirmação das liberdades, dando ênfase a qualidade de vida. Neste sentido o Min. Gilmar Mendes, utilizando-se das palavras de Amartya Sen, revela o verdadeiro objetivo da responsabilidade solidária e da melhor prestação da tutela à saúde:

O verdadeiro desenvolvimento encontra-se mais na melhoria da qualidade de vida, do que no aumento da produção de riquezas, como demonstrado pelo Nobel de Economia Amartya Sen. Segundo o economista, o desenvolvimento de um país depende das oportunidades que ele oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania.

Conforme preceitua Ohland (2010, p. 37), o posicionamento do Ministério Público Federal é de que é cabível a responsabilidade solidária dos entes nos casos em que o medicamento solicitado não estiver relacionado em nenhuma das listas de medicamentos formuladas pelo poder público. Ainda, a Ordem dos Advogados do Brasil, defende que é

---

Turma Recursal havia decidido pela ilegitimidade passiva da União, tendo como base legislação infraconstitucional. No entanto, os artigos 196 e 198 da Constituição Federal preveem expressamente a

cabível tal responsabilidade quando "os entes federados ausentam-se em relação a pacientes com doenças raras" bem como de custo elevado.

Já para a Defensoria Pública da União, em seu posicionamento perante a Audiência Pública nº 4 Ohland (2010, p. 38), cita que é essencial a responsabilidade solidária dos entes federativos para proporcionar a melhor prestação da tutela, bem como o auxílio na celeridade na pretensão do acesso a saúde, sendo que partiu da própria defensoria a edição da súmula vinculante nº 4, a qual depende do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471 para sua aprovação.

Já o Ministério da Saúde, defende, segundo Ohland (2010, p. 38), que tal disposição não é prevista no Código Civil nem na Constituição Federal, sendo decorrente apenas da lei e da vontade das partes, atentando, ainda, para a estrutura do Sistema Único de Saúde e suas competências fixadas na Lei 8080/90, segundo o Ministério da Saúde, a responsabilidade solidária ao contrário do que abordam os demais participantes da Audiência Pública nº 4, dificultaria e tornaria moroso o processo de acesso à saúde.

Ainda, Luis Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores de Estado, defende que a responsabilidade solidária dificulta a prestação na esfera administrativa, sendo um método desnecessário, sendo o dever de entregar o medicamento do ente competente para o mesmo (OHLAND, 2010, p. 38).

Diante das inúmeras opiniões a favor e contra a responsabilidade solidária dos entes, a Defensoria Pública da União entende que a Reserva do Possível<sup>34</sup> não pode ser o motivo relevante para obstar o benefício do direito à saúde e, ainda, aponta um método de solução para a melhor prestação dos serviços à saúde através da aplicação da responsabilidade solidária dos entes, conforme aborda Ohland (2010, p. 38-39):

A guisa de sugestão, a Defensoria-Pública da União, apresentou as seguintes soluções para o óbice da solidariedade passiva: criação de um sistema de compensação financeira, onde o Município ou Estado que tivesse arcado, dentro da divisão administrativa do SUS, com os custos de medicamento que

---

responsabilidade da União no provimento da saúde dos cidadãos brasileiros.

<sup>34</sup> Segundo Olsen (2006, p.183): A primeira vez que a reserva do possível foi tratada nos tribunais, foi na Alemanha, em 1970, no caso *numerus clausus*, que será investigado mais profundamente na seção 3.5. Naquela oportunidade, a discussão se dava a respeito de vagas nas universidades, e a razoabilidade de se exigir do Estado uma vaga para cada cidadão interessado em um curso superior. No Brasil, a reserva do possível começou a ser objeto de discussão a partir da década de 90, e seu contexto foi um pouco diferente, na medida em que a reserva do possível mostrou-se como verdadeiro obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional de 1988.

não seria da sua responsabilidade, obtivesse direito a uma compensação, que poderia efetivar-se através do Fundo Nacional da Saúde, sendo esta verba deduzida, para efeito de posterior repasse. E para evitar que o beneficiário da decisão receba os medicamentos em duplicidade, necessário se faz um controle informatizado dos fármacos, criando mecanismos de fiscalização.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a Responsabilidade Solidária dos Entes Federativos na prestação de medicamentos, uma vez que, o próprio Sistema Único de Saúde reforça a ideia da responsabilidade solidária e, ainda, os Tribunais Superiores vêm criando precedentes para o melhor atendimento ao indivíduo (OHLAND, 2010, p. 39).

## 2.5 A Possibilidade do Litisconsórcio Passivo Necessário entre os Entes

Apesar da admissão da Responsabilidade Solidária dos entes na prestação de medicamentos ter sido um passo importante na prestação da tutela do direito à saúde, nas ações de medicamentos ainda muito se discute acerca das competências de cada ente em meio a demanda.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina em sua súmula nº 23<sup>35</sup>, ficou fixada a responsabilidade solidária dos entes através do chamamento ao processo. Em síntese MARINONI e ARENHART (2004, p. 223), definem o chamamento ao processo como uma modalidade de litisconsórcio passivo facultativo, o qual se determina pela vontade do réu e não pela iniciativa do autor, o que ocorre por exemplo na Súmula nº 150 do STJ<sup>36</sup>.

O litisconsórcio está previsto no artigo 46 do Código de Processo Civil<sup>37</sup>, sendo que o

---

<sup>35</sup> **Súmula nº 23:** Nas ações aforadas em desfavor do Estado e/ou dos Municípios para obtenção de medicamentos, afigura-se plausível o pedido de chamamento ao processo da União Federal pelos coobrigados, o que torna, de rigor, a remessa do feito à Justiça Federal, órgão jurisdicional competente para apreciação do incidente processual.

<sup>36</sup> Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

<sup>37</sup> Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão

Litisconsórcio Necessário esta disposto no artigo 47 do mesmo texto de lei<sup>38</sup>. O Litisconsórcio nada mais é do que a pluralidade de partes em um polo da ação, os quais são responsáveis pela prestação de uma obrigação.

Como o Sistema Único de Saúde engloba todos os três entes da federação, uma possibilidade para por fim ao conflito de competências seria a admissão do Litisconsórcio passivo Necessário nas demandas envolvendo o direito à saúde. Seguindo este entendimento a procuradoria do município do Rio de Janeiro enviou um edital de convocação de audiência pública ao Supremo Tribunal Federal, defendendo a aplicação do Litisconsórcio Passivo Necessário nas ações de medicamentos.

No Edital da Audiência o autor da proposta e procurador geral do Município do Rio de Janeiro, Fernando dos Santos Dionísio, entende que deve ser aplicado o disposto no artigo 23 Caput e inciso I da Constituição Federal, atentando para a competência comum dos entes, defende Dionísio, que a ação seja proposta e tratada de forma igualitária por todos os entes federativos, havendo, assim, uma uniformidade da conduta de tais entes, uma vez que, o SUS prevê a atuação linear e harmônica da Administração Pública.

Ainda, apesar da Lei 8080/90, determinar a responsabilidade de disponibilizar o medicamento ao Município, a disponibilização de verba para garantir a disponibilidade é proveniente de todos os entes da federação e ainda, "no que diz respeito aos chamados "medicamentos excepcionais", de dispensação pelos Estados, sua aquisição depende de 80% (oitenta por cento) de recursos locados pela União Federal".

Desse modo, a Procuradoria do Município do Rio de Janeiro aponta para a criação de um fundo para o atendimento das demandas envolvendo medicamentos que não estão listados junto ao Sistema Único de Saúde, fundo o qual seria custeado pelas três esferas de governo, com o intuito de atender as execuções, liminares e cautelares nos casos comprovados por laudo pericial da necessidade do atendimento, o que conforme o edital de audiência repartiria a responsabilidade entre os entes:

A sentença que julgar procedente pedido de fornecimento de prestação de saúde, então, condenará os três entes federativos envolvidos na demanda e a

---

<sup>38</sup> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

eles será, dessa forma, possível repartir as consequências financeiras de tal condenação.

Entende-se, que além da responsabilidade solidária entre os entes, esta mesma responsabilidade deve ser posta em prática, e uma das possibilidades de sua materialização e de fim do conflito de competências é a aplicação do Litisconsórcio Passivo Necessário, determinando a competência para julgar as ações de medicamentos à Justiça Federal.

Ainda, embora não o Litisconsórcio Necessário não seja aplicado de forma habitual, algumas decisões dão guarida a tal instituto processual, conforme aplicado em julgados como no Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.053824-9, do TRF4<sup>39</sup>, o qual determina:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EXCLUSÃO DA UNIÃO. SUS. LISTISCONSÓRCIO PASSIVO. Da forma como está previsto o Sistema Único de Saúde na Constituição Federal, indubitavelmente, está caracterizado o litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município.[...] Sustenta o agravante, em síntese, a legitimidade da União Federal para figurar no polo passivo da presente demanda, em decorrência de ser a mesma integrante do SUS, co-responsável juntamente com os Estados e Municípios pelo cumprimento das prestações ao SUS imputadas e a necessidade do deferimento da antecipação de tutela pleiteada, face à configuração de uma violação ao direito individual constitucionalmente previsto da agravante de acesso a medicamentos e o incontestável perigo na demora[...] Exatamente por isso, tratando o pedido de fornecimento de medicamento não disponibilizado atualmente pelo SUS, a adequação desse sistema, ao fornecimento de medicamentos para as situações de exceção, deve ser coordenada entre as três esferas políticas, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar-se a responsabilidade a apenas um dos operadores. Não se aplica ao caso, a regra do Código Civil, leia-se direito privado, de que o credor pode demandar contra qualquer e apenas um dos co-obrigados.

A ideia da aplicação do Litisconsórcio Passivo Necessário provem do conceito de que não se pode pormenorizar a força da Constituição Federal perante legislação inferior (Lei 8080/90) nos casos em que o medicamento não é fornecido por nenhum dos entes que compõem a federação, trata-se de caso excepcional mas que ocorre com frequência no âmbito judicial, o que caracteriza a não aplicação do artigo 47 do código civil, conforme corrobora o Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.031046-6/SC<sup>40</sup>, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

<sup>39</sup> AI 2005.04.01.053824-9, 4ª T. TRF4, Rel. Márcio Antonio Rocha, j.u .26/4/2006, DJU 7/6/2006

<sup>40</sup> AI 2009.04.00.031046-6, TRF4, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, DJU 14/09/2009.

Frente a esse quadro, e da forma como está previsto o Sistema Único de Saúde na Constituição Federal, indubitavelmente, está caracterizado o litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município entre os operadores do sistema de saúde.

Ainda, cabe atentar que, para que o litisconsórcio necessário tenha validade, todos os entes devem ser citados sob pena de nulidade da ação. Porém, tal possibilidade do litisconsórcio necessário nos medicamentos que não estão nas listas elaboradas pelo poder público é uma possibilidade a qual deve ser levada com maior seriedade e importância pelo judiciário, uma vez que a lei não regulamenta tal procedimento, sendo que é um assunto de suma importância para quem necessita da prestação de tal serviço pelo poder público e tem seu intuito obstado por conflitos alheios a sua vontade.

Se o bem maior é a vida e a saúde do indivíduos, devem ser levadas em consideração algumas possibilidades para que seja efetivada a prestação do direito à saúde.

## **2.6 A corresponsabilidade dos Entes Federativos - Chamamento ao Processo**

O artigo 77 do Código de Processo Civil<sup>41</sup>, define a admissão do chamamento ao processo no caso de haver devedores solidários e apenas um deles for demandado, uma vez que quando tiver devedores solidários o devedor demandado sozinho pode realizar o chamamento ao processo dos demais devedores coobrigados.

Tal instituto do chamamento necessita da citação do coobrigado chamado ao processo, assim, permitindo ao mesmo o contraditório e a ampla defesa no caso concreto, o que acarreta a suspensão processual, conforme determina o artigo 79 do Código de Processo Civil<sup>42</sup>.

Nesse ponto Eduardo Sens dos Santos (2007, p. 165), afirma que:

Chama-se a atenção para o fato de o Código permitir que o demandado chame todos os coobrigados e determinar que o juiz suspenda o processo durante o procedimento de ampliação do pólo passivo da demanda. São

---

<sup>41</sup> Art. 77. É admissível o chamamento ao processo: 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 alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

<sup>42</sup> Art. 79. O juiz suspenderá o processo, mandando observar, quanto à citação e aos prazos, o disposto nos arts. 72 e 74.

justamente estas características do instituto que não raramente provocam verdadeira inversão em sua função.

A inversão de que trata o autor, se dá, uma vez que, a função do chamamento ao processo é a celeridade e economia processual, assim, nas demandas em que se prioriza a celeridade processual, conforme ocorre nas demandas à saúde, tal instituto do chamamento acaba por retardar a prestação da tutela.

Desse modo, o chamamento ao processo nas demandas envolvendo medicamentos, vem sendo negado, conforme elenca a Jurisprudência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381SC, de modo que o relator Ministro Luiz Fux<sup>43</sup> afirma:

[...] face a gravidade que representa para quem necessita 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.

O Estado de Santa Catarina, nas demandas envolvendo à prestação de medicamentos, se utilizava do instituto do chamamento ao processo para que figurassem na demanda os coobrigados, o que acarretava o deslocamento do feito à Justiça Federal, como bem observado pelo Ministro Luiz Fux:

[...] o objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais co-devedores o pagamento de suas respectivas cotas da dívida. Contudo, *in casu*, não há se falar em direito regressivo, 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 o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois essa foi a escolha da autora da ação.

Desse modo, o interesse da parte ativa da demanda de medicamentos não necessita de uma maior prolação de sua demanda, mas sim a efetividade da mesma, de modo que o Supremo Tribunal Federal firmou como entendimento o não cabimento do chamamento ao processo nas demandas de medicamentos, alegando que, tal instituto representa um agravante na pretensão da parte ativa da ação, ainda, que a lei estabeleça a possibilidade da utilização do chamamento ao processo, o mesmo não pode ser utilizado como forma de entrave a prestação

---

<sup>43</sup> AG.REG. no ReEx 607.381SC, 1ª T. STF, Rel. Min. Luiz Fux, j.u .31/05/2011, DJU 17/06/2011.

da tutela à saúde.

## **CAPÍTULO III**

### **3 AS OBRIGAÇÕES DOS ENTES FEDERATIVOS ENAQUANTO GARANTIDORES DO DIREITO À SAÚDE FRENTE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Por conta da importância atribuída aos direitos fundamentais, notadamente aqueles relacionados à efetividade do direito à saúde, os preceitos normativos de garantia atribuídos aos entes federativos merecem uma abordagem que leve em conta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ainda mais por conta de que referida tutela, não raras vezes, encontra óbice para sua efetivação, sob alegações de toda ordem.

Cabe, então, tanto ao Executivo, quanto ao Judiciário utilizar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como primeiro argumento para a admissibilidade da tutela à saúde, para que assim, sejam respeitados os Direitos Fundamentais, conforme corrobora Sarlet (2009, p. 93):

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá - apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, segundo o citado autor Sarlet (2009, p. 94), baseia-se na liberdade e na autonomia do indivíduo, na capacidade de escolha de cada um, é um princípio inerente à pessoa. Os entes federativos devem assegurar a eficácia da Dignidade da

Pessoa Humana e, um dos modos de garantir este princípio no tocante do direito à saúde é a Responsabilidade Solidária entre si, o que permite a liberdade de escolha do indivíduo para obtenção da tutela almejada.

Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana impede abusos do poder estatal, impondo limites a sua atuação, sendo que exige por parte do poder público a proteção e promoção da dignidade da pessoa, valorizando a vida<sup>44</sup>, sendo que, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos para a constituição do Estado Democrático de Direito<sup>45</sup>, (SARLET, 2009, p. 120).

Desse modo, a inclusão de todos os Entes Federativos como agentes promotores e defensores da dignidade da pessoa é um fator indispensável a garantia da liberdade do indivíduo, bem como do dever a estes atribuído, consistente na proibição de não violar tal preceito, garantindo a liberdade do cidadão.

Todas as entidades, órgãos e comunidade têm como dever a vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que tal princípio deve ser respeitado também na esfera particular, garantindo a igualdade e a solidariedade entre as pessoas, uma vez que não é apenas do Estado o dever de emprestar-lhe garantia a dignidade, conforme preceitua Sarlet (2009, p. 122):

No que diz com tal amplitude deste dever de proteção e respeito, convém que aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu - designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais - que o Estado nunca foi (e cada vez menos é) o único maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.

Sendo assim, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser promovido tanto pelo Estado como por particulares, sendo "um dever geral de respeito", para, assim, garantir o bom convívio entre os indivíduos, e garantindo os direitos a eles inerentes (SARLET, 2009, p. 125).

De outro modo, é necessária a ponderação na aplicação do princípio da Dignidade da

---

<sup>44</sup> Sarlet (*apud*, Pérez Luño, 2009, p. 120) "a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo".

<sup>45</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade

Pessoa Humana, que deve ser aplicado em conformidade ao princípio da proporcionalidade, uma vez que, devido a noção de dignidade ser abrangente e generalizada, por vezes tal princípio acaba por ser pomenorizado diante a outros devido a sua utilização generalizada e sem ponderação alguma, tornando o princípio da dignidade mera opção de defesa jurídica (SARLET, 2009, p. 128).

### **3.1 Os principais problemas atuais que prejudicam a efetividade do direito nas ações de medicamentos**

Não é sempre que o poder público tem condições de amparar o direito à saúde, pois existem situações em que fatores importantes são relevantes para obstar tal necessidade individual, cabe, ao poder público, valorar tais impedimentos frente aos princípios fundamentais que garantem o acesso a saúde.

A utilização desenfreada do meio judicial para pleitear a tutela da saúde é um fator prejudicial ao poder público o que leva a indagação de quem deve ser privilegiado, o indivíduo ou a coletividade, conforme aborda o Supremo Tribunal de Justiça:

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a discussão sobre o tema reflete a dicotomia que cerca a questão: privilegiar o individual ou o coletivo? De um lado, a participação do Judiciário significa a fiscalização de eventuais violações por parte do Estado na atenção à saúde. Mas, de outro, o excesso de ordens judiciais pode inviabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do SUS.

A falha na prestação da tutela da saúde inicia-se na precariedade das políticas públicas de saúde, o que leva as demandas ao judiciário, e conseqüentemente representa prejuízo aos cofres públicos, pois em alguns casos o medicamento é fornecido sem qualquer comprovação de necessidade<sup>46</sup>.

Desse modo, conforme cita o Ministro Teori Zavaski, acerca das dificuldades prestacionais relacionadas do direito à saúde "o direito à saúde não deve ser entendido 'como

---

da pessoa humana;

<sup>46</sup> O relator, ministro Luiz Fux, entende que, sendo comprovado que o indivíduo sofre de determinada doença, necessitando de determinado medicamento para tratá-la, o remédio deve ser fornecido, de modo a atender ao

direito a estar sempre saudável', mas, sim, como o direito 'a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis'".

Ante o exposto, é evidente a dificuldade que o poder público tem na prestação e efetivação da tutela da saúde, de modo que, deve se levar em conta os direitos fundamentais, porém sem prejudicar a coletividade, sendo que atualmente, os principais problemas para a melhor prestação do direito à saúde são as políticas públicas, o excesso de judicialização e a questão orçamentária envolvendo as demandas à saúde.

### *3.1.1 As políticas públicas e programas de assistência farmacêutica.*

As políticas públicas de saúde são procedimentos regulados pelo Estado, os quais fazem parte do âmbito social das atividades estatais, com o intuito de melhorar as condições de saúde, para, assim, proporcionar uma melhor qualidade de vida e, conseqüentemente, possibilitar ao indivíduo o acesso aos demais fatores que qualificam sua vida social, sendo, as políticas públicas de saúde as responsáveis pela promoção, proteção e recuperação da saúde à coletividade (LUCCHESI, 2004, p.1).

Já os programas de assistência farmacêutica, são métodos mais específicos que regulamentam e organizam o acesso aos medicamentos, conforme conceitua Nelly Marin (2003, p. 54):

A Assistência Farmacêutica compreende um conjunto de atividades que envolvem o medicamento e que devem ser realizadas de forma sistêmica, ou seja, articuladas e sincronizadas, tendo, como beneficiário maior, o paciente. É o resultado da combinação de estrutura, pessoas e tecnologias para o desenvolvimento dos serviços em um determinado contexto social. Dessa forma, necessita de uma organização de trabalho que amplie sua complexidade, de acordo com o nível de aperfeiçoamento das atividades e da qualidade impressa nos serviços realizados.

A falta de critérios específicos, e a ausência de exame pericial tornam o acesso as políticas de assistência farmacêutica, um instrumento desordenado e prejudicial à economia

do país, uma vez que Marin (2003, p. 112), defende que, do ponto de vista coletivo, as políticas de assistência farmacêutica necessitam do "desenvolvimento de uma nova cultura"<sup>47</sup> voltada para o uso racional dos produtos farmacêuticos, tanto na equipe de saúde quanto na população".

O que ocorre hoje entre os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo é uma desorganização, uma vez que não atuam em harmonia para, assim, atender o coletivo. As políticas públicas de assistência farmacêutica são as responsáveis por organizar e avaliar a necessidade, bem como a possibilidade de substituição dos medicamentos a serem fornecidos pelo poder público, acarretando na judicialização de tais políticas<sup>48</sup>.

Alguns motivos são apontados como causadores da judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica, conforme aborda Luiz Carlos Romero (2008, p. 8):

As explicações para a judicialização da política pública de assistência farmacêutica dos últimos anos não estão suficientemente esclarecidas, mas certamente dois fatores estão associados na sua produção: a insuficiência da assistência farmacêutica prestada tanto no âmbito do SUS como no dos planos de saúde e o crescimento do reconhecimento do direito à saúde e, no seu âmbito, ao acesso ao medicamento, por parte de segmentos cada vez maiores da nossa população.

Desse modo, para o melhor amparo do acesso à saúde através das políticas públicas e dos programas de assistência farmacêutica, é necessário, segundo Marin (2003, p. 128), um maior controle e organização dos mesmos, sendo que, deve ser amparado através de critérios científicos e pessoas capacitadas para promover tais programas sociais, bem como, deve ser enfatizado os aspectos técnicos. Marin aponta que é possível melhorar o sistema de assistência farmacêutica, e ainda proporcionar a melhor distribuição de medicamentos com menos gastos e maior efetividade<sup>49</sup>.

Tais métodos apontam para uma melhor prestação da tutela à saúde e,

---

<sup>47</sup> Marin (2003, p. 112) No Brasil, a apropriação equivocada dos conceitos de *pharmaceutical care* (do inglês) e *atención farmacéutica* (do espanhol) para designar as ações de Assistência Farmacêutica vem contribuindo para uma dificuldade de transposição das práticas dos países de origem para nossa realidade.

<sup>48</sup> Romero (2008, p. 7): Em decorrência, no início da década atual, observou-se o crescimento de um fenômeno que, se não era novo, ao menos não tinha a intensidade que tomou: a judicialização da política de assistência farmacêutica. Uma onda de decisões judiciais determinando a dispensação de medicamentos passou a desorganizar o setor e as finanças públicas (CARVALHO, 2007), com uma intensidade jamais vista.

<sup>49</sup> Marin (2003, p. 128): Uma seleção adequada de medicamentos requer poucos gastos com recursos humanos, materiais e financeiros. Pode, porém, proporcionar muitos ganhos terapêuticos e otimização de recursos. Da mesma maneira, o aprimoramento das atividades de programação e aquisição requerem poucos gastos e proporcionam melhorias substanciais na regularidade do suprimento de medicamentos

consequentemente, a diminuição da judicialização das demandas envolvendo o direito à saúde, possibilitando o acesso ao indivíduo pelo meio administrativo, sendo o mesmo amparado por ajuda técnica e especializada.

### 3.1.2 A Judicialização Excessiva

Uma das grandes preocupações e problemas envolvendo a prestação de medicamentos é a judicialização excessiva das demandas desta natureza, o que inicialmente ocupava a esfera dos Tribunais Estaduais, atualmente também ocupa espaço nos Tribunais Superiores. A judicialização, além de causar um problema econômico, devido ao fornecimento sem prescrição técnica, ainda interfere no âmbito administrativo, e ,consequentemente, nas políticas públicas (BORGES, 2009, p. 15).

Hoje, o acesso aos medicamentos adentrou a esfera judicial, pois é um método mais eficaz de ter acesso à tutela da saúde consiste no fornecimento de medicamentos, ainda, que não estejam padronizados nas listas de medicamentos elaboradas pelo poder público<sup>50</sup>.

Barroso (2007, p. 22), define como uma excessiva invasão na deliberação de outros poderes, uma vez que tal invasão não está imune a objeções, de modo que o artigo 196 da Constituição Federal<sup>51</sup> deve ser melhor interpretado, uma vez que é posta como norma programática,

Desse modo, o judiciário não deve ser o responsável imediato pela aplicação do direito à saúde, mas sim o poder executivo, o qual confere a organização do Estado e tem o controle orçamentário das verbas que podem ser disponibilizadas para a prestação da tutela à saúde, tal medida torna de maior eficácia o cunho prestacional das demandas envolvendo medicamentos, uma vez que, a própria constituição determina que à saúde deve ser garantida por intermédio de políticas sociais e econômicas (BARROSO, 2007, p. 23).

---

<sup>50</sup> Segundo Borges (2009, p. 16), [...] a importância dessa investigação se justifica não apenas pela questão orçamentária, que as ações judiciais podem gerar para o sistema de saúde em todas as suas esferas, como já vem sendo noticiado por gestores de saúde, mas também para uma melhor compreensão pelo Judiciário de um tema que envolve conflitos diversos daqueles aos quais ele está acostumado a lidar e que recentemente lhe está sendo posto como uma questão urgente e da qual não poderá se abster de decidir.

<sup>51</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

Ainda, Barroso (2007, p. 23-24), atenta para um problema político como um dos fatores causadores da judicialização excessiva, sendo que um dos entraves para a prestação de medicamentos é a questão orçamentária, a qual obsta a prestação da tutela pelo poder público, sendo que o poder para alterar tal preceito, emana do povo, o que o autor define como *Legitimidade Democrática*, conforme segue:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

O acesso à saúde, deve promover a igualdade entre os indivíduos, sendo que, o poder público, através das políticas públicas deve proporcionar tal tutela, porém, quando pleiteado através do Poder Judiciário, causam a desorganização da prestação da tutela à saúde, além de privilegiar quem possui acesso qualificado à Justiça "seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial", ensejando uma situação de desigualdade, e ainda, de prejuízo ao poder público (BARROSO, 2007, p. 26)

Não está sendo abordado, neste caso, a importância do poder judiciário, mas sim os limites da atividade jurisdicional para a melhor prestação do benefício à saúde, conforme preceitua Ana Paula de Barcellos (2002, p. 232-233):

[...] nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Judiciário de syndicar positivamente os efeitos pretendidos pelas normas que cuidam da dignidade humana, a questão mais grave continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade. É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas publicas de maneira ampla, nem cabe a cada juiz impor sua própria convicção política, quando há varias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Permitir que o Judiciário assumisse tal papel efetivamente representaria um colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.

Assim, o poder Judiciário não detém o conhecimento específico para assegurar as políticas públicas de saúde, nem a necessidade e efetividade dos medicamentos a serem

---

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

disponibilizados, até mesmo com a realização de perícias técnicas o Judiciário não é tão eficiente quanto a Administração Pública<sup>52</sup> (BARROSO, 2007, p. 27).

### 3.1.3 A questão orçamentária (políticas econômicas)

O conceito de que as necessidades dos indivíduos são ilimitadas é válido, porém também tem validade o conceito de que os recursos são limitados, e um dos grandes entraves à prestação de medicamentos é a questão orçamentária, devido a disponibilidade, ou não, de recursos para garantir o cunho prestacional do poder público e conseqüentemente tornar efetivo o direito à saúde, tal discussão orçamentária foi batizada com a expressão "reserva do possível" (BARCELLOS, 2002, p. 235).

Ocorre que, o direito à saúde, como é uma medida positiva, deve ser aplicada, tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário, sendo que, para garantia de todos os direitos considerados positivos deve ser despendido custos, razão pela qual não se deve utilizar da falta de poderio econômico como causa para a não efetivação da tutela à saúde (SARLET, 2010, p. 28).

Desse modo, o conceito de "reserva do possível" não parece razoável para definir tal tutela. Segundo Sarlet (2010, p. 29), a teoria da "reserva do possível" tem sua origem na Alemanha, a partir dos anos de 1970, vinculando a efetividade das prestações sociais e materiais sob a reserva e capacidade financeira do estado, ainda, os Tribunal Constitucional Alemão Singular definiu o entendimento de que "a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade".

O princípio da proporcionalidade tem uma ligação direta com o "mínimo existencial"

---

<sup>52</sup> Conforme Barroso (*apud*, TAVARES, 2007, p. 27): "Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário".

para que seja possível proporcionar a tutela à saúde. É de conhecimento do Poder Judiciário, de que suas atribuições devem zelar pela efetivação dos direitos sociais com cautela e responsabilidade, e ainda, respeitando as determinações dos demais poderes (SARLET 2010, p. 31).

Segundo Sarlet (2010, p. 37-38), existe o argumento de que cada indivíduo tem o dever de cuidar da sua saúde e manter-se saudável, sendo, ainda, em caso de necessidade de proteção à saúde por via judicial comprovar tal manutenção de sua saúde para, assim, contribuir com a coletividade.

O termo "reserva do possível", ainda atenta para a importância da medida pericial técnica, bem como para a avaliação de métodos alternativos eficazes para a prestação da tutela individual à saúde, medidas estas as quais economizam recursos e mesmo assim asseguram a efetividade do direito à saúde (SARLET, 2010, p. 43).

Decisões Junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>53</sup>, atentam para o direito à saúde como um serviço público de primeira necessidade, e que devem ser tratados com preferência ante aos outros, inclusive com relação ao dispêndio de recursos financeiros pelo poder público (HAUSCHILDT, 2011, p. 87).

É notória a irrelevância da "reserva do possível" frente a um direito de cunho fundamental, sendo que, é de suma importância a organização e regulamentação do direito à saúde e sua prestação ao indivíduo. Como exemplo, pode ser utilizada a legislação estadual gaúcha, em sua lei 9.908/93, a qual necessita de prévia comprovação de carência de recursos econômicos por parte do requerente, como um dos requisitos para a prestação de medicamentos excepcionais (SARLET, 2010, p. 43).

---

<sup>53</sup> Segundo o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45 que: [...] É que a realização dos direitos sociais e culturais – além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades financeiras do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômica financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Políticas Públicas. Intervenção Judicial. “Reserva do Possível”. Relator Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União 04.5.2004.

Seguindo este preceito, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 811618/RS, julgado em 04.06.2007, em decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, atenta para a responsabilidade do poder público em prover os direitos fundamentais, sendo irrelevante a utilização da "reserva do possível" como argumento de objeção à tutela:

[...] (a) escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representada pelos direitos fundamentais.

Diante dos problemas orçamentários é necessário um sistema de prioridades, conforme é demonstrado na Constituição Federal, a qual determina os direitos fundamentais, sempre priorizando a proteção da dignidade da pessoa humana, obrigando, assim, as autoridades públicas à prestação da tutela específica. Assim, limitar o poder da Constituição pela formalidade da previsão orçamentária, seria ignorar a natureza normativa estabelecida no texto de lei (BARCELLOS, 2002, p. 241-242).

Em suma, a limitação de recursos existe, porém, os direitos sociais devem ser garantidos, assim como o indivíduo tem o dever de exigir seu direito, o Estado deve atuar ordenadamente, conforme suas necessidades e obter recursos que deverão ser melhor distribuídos, para que, assim, seja possível garantir a dignidade da pessoa humana e o "mínimo existencial".

#### *3.1.4 Demais objeções apontadas ao cumprimento das demandas relacionadas a integralidade da saúde.*

O Estado, como um todo, tem o dever de garantir o direito à saúde, porém, a responsabilidade para com o coletivo deve vir do indivíduo, de modo que, se deve primar sempre pela qualidade de vida, para, assim, contribuir ao bem da sociedade, conforme preceitua Hauschildt (2011, p. 80):

A busca por elementos que forneçam melhores condições de vida ou que fomentem uma vida com mais dignidade é tarefa de todos. O Estado, enquanto instituição centralizadora dos comandos normativos de regência da vida social, tem o dever de implementar políticas públicas prestacionais em prol do bem-estar da população. Os indivíduos - aqui incluídos todos os componentes do substrato social - têm a obrigação de coadjuvar o Estado nesse desiderato.

Assim, seguindo de uma maneira mais abrangente Juliano Heinen (2010, p. 1-2), define que o problema na efetividade das demandas à saúde se dá justo na definição do mínimo existencial, tanto na questão de como seria possível implementar as políticas públicas para garantir tal conceito em um país com condições de miserabilidade, bem como, para definir o mínimo que cada um tem direito, uma vez que o conceito de mínimo existencial parte de uma perspectiva social, assim Heinen (2010, p. 2) expõe como limitações alguns aspectos importantes:

A primeira limitação que se impõe consiste na impossibilidade de definir a existência de um direito subjetivo de um membro da sociedade com uma visão do caso concreto desconexa do entorno em que se insere. É imperioso enquadrar tal necessidade em uma perspectiva geral, a fim de que o interesse de todos não seja sacrificado em face de uma demanda individual. Enfim, sopesar o custo social de uma concessão individual, cujo atendimento frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada. É imperioso que se insira o ato de governo ou o ato judicial em uma perspectiva coletiva, que satisfassa o bem comum, não somente uma perspectiva individual.

Diante do aumento das demandas e do fornecimento exacerbado de medicamentos, o direito à saúde tornou-se um algo comercializável, sendo que, o que deveria ser de acesso comum a todos, uma vez que, garante a necessidade mínima à saúde, está limitado ao poder aquisitivo de cada indivíduo.

O reflexo da comercialização à saúde é justamente o prejuízo aos cofres públicos, e as demandas judiciais, uma vez que o brasileiro passou a gastar mais com a manutenção de sua saúde, do que na melhoria de sua qualidade de vida, conforme Zenaida Tatiana Monteiro Andrade (2011, p. 4), cita em matéria publicada no portal Globo G1 no ano de 2008:

O portal da Globo, G1, destaca que em 2008 o IBGE divulgou uma pesquisa sobre a saúde no Brasil, no qual concluiu que os cidadãos brasileiros estão gastando mais com saúde do que o governo. Segundo a pesquisa as famílias brasileiras gastam muito mais do que os governos municipais, estaduais e federal com despesas com saúde. E que os mais pobres gastam principalmente com remédios, já os mais ricos, com planos de saúde. Segundo dados da pesquisa, em 2005, a despesa das famílias ficou em R\$

103 bilhões enquanto o poder público gastou R\$ 66 bilhões. Para a pesquisadora da Fiocruz, Maria Angélica Santos, esse é um padrão de financiamento da saúde que se verifica em países em desenvolvimento como o Brasil, já em países mais desenvolvidos, o padrão de financiamento é um padrão com uma participação muito mais forte do setor governamental.

As demandas relacionadas à saúde envolvem uma série de fatores os quais obstam a pretensão do indivíduo, de modo que, é necessária a organização do Estado, uma vez que, seria menos custoso e mais eficiente se a prestação de medicamentos se desse pela forma correta (administração pública), sendo que, o gasto com as demandas judiciais é tanto que como exemplo podemos citar as liminares concedidas pelo poder judiciário, as quais em caso de descumprimento sujeitam o poder executivo a multas diárias como pena, desprendendo, assim, mais recursos que poderiam ser destinados a melhoria na qualidade de vida da coletividade (ANDRADE, 2011, p. 7).

Assim, a organização política e a melhora na distribuição dos recursos públicos seria a solução para tal precariedade na prestação de medicamentos, não seria necessário aguardar que o Estado seja punido para obter a pretensão exigida<sup>54</sup>, uma vez que o direito à saúde é imprescindível (ANDRADE, 2011, p. 7).

Diante da nossa realidade, quanto às demandas judiciais envolvendo medicamentos, cabe, aos magistrados, proferirem decisões de acordo com o bom senso, e a realidade do nosso país, é necessário sopesar valores para que a prestação desta tutela de direito fundamental não perca sua efetividade.

---

<sup>54</sup> Conforme preceitua Andrade (*apud* SARLET, 2011, p. 7): “[...] não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater as portas do Judiciário para a obtenção, via processo judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito a saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em juízo [...], pois bem considerando a existência de legislação proibitiva da concessão de tutela antecipada contra o poder público e levando em conta, ainda, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter se pronunciado pela constitucionalidade dessa legislação (embora não de forma definitiva), não se poderia mais, a prevalecer este entendimento, obter provisória e antecipadamente [...] a prestação saúde constitucionalmente assegurada. Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais [...] continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria [...] condenar a pessoa a morte ou ao comprometimento grave e,

### **3.2 A Dignidade da Pessoa enquanto diretriz hermenêutica da Constituição Federal de 1988.**

Todo o texto de lei é baseado em uma ideologia, que será utilizada na elaboração das suas normas, é o que ocorre com a Constituição Federal de 1988, a qual se aproveita de valores essenciais como diretriz, assim estabelecendo uma ordem jurídica. É o caso dos Direitos Fundamentais no nosso ordenamento jurídico e seu valor intrínseco estabelecido, que "além de representar essa expressão ideológica-política, representa um compromisso social a ser concretizado mediante políticas públicas suficientemente aptas a acompanhar o desenvolvimento da sociedade" (HAUSCHILDT, 2011, p. 97).

Desse modo, ao se utilizar das normas constitucionais, deve-se levar em consideração os valores e a finalidade a qual se destina a Constituição Federal de 1988, a qual prima pela coletividade e o bem-estar do povo, e tem como dever garantir esses pressupostos (HAUSCHILDT, 2011, p. 99-100).

Assim Hauschildt (2011, p. 100), define que há princípios que devem ser ponderados diante aos demais, pois "Dele decorrem diretrizes para aplicação dos preceitos normativos inseridos na própria Constituição" as quais regem as relações sociais, é o que ocorre com o princípio da Dignidade da pessoa humana.

Os princípios Constitucionais, tem ponderância nas decisões fundamentais, devem ser vinculados e interpretados pelo poder público, de modo que, o teor interpretativo de tais princípios deve atentar a um raciocínio lógico, que é o de garantir a Dignidade da Pessoa Humana, conforme cita Barcellos (2002, p. 146), "o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício".

Posto isso, a importância do princípio da Dignidade da pessoa humana, está intrínseco na Constituição Federal, e previsto, inclusive, em diversos capítulos da nossa lei fundamental, como por exemplo no que diz respeito à ordem econômica<sup>55</sup>, à ordem social<sup>56</sup>, assegurando o

---

por vezes, definitivo de sua saúde".

<sup>55</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

direito á dignidade da criança e do adolescente<sup>57</sup>, bem como a do idoso<sup>58</sup>, conforme preceitua Sarlet (2009, p. 69):

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar os princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode - e neste ponto parecer haver consenso - denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso estado democrático de direito<sup>59</sup>.

A adoção de princípios como diretrizes básicas na aplicação da Constituição Federal de 1988, criou a ideia de que o direito não está limitado as normas impostas pelo Estado, mas sim, atenta a valores de cunho ético e jurídico, valorando os princípios em conformidade com os valores individuais e coletivos de uma determinada época (HAUSCHILDT, 2011, p. 99).

Diante desta prioridade de valores, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme apresentado, adquire um status de princípio normativo fundamental na Lei Fundamental Brasileira, o que deve ser adotado também no âmbito internacional, conforme ressalta Sarlet (*apud*, CASTRO, 2009, p. 73), "o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano". Tal é a expansão do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que Sarlet atenta para a universalidade de tal preceito como forma de "crença", vinculando aos efeitos de uma globalização jurídica.

Desse modo, diante da flexibilização dos princípios fundamentais, o que possibilita a valoração dos mesmos, Hauschildt (2011, p. 101), defende que quanto houver colisão entre

---

<sup>56</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>57</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

<sup>58</sup> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

<sup>59</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

valores encetados em princípios constitucionais "o que deve prevalecer são aquelas que representam valores preponderantes, conforme diretrizes do próprio sistema jurídico enquanto um todo, num juízo de sopesamento e de equidade levando sempre em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana".

A importância e valor do princípio da dignidade da pessoa humana ainda é abordada com o enfoque do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153<sup>60</sup>, conforme o voto do relator Ministro Eros Grau:

Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores.

Assim, é de suma importância a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz para os demais princípios e normas, uma vez que o mesmo atenta para as relações de bem-estar e qualidade de vida da população e deve ser valorado como tal, determinando, inclusive, o alcance da aplicação das normas.

### *3.2.1 Núcleo fundamental (essencial) das normas de cunho prestacional*

Os direitos fundamentais devem ser preservados como tal diante de todas as demais normas, como também ante ao Poder Judiciário, uma vez que, tal natureza de direitos deve ser livre de intervenções, conforme Ana Carolina Lopes Olsen (apud, LOPES, 2006, p. 154), define como núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo que "a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais".

Tal proteção dos direitos fundamentais, segundo Olsen, (2006, p. 155), teve previsão na Lei Fundamental Alemã, em seu artigo 19, §2º, o qual determina que "os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não afetado o seu conteúdo essencial". No Brasil, tal proteção não está explícita na Constituição Federal de 1988, mas sim intrínseca nos direitos fundamentais, uma vez que tem caráter de supremacia na Lei Fundamental Brasileira (OLSEN, apud, MENDES, 2006, p. 155).

O núcleo essencial possui, segundo Olsen (2006, p. 156), duas teorias, a objetiva, e subjetiva:

Para a teoria objetiva, o conteúdo essencial é aferido a partir da referência no ordenamento jurídico como um todo, na sociedade em si, de modo que é por esta particularidade que ele não poderia ser atingido. Dessa forma, o conteúdo essencial é definido como norma objetiva, de modo que sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido num dado caso concreto. Trata-se de posição incompleta, que pode assumir, no máximo, um caráter complementar em relação à teoria subjetiva, mas não substituí-la. Assim, a teoria subjetiva é a mais adotada na doutrina.

Ante a adoção da teoria subjetiva, a mesma se subdivide em duas categorias, a teoria relativa e absoluta do núcleo essencial das normas fundamentais, sendo que, como relativa, entende-se pela aplicação do direito fundamental com ponderância e proporcionalidade, proibindo, assim, o excesso, como também vedando a proteção insuficiente dos direitos fundamentais prestacionais (OLSEN, 2006, p. 156).

De outro norte, a teoria absoluta do núcleo essencial das normas fundamentais, defende, segundo Olsen (apud, ALEXY, 2006, p. 159), a essência do núcleo essencial de forma intangível, o qual não pode ser alterado nem mesmo ante ao princípio da proporcionalidade, assim, não podendo intervir no núcleo essencial da norma fundamental.

A teoria adotada no Brasil, conforme elenca Olsen (2006, p. 163), é a teoria relativa, pois, segundo a autora, atenta para o conceito de núcleo essencial de uma forma mais racional, exigindo do legislador uma argumentação ponderante, a fim de, valorar os princípios conforme o caso concreto, harmonizando, assim a relação jurídica, conforme elucidada Ana Maria D'Ávila Lopes (2004, p. 14):

---

<sup>60</sup> ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29/4/2010, Plenário, DJE de 6/8/2010.

A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade de limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador.

Atualmente, inúmeros fatores, sejam sociais ou econômicos, tentam barrar a eficácia dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a "reserva do possível", assim, o núcleo essencial das normas fundamentais, visa, garantir o mínimo para efetivar os direitos fundamentais, para que os mesmos não percam sua natureza diante das demais normas, e do poder público conforme elucida Fabiana Okchstein Kelbert (2008, p. 2):

Por núcleo essencial entende-se aquela parcela mínima do direito em questão que não pode ser suprimida por meio de uma lei, é um sinônimo de “núcleo duro”, ou seja, há no direito uma parcela indisponível para o legislador. Para fins do presente estudo, a proteção do núcleo essencial será interpretada a *contrario sensu*, no sentido de que a não efetivação/concretização da parcela mínima do direito em questão configura uma lesão ao próprio direito. Assim, passamos a identificar o núcleo essencial como a efetivação mínima do direito.

Tal desrespeito as regras fundamentais configurariam uma lesão ao núcleo essencial a elas intrínseco, o que segundo Kelbert (2008, p. 3), esse conceito de mínimo como essencial aos direitos fundamentais deve ser analisado conforme cada caso concreto, sendo que, o desrespeito ao conceito de núcleo essencial acabaria por lesar o próprio direito.

### 3.2.2 Petreabilidade das normas que elenquem direitos fundamentais.

A petreabilidade, conforme determinado no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal<sup>61</sup>, tem por objeto a preservação da extensão e do alcance das normas fundamentais, protegendo, assim, seu núcleo essencial.

---

61 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a

Tal modificação no caráter pétreo da norma fundamental configuraria, assim, uma restrição na sua efetividade, conforme elenca Hauschildt (2011, p. 26):

Já a dimensão formal dos direitos fundamentais se opera no sentido de que eventual modificação das normas definidoras de direitos fundamentais sofre restrições, além do aspecto material e da garantia imprimida pela cláusula de petreabilidade de seus conteúdos, exigindo uma necessária formalidade procedimental para imprimir-lhes qualquer alteração de conteúdo restritivo ou supressivo.

É exatamente a petreabilidade que qualifica as normas como fundamentais, sendo que, sua inaplicabilidade, ou diminuição de seus efeitos acarretará uma inconstitucionalidade, pois interfere justamente na diretriz da Lei Fundamental brasileira, que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, (HAUSCHILD, 2011, p. 70).

Segundo Olsen (*apud*, BONAVIDES, 2006), os direitos fundamentais são identificados conforme sua determinação no texto constitucional, bem como pelo valor dado a tais princípios, sendo eles, protegidos pelo constituinte "seja em virtude de sua imutabilidade sob a ótica da reforma constitucional ("cláusulas pétreas"), seja em virtude da criação de procedimentos mais complexos de modificação."

O artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal<sup>62</sup>, define os direitos e garantias fundamentais como normas de aplicabilidade imediata, normas estas que qualificam os direitos fundamentais, porém as cláusulas pétreas não se restringem apenas ao disposto no artigo 5º da Constituição, conforme preceitua Guilherme Pupe da Nóbrega (2009, p. 8):

[...] enquanto cláusulas pétreas limitadoras (artigo 60, § 4º, IV, da CF) ao Constituinte derivado, não se restringem ao artigo 5º. A despeito da denominação dada pelo Título II, e seu Capítulo I, da Constituição, podemos dizer que os direitos e garantias individuais, enquanto espécie do gênero direitos e garantias fundamentais, não se encerram naquele dispositivo, seja por força do artigo 5º, § 2º, seja pelas decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo como abarcados pelo artigo 60, § 4º, IV, as garantias individuais esparsas no texto constitucional (e.g. os artigos 16 e 150, III, b, da CF).

---

proposta de emenda tendente a abolir: [...]IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>62</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ante a eficácia imediata dos direitos fundamentais, a petreabilidade das normas dessa natureza, o legislador primou por assegurar alguns preceitos como impreteríveis para a organização do Estado, atentando, assim, à petreabilidade dessas normas, protegendo-as e preservando-as das intervenções que possam desvirtuar seu conteúdo, conforme afirma Hauschildt (apud, SARLET, 2011, p. 107):

Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quando da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional. Aliás, consoante assinalado alhures, verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de “clausula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limite material à reforma da Constituição.

Assim, a petreabilidade das normas fundamentais atenta à preservação de valores tidos como essenciais para o correto funcionamento do Estado Democrático de Direito, adquirindo um valor intocável, atuando como reguladoras do Poder Constituinte, sendo que, seu desrespeito gera a inconstitucionalidade.

### **3.3 Uma releitura do Princípio da Dignidade da pessoa humana em relação as normas garantidoras do direito à saúde.**

A diretriz do nosso ordenamento jurídico, o princípio que valora a Lei Fundamental brasileira e ainda mantém o sistema organizacional do direito - o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme visto neste capítulo, é o responsável por agregar valores a atividade humana. É o meio pelo qual, bem como o objeto final da pretensão do indivíduo e do Estado - promover o bem comum e manter a ordem de valores com base na dignidade.

Todo o princípio fundamental elencado em nossa Constituição deve ser sopesado pelo princípio da Dignidade da pessoa humana, como forma de respeito ao ser humano, bem como à ordem jurídica, conforme afirma Hauschildt (apud, BONAVIDES, 2011, p. 122), ao apontar

que:

As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental [...] porquanto a norma matriz representa o conjunto dos valores que [...] hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos na lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social.

Manter a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana é primordial para o funcionamento da ordem política e jurídica, como também para a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, pois não seria possível a aplicação do direito à vida e à saúde sem a efetivação do princípio da dignidade, pois garantir o direito à saúde é externar/materializar o direito à dignidade da pessoa.

É inegável que, apesar do direito à saúde possuir caráter de direito fundamental, o mesmo ainda sofre inúmeras restrições quanto à sua aplicabilidade, como por exemplo, a "reserva do possível" - fatores econômicos que obstam sua aplicabilidade, e conseqüentemente a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aborda Hauschildt (2011, p. 123):

Dignidade não se compra com recursos financeiros, adquire-se pela simples evolução da raça humana. É ínsita à espécie. Capitaliza-se com a descoberta de novas formas de viver, de pensar e de expressar o pensamento, como decorrência da liberdade, de poder usufruir das facilidades que a tecnologia proporciona enquanto produto da criação humana, de defender a vida com todos os mecanismos disponíveis e até de ousar novas formas de defesa quando as atuais forem tidas por insuficientes. Dignidade reflete igualdade de direitos como qualidade humana independentemente do local de nascimento, das posses materiais, da cor da pele ou do porte físico.

Obstar o direito à saúde, bem como o direito à vida é valorar as finanças públicas em um patamar superior à saúde, conseqüentemente negando o acesso ao mínimo existencial, bem como a garantia da dignidade da pessoa, conforme aponta Hauschildt (2011, p. 124):

Eventual negação desse direito somente será possível – e, ainda de forma limitada, por conta dos valores envolvidos –, quando cabalmente demonstrada a possibilidade de os beneficiários serem detentores de recursos suficientes para arcar com os custos de seus tratamentos.

O poder público não pode menosprezar o valor constitucional atribuído ao direito à saúde, vedando, o que CANOTILHO (1998, p. 320-321), define como proibição do retrocesso social:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a efetividade do princípio da dignidade humana depende da garantia do respeito à vida e conseqüentemente à saúde. Negar o acesso a tal tutela não exime o Estado à prestação da mesma - quando pleiteada de forma justa - pois o Estado que deve manter a ordem e o respeito ao Princípio da Dignidade Humana, atuando como tutor de tal princípio, com o objetivo de garanti-lo, preservando, assim, a vida e o interesse da coletividade.

## CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa, denota-se que, desde as épocas mais remotas o homem já ensejava pela busca de seus direitos, objetivando destituir o autoritarismo do Estado, para assim, garantir a institucionalização dos direitos fundamentais.

Batalhas foram travadas, revoluções foram feitas, para que fosse atendida a necessidade dos indivíduos, e, para que o enfoque do Estado se voltasse para a tutela e o benefício da sociedade, como um Ente garantidor dos direitos fundamentais dispostos nas Leis Fundamentais pelo mundo inteiro.

No Brasil, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o legislador procurou inserir os direitos fundamentais como a base de nossa Lei Federal, fundada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencando, ainda, como direitos fundamentais de cunho prestacional do Estado, os Direitos Sociais, os quais garantem à coletividade, o direito à vida, e conseqüentemente o direito à saúde.

Fato é, que o direito à saúde vem apresentando falhas justamente no cunho prestacional de sua tutela, que se vê impedida diante de fatores orçamentários, administrativos e principalmente de competências.

Através desta pesquisa, pôde se demonstrar o sistema administrativo falho em relação a competência dos Entes que compõem a federação, diante dos casos em que os medicamentos não constam nas listas elaboradas pelo Estado, fenômeno o qual leva tais demandas à apreciação do judiciário, porém, o grande volume desta espécie de ação vem prejudicando a prestação da tutela à saúde, devido a judicialização excessiva.

De grande avanço foi a admissão pelo STF da responsabilidade solidária entre os

Entes Federativos nas ações de medicamentos, como também perigoso, pela possibilidade do autor escolher a quem demandar, uma vez que, tal responsabilidade de arcar com as despesas com medicamentos pode recair sob entes que não possuem poderio econômico para arcar com a prestação da tutela de medicamentos.

Assim, na presente pesquisa foi apontada uma possibilidade de solução para este conflito de competências e para a efetividade da tutela à saúde, com a aplicação do Litisconsórcio Passivo Necessário nas demandas que versem sobre medicamentos, defendendo a criação de um fundo custeado por todos os Entes, os quais seriam destinados somente para os casos em que os medicamentos não estão na lista do RENAME.

A Legislação brasileira dispõe de todos os recursos para garantir a efetividade do direito de cunho prestacional à saúde, seja pela Constituição, pela Lei do SUS (8080/90), e através desta pesquisa, pode se perceber que motivos econômicos e de competência se revelam ínfimos para obstar o direito à saúde.

A não prestação do direito à saúde, fere o princípio basilar da nossa Constituição, que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual sopesa valores a serem respeitados, para assim não interferir no núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, valorizando o bem maior que é o Ser Humano.

Desse modo, através desta pesquisa pode-se demonstrar a desorganização do poder público na prestação de medicamentos, uma vez que despendem recursos desnecessários e que prejudicam a prestação da tutela à saúde, o Litisconsórcio Necessário seria uma possibilidade de solução do problema judicial das ações envolvendo medicamentos, porém não o único meio.

Não podemos tratar o Estado como uma máquina, a qual resolve todos nossos problemas, mas sim como um guardião dos Direitos Fundamentais, o qual respeita os princípios estabelecidos em nossa Lei Fundamental, buscando, sempre o bem da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Zenaída Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Ed. n° 86 - Ano XIV. Rio Grande: Âmbito Jurídico: 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9037](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037), Acesso em: 03 de maio de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 2ª ed. Madrid. 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANVISA. **Fundamentação Legal, Lei de Criação e Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/funda.htm>. Acesso em 05 de maio de 2012.

ASSIS, Araken de, **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. 1ª ed. Porto Alegre: Notadez, 2007

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O principio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: [http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20%20Luis%20Roberto%20Barroso%20\(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva\).pdf](http://www.marceloabelha.com.br/aluno/Artigo%20sobre%20controle%20judicial%20de%20políticas%20publicas%20de%20leitura%20obrigatoria%20para%20a%20turma%20de%20direito%20ambiental%20%20Luis%20Roberto%20Barroso%20(Da%20falta%20de%20efetividade%20a%20judicializacao%20efetiva).pdf).

BASSETTE, Fernanda. **Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos**. In. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 28/04/2011. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas**, Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562).

Acesso em: 27 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, **Audiência Pública de Saúde, Manifestação do Município do Rio de Janeiro**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Manifestacao\\_do\\_Municipio\\_do\\_RJ.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Manifestacao_do_Municipio_do_RJ.pdf). Acesso em: 19 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, **Audiência Pública sobre Saúde**. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf). Acesso em: 17 abril 2012.

\_\_\_\_\_, Defensoria Pública da União, **STF considera União responsável solidária em demandas de saúde**, Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4404:stf-considera-uniao-responsavel-solidaria-em-demandas-de-saude&catid=79:noticias&Itemid=220](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4404:stf-considera-uniao-responsavel-solidaria-em-demandas-de-saude&catid=79:noticias&Itemid=220)

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos 2001**/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2001.

BREGA Filho, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 1ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos**. In: Direitos Humanos e Políticas Públicas. São Paulo: Cadernos Pólis, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo:RT, 2009

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

HAUSCHILDT, Gilmar Paulo. **O direito fundamental à saúde: Garantia integral a partir da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado UFSC, Florianópolis: 2011.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**, 2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPCAO\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf). Acesso em: 03 de maio de 2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais**. III Mostra de

Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2008. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III mostra/Direito/61738%20%20FABIANA%20OKCHSTEIN%20KELBERT.pdf>, Acesso em: 05 de maio de 2012.

LIMBERGER, Têmis. GRISON Leonardo. **Políticas Públicas e Direito à Saúde: A necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial**, Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 2 - p. 306-322 / mai-ago 2010. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos).

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 41, n. 164, out-dez 2004.

LUCCHESI, Patrícia, **Introdução: Políticas Públicas em saúde. 2004**, disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/ats/disciplinas/11/lucchese-2004.pdf>

MARIN, Nelly. (org.) **Assistência farmacêutica para gerentes municipais**. / Organizado por Nelly Marin *et al.* Rio de Janeiro: OPAS/OMS, 2003. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Assistencia\\_Farmacutica\\_para\\_Gerentes\\_Municipais.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Assistencia_Farmacutica_para_Gerentes_Municipais.pdf), Acesso em: 30 de abril de 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)**. São Paulo: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional administrativo**, 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **CLÁUSULAS PÉTREAS: breves considerações sobre amplitude da proteção, núcleo essencial e dupla emenda**. 2009. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/203/244>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

OHLAND, Luciana. **A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Revista Direito & Justiça, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun Porto Alegre: 2010, Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Pós Graduação UFPR, Curitiba, 2006.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da, **Direito Da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**, São Paulo: LTr, 1999.

ROMERO, Luiz Carlos, **Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal, Brasília: 2008, Disponível em:**

[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD41-LuizCarlosRomero.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD41-LuizCarlosRomero.pdf). Acesso em: 27 de abril de 2012.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **Chamamento ao processo em ações de medicamento**. MPSC. 2007. Disponível em: [http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/ceaf/revista\\_juridica/revistaedicaoespecialinter.net.pdf](http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revistaedicaoespecialinter.net.pdf), Acesso em: 17 de abril de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAÚDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf).

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, v. 798, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

## **APÊNDICES**

---

## APÊNDICE A

---

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

**ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA**

Eu, GUILHERME REGINATO TILLMANN, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200716355, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

---

Assinatura do Estudante

## APÊNDICE B

---

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

**TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA**

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do estudante GUILHERME REGINATO TILLMANN, cujo título é A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS – FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSÍVO NECESSÁRIO, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: GIOVANNI AGUIAR ZASSO, telefone para contato (49) 9142-0666.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

---

Assinatura do Orientador