



**CENTRO UNIVESITÁRIO UNIVATES  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE  
E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

**Débora Cristina Prass**

**Lajeado, junho de 2009.**

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO



**A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE  
E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Débora Cristina Prass

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Evandro Weisheimer

Lajeado, junho de 2009.



*Dedico este trabalho a meus pais, aos quais devo os melhores momentos da minha existência. Estes seres imperfeitos que com seus conselhos e com toda sua grandeza sempre souberam me guiar pelas veredas menos íngremes, com toda certeza, também devo mais esta conquista a eles.*

## AGRADECIMENTOS

Sem receio de cair no lugar comum, indispensável o singelo agradecimento que faço por meio destas palavras ao professor e meu orientador Ms. Evandro Weisheimer que, com sua indizível paciência conduziu-me essencialmente, na labuta complexa do processo cognitivo, inserindo-me na sua imensidão e profundidade.

Para não cometer injustiças, sem citar nomes, resta agradecer também a todos os professores do Centro Universitário Univates que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento intelectual e para o andamento deste trabalho.

Da mesma forma aos colegas monografistas, aos quais nos remetemos diariamente no anseio de encontrar consolo para nossas falhas e amparo nos nossos medos, e nesse aparte, em especial, aos colegas e amigos, Anna Candice Weiller Miralles, Jean Wagner Camargo, pelo carinho e compreensão.

Aos meus pais, irmãos, e meu namorado, que souberam compreender as minhas limitações e que, acreditaram mais em mim do que talvez eu mesma pudesse supor.

Aos demais familiares e amigos que cooperaram com tolerância e afeto pela ausência sentida.

Às pessoas que colaboraram para o aperfeiçoamento deste trabalho: Dulcira Weiller Miralles e Denise Nobre de Oliveira.

A todos, indistintamente, meus sinceros agradecimentos e meu profundo amor.





*[...] E você aprende que realmente pode suportar... que realmente é forte, e que pode ir muito mais longe depois de pensar que não se pode mais. E que realmente a vida tem valor e que você tem valor diante da vida.  
(William Shakespeare)*

## RESUMO

A presente monografia versa sobre a efetividade do direito constitucional à saúde frente ao fornecimento de medicamentos, o que requer ao seu entendimento a apreciação dos direitos fundamentais e seu processo evolutivo, bem como a concepção de dimensões de direitos e o conceito de saúde, dentre outros pontos; aborda ainda o surgimento do Estado e os fins a que se dispõe o Estado Democrático de Direito, assim como a questão relativa à Administração Pública e os princípios pelos quais é guiada, discorrendo também sobre orçamento público como elemento da estrutura administrativa organizacional. Por fim, trabalha-se com a legislação infraconstitucional sobre o tema, bem como a divisão de competências e suas implicações na forma de distribuição de medicamentos, para, ao final contemplar ainda a doutrina alienígena da reserva do possível. Com efeito, tal discussão não encontra consenso na doutrina, contudo, o posicionamento jurisprudencial tem se mostrado tendente a conceder indistintamente o direito à saúde, razão pelo que se fazem necessárias análises, principalmente das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucional. Saúde. Medicamentos. Reserva do Possível.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CES	Conselho Estadual de Saúde
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CMDE	Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional
CMS	Conselho Municipal de Saúde
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MS	Ministério da Saúde
NOB	Normas Operacionais Básicas
OMS	Organização Mundial da Saúde
PNM	Política Nacional de Medicamentos
PPA	Plano Plurianual
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>12</b>
2.1 Direitos fundamentais.....	13
2.1.1 Dimensões de direitos .....	18
2.2 Direito à saúde .....	26
<b>3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>32</b>
3.1 Questões introdutórias .....	33
3.2 Estado Democrático de Direito.....	35
3.3 Administração Pública .....	38
3.4 Princípios.....	42
3.5 Orçamento.....	50
<b>4 A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS .....</b>	<b>55</b>
4.1 Legislação infraconstitucional.....	56
4.2 Competências .....	62
4.3 Medicamentos .....	65
4.4 Reserva do Possível .....	70
4.5 Análise Jurisprudencial .....	75
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>88</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>93</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos pressupostos de uma vida digna a qualquer ser humano é o acesso às condições mínimas de existência, situações estas que devem ser proporcionadas ao indivíduo como contrapartida ao poder que delega ao Estado para que este torne a sociedade viável a todos. Conjuntura que se configura possível diante da ascensão à educação, segurança pública, saúde, dentre outros direitos fundamentais assegurados na Lei Fundamental.

Com intuito de implementar o estado de bem-estar social almejado, garante o Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio de sua Carta Política, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, a ser afiançado mediante políticas públicas, com a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Nesta seara, tem-se o enorme contingente de demandas judiciais visando à efetivação do direito à saúde, especialmente o de ter direito ao fornecimento de medicamentos, situação que tem causado grandes prejuízos e transtornos de ordem estrutural a todo sistema estatal.

A partir da propositura agigantada dessas lides processuais a doutrina e a jurisprudência têm assumido, majoritariamente, o entendimento de que saúde é direito universal e irrestrito do cidadão e dever do Estado em sua prestação integral, devendo suportar o ônus para tal.

Construído o panorama fático, doutrinário e jurisprudencial, fica a pergunta que parte considerável dos estudiosos envolvidos nesta discussão têm tentado fervorosamente responder: é possível dar efetividade ao direito social à saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos, de forma integral, em face das deficiências do Sistema?

Diante deste questionamento, este trabalho, por meio do método dedutivo qualitativo, tem por escopo trazer o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro a respeito deste tema.

A par da problemática traçada, para que se analise com propriedade as origens de tais assertivas, será objeto de exame no primeiro capítulo discorrer sobre o que a doutrina assenta acerca dos direitos fundamentais bem como observar sua evolução histórica.

Na mesma linha de raciocínio, far-se-á uma breve exposição das dimensões de direito, dando ênfase na segunda dimensão, por esta abordar, especificamente, os direitos sociais, figurando a garantia do direito à saúde como um deles.

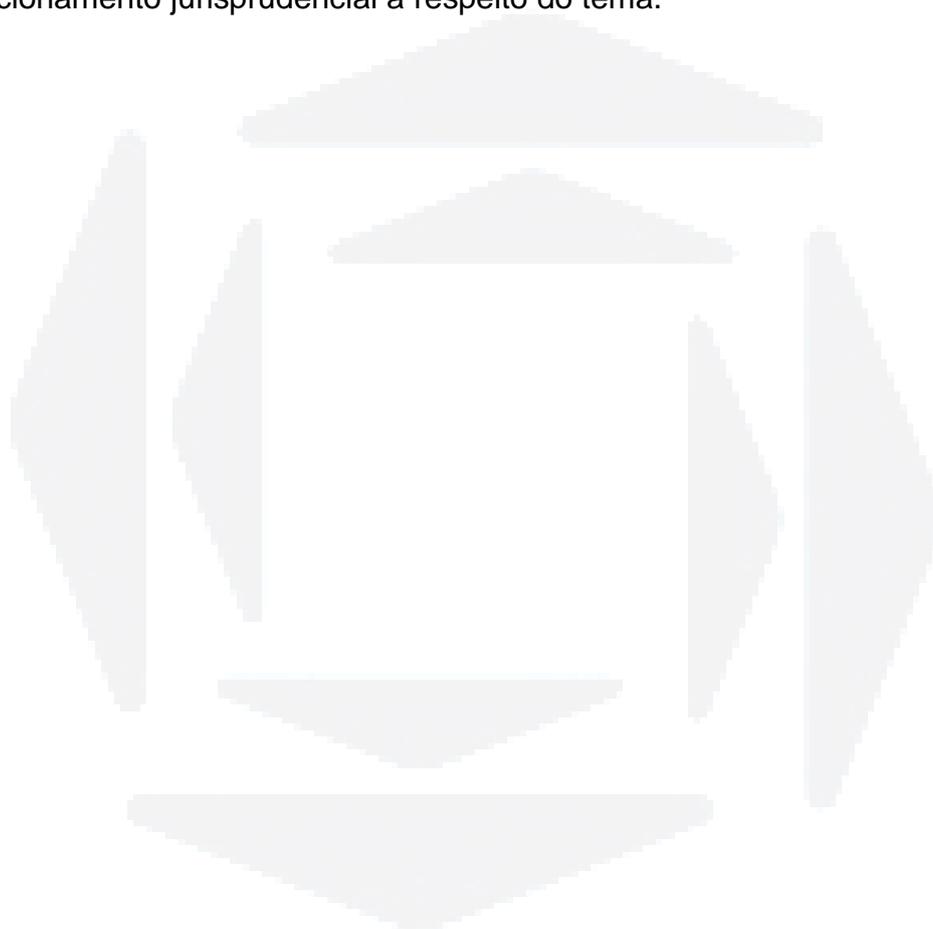
Ainda no primeiro capítulo, assume importância à verificação da previsão constitucional do direito à saúde e uma análise dos conceitos de saúde adotados pela doutrina, bem como pelos demais órgãos envolvidos no assunto.

Partindo dessa premissa, o segundo capítulo discursará sobre o conceito de Estado, para que se possa ter entendimento amplo do que a teoria aspira no Estado Democrático de Direito, para, a seguir, adentrar no instituto da Administração Pública sobre o viés específico do orçamento público e, também, esboçar os princípios pelos quais é regida.

A fim de cumprir a proposta do presente trabalho, indispensável à abordagem que será feita no terceiro capítulo que descreverá a legislação infraconstitucional acerca da matéria e os delineamentos que segue o ordenamento jurídico em face da edição destas normas. Da mesma forma, será avaliado o sistema de competências entre os entes federativos, os quais referem ter atribuições

específicas quando da prestação efetiva no atendimento do direito à saúde consagrado constitucionalmente.

Além disso, consistirá objeto deste terceiro capítulo o conhecimento da teoria advinda da doutrina alemã, reconhecida como reserva do possível. Por fim, para encerrar a análise científica do problema proposto, qual seja, a eficácia do direito constitucional a saúde frente ao fornecimento de medicamentos, analisar-se-á o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema.



## 2 DIREITO À SAÚDE

Ao iniciar o estudo proposto nesse trabalho, se faz necessário apresentar aspectos da doutrina sobre os direitos fundamentais e sua evolução histórica. Algumas considerações sobre a divergência doutrinária quanto à terminologia a ser adotada é recomendável, visto a relevância para o tema em comento, dos reais delineamentos do sujeito de direitos a que o Estado reserva garantias erigidas como indispensáveis à manutenção de sua condição humana, aqui, especificamente, saúde pública.

Na mesma linha de raciocínio, far-se-á uma breve exposição das dimensões de direito, dando ênfase na segunda dimensão, por esta abordar, especificamente, os direitos sociais, figurando a garantia do direito à saúde como um deles.

Nesta seara, assume importância a previsão constitucional do direito à saúde e uma análise dos conceitos de saúde adotados pela doutrina, assim como a conceituação que é dada por órgãos internacionais, tais como a Organização Mundial da Saúde. Destarte, a relevância de uma definição do mesmo conceito pelo Ministério da Saúde, órgão administrativo que, além de gerenciar o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS trabalha no desenvolvimento e proposição de legislações infraconstitucionais que regulam, dentre outras situações, o fornecimento de medicamentos no país.

## 2.1 Direitos fundamentais

A terminologia com relação a um mesmo paradigma, qual seja: a defesa e garantia de direitos mínimos existenciais de um povo, encontra na doutrina uma diversidade enorme de prenomes para identificá-los. Logo, segundo Silva (2007, p. 175) “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”.

Ainda, conforme o entendimento de Silva (2007), para designar os mesmos direitos fundamentais a doutrina tem empregado várias expressões, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Para Moraes, a nomenclatura direitos fundamentais é a mais apropriada, pois é compreendida como forma de expressar

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (Canotilho *apud* Moraes, 2006, p. 25).

Nessa seara, o entendimento de Silva (2007) é que a melhor terminologia a ser aplicada é direitos fundamentais do homem, pois,

[...] constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de um convívio digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, com *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (Silva, 2007, p.178, grifo do autor).

Destarte, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet faz diferenciações significativas sobre as terminologias acima lançadas, sendo que concebe como sendo a denominação direitos fundamentais a mais adequada:

[...] o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo 'direitos humanos' se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (Sarlet, 2001, p. 34).

De modo semelhante se posiciona Bonavides (*apud* Hesse, 2005, p. 560) ao referir que, “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...]”. Prossegue dizendo que, para um melhor entendimento da terminologia, “[...] os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (Bonavides *apud* Hesse, 2005, p. 560).

Carvalho (2004), também utiliza a expressão “direitos fundamentais”, contudo faz uma breve distinção:

Há uma tendência normativa e doutrinária em reservar o termo *direitos fundamentais* para designar os direitos positivados a nível interno, e *direitos humanos* para os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como as exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade, a igualdade da pessoa, que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo (Carvalho, 2004, p. 371, grifo do autor).

Nesse ínterim, tem-se o desenvolvimento histórico-evolutivo dos direitos fundamentais, de forma que, pode-se mencionar três como as principais etapas:

[...] a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos (K.Stern *apud* Sarlet, 2001, p. 39).

Desta primeira fase, absorvem-se contribuições significativas da religião e filosofia clássica, ao passo que influenciaram no surgimento de idéias elementares formadoras do pensamento jusnaturalista, trazendo concepções sobre a condição

humana, que, conforme Sarlet (2001), de per si, iniciaram o entendimento no sentido de que, pelo simples fato de existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis.

No mesmo sentido, tem-se que a “vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana” (Bonavides, 2005, p. 562).

Portanto, “de modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente greco-romana, e no pensamento cristão” (Sarlet, 2001, p. 40).

O doutrinador acima referido evidencia também que “de irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, foi a influência das doutrinas jusnaturalistas [...] (Sarlet, 2001, p. 40).

Já Carvalho (2004), assevera que “os direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram em fins do século XVIII, com as declarações e direitos na França e nos Estados Unidos” (Carvalho, 2004, p. 363).

Entretanto, declara Sarlet (2001), que período de suma importância no pensamento jusnaturalista foram os séculos XVI e XVII, chegando-se no auge do desenvolvimento desta teoria. O surgimento da idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural, toma forma.

A partir daí, segundo Silva (2007), contribuição significativa do direito natural é o surgimento do conjunto de princípios que se chamou de humanismo. Tais princípios deram origem aos pactos e cartas de franquias que asseguravam direitos individuais perante o Reino.

Adentrando a Idade Média é que realmente iniciaram os primeiros escritos no sentido de dar vida às posteriores declarações de direitos, fruto, obviamente do pensamento jusnaturalista.

Contudo, Sarlet (2001), evidencia que é na Inglaterra deste período que tem-se o principal documento que positiva os primeiros traços de direitos fundamentais – a Magna Charta Libertatum. A partir dela, ainda que destinada apenas para instituir e proteger algumas benesses aos nobres ingleses, quais sejam os bispos e barões feudais, serviu, posteriormente, como paradigma, para concepção de alguns direitos civis clássicos, como: o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Porém, conforme pondera o autor acima referido,

[...] inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades, igualmente não há como atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais, pois, consoante já ressaltado, podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica (Sarlet, 2001, p. 45).

Ainda, segundo Silva (2007), as cartas e os estatutos assecuratórios de direitos fundamentais elaborados na Inglaterra, tais como a Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688) não podem ser considerados como declarações de direitos fundamentais em seu sentido moderno, uma vez que limitados e, na maioria das vezes, de cunho eminentemente estamental.

Além disso, Sarlet mencionando as declarações inglesas supracitadas ressalta que:

[...] significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (Sarlet, 2001, p. 46).

Contudo, nesse diapasão, prossegue Sarlet (2001), referindo que a doutrina tem entendimento no sentido de que a paternidade dos direitos fundamentais é disputada pela Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e da Declaração Francesa, de 1789, representando estas o marco divisor da transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

Pontuando sobre o tema, Carvalho (2004), assenta que foi

[...] com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade, pois as declarações de direitos (que inclusive constavam de documento à parte do texto da Constituição) eram fundadas em bases filosóficas e teóricas, destacando-se o *Contrato social* de Rosseau e as concepções jusnaturalistas (Carvalho, 2004, p. 364).

Não obstante, Silva (2007, p. 162), destaca que “O que diferenciou a declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante”. Prossegue afirmando que:

[...] as declarações de direitos do século XX procuram consubstanciar duas tendências fundamentais: *universalismo*, implícito já na Declaração francesa de 1789, e *socialismo* (tomada essa expressão em sentido amplo, ligado a social, e não técnico-científico), com a extensão do número dos direitos reconhecidos, o surgimento dos *direitos sociais*, (...) propensão que refletiu no Direito Constitucional contemporâneo (Silva, 2007, p. 162, grifo do autor).

Destarte, corrobora com este raciocínio Kriele *apud* Sarlet (2001, p. 48) que traduz “[...] a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos”.

O alcance e reflexos produzidos por tais Declarações “passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal” (Silva, 2007, p. 162). Desta feita, explicita o referido autor que as manifestações preliminares nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, objetivando ampliar a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades.

Em 1948 nasce desse exemplo a Declaração dos Direitos Internacionais do Homem,

[...] que reconhece solenemente: a *dignidade da pessoa humana*, como base da liberdade, da justiça e da paz; o *ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de *resistência à opressão*; finalmente, a *concepção comum desses direitos* (Silva, 2007, p. 163, grifo do autor).

Deste modo, a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, segundo Sarlet (2001), culminou com a asserção do Estado de Direito, na sua compreensão liberal-burguesa, deveras determinante para a apreensão clássica de

direitos fundamentais que caracteriza a assim chamada primeira dimensão de direitos.

Aspecto que assume relevância no presente trabalho e merece ser devidamente pontuado se refere às distinções que a doutrina faz quando da definição e qualificação dos termos gerações e dimensões de direitos.

Discorrer sobre o fornecimento de medicamentos significa ponderar sobre questões mais amplas como, por exemplo, a efetividade dos projetos e políticas públicas de saúde. Logo, ilustrar o processo percorrido para concretização dos direitos e garantias fundamentais adquiridos e consagrados ao longo da história, importa esclarecer precipuamente que:

[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais (...) além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento (Sarlet, 2001, p. 49).

Pelas razões acima balizadas e, para que a terminologia sirva ao contexto do presente trabalho, adota-se o entendimento do doutrinador acima referido, ao passo que, a seguir, inicia-se a narrativa das dimensões de direitos a fim de clarear tal processo evolutivo.

### **2.1.1 Dimensões de direitos**

A doutrina classifica os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira dimensões, sendo que alguns autores ainda trazem a possibilidade de uma quarta dimensão. Tais dimensões referem-se à cronologia histórica na qual os direitos ali vislumbrados surgiram (Moraes, 2006).

Os direitos de primeira dimensão são afirmados “como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma

zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder “(Sarlet, 2001, p. 50).

Nesse íterim, são apresentados como direitos de cunho “negativo”, pois requerem do poder público a sua não ingerência na individualidade do garantido, sendo por seu turno “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (Bonavides, 2005, p. 564).

Desse modo, sendo o indivíduo titular dos direitos de liberdade e estes oponíveis ao Estado,

Entram na categoria do status negativus da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico (Bonavides, 2005, p. 564).

Moraes infere que os direitos de primeira dimensão “são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta” (Moraes, 2006, p. 26). Enfatiza também que “os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade [...]” (Mello *apud* Moraes, 2006, p. 26).

Diversamente dos direitos de primeira dimensão, os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão, conforme entendimento de Sarlet (2001) tem como característica distintiva daqueles a sua dimensão positiva, de maneira a não mais evitar a interferência do Estado no campo da liberdade individual, mas sim de proporcionar um “direito de participar do bem-estar social”.

No tocante ao desenvolvimento dos referidos direitos Bonavides ilustra no sentido de que:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX (Bonavides, 2005, p. 564).

Historicamente, explica Sarlet (2001) estes direitos fundamentais iniciaram suas previsões positivas nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na

Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a vigorar efetivamente).

Porém, somente no século XX, especialmente nas Constituições do pós-guerra, é que esses direitos fundamentais se consagraram em um número significativo de Constituições, sendo objeto de diversos pactos internacionais (Sarlet, 2001).

Comentando este momento histórico, Carvalho (2004) esclarece:

Com o advento do Estado Social do pós-guerra (1914-1918), os direitos fundamentais sofreram profundas alterações com as restrições ao direito de propriedade, para atender à sua função social e, em termos genéricos, à intervenção do Estado do domínio econômico e social. [...] O Estado deixa de ser absenteísta para assumir uma postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais (habitação, moradia, alimentação, segurança social, dentre outros) (Carvalho, 2004, p. 365).

Infelizmente, essa consagração não se deu de maneira concreta e imediata, tendo inicialmente passado por um período de baixa normatividade ou de efeitos questionáveis, “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos” (Bonavides, 2005, p. 564).

Por esta razão, prossegue o referido estudioso, os direitos previstos nessa dimensão, foram remetidos ao denominado domínio programático, em decorrência de não “conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade” (Bonavides, 2005, p. 564).

Assim, os direitos de segunda dimensão,

[...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação da doutrina francesa (Sarlet, 2001, p.51).

Para o referido autor, é salutar que se observe serem os direitos de segunda dimensão não apenas de cunho prestacional, pois, também os direitos sociais se

reportam ao indivíduo, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira geração.

Saliente-se a importância da segunda dimensão de direitos para o contexto deste trabalho, haja vista o direito constitucional à saúde estar insculpido nesta seara. Resta evidenciar, portanto, que os direitos contidos nesta dimensão “podem ser considerados uma densificação da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas (...)” (Sarlet, 2001, p. 52).

Importa ainda, frisar o interessante elo que estabeleceu Carvalho (2004) no que tange a direitos fundamentais sociais/norma programática/direito à saúde, transcrevendo aspectos elementares sobre a questão em tela, *in verbis*:

O direito à saúde *representa consequência constitucional* indissociável do direito à vida. O *direito público subjetivo à saúde* representa prerrogativa jurídica *indisponível* assegurada à *generalidade* das pessoas pela *própria* Constituição da República (art. 196). *Traduz* bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade *deve* velar, *de maneira responsável*, o Poder Público, *a quem incumbe* formular – e implementar – políticas sociais e econômicas *idôneas* que visem a *garantir*, aos cidadãos, *inclusive àqueles portadores do vírus HIV*, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – *além* de qualificar-se como direito fundamental que assiste a *todas* as pessoas – *representa* consequência constitucional *indissociável* do direito à vida. O Poder Público, *qualquer* que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, *não pode mostrar-se indiferente* ao problema da saúde da população, *sob pena* de incidir, ainda que por *censurável* omissão, em *grave* comportamento inconstitucional.

A interpretação *da norma programática* não pode *transformá-la em promessa constitucional* inconstitucional. O *caráter programático* da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários *todos* os entes políticos que a compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – *não pode converter-se* em promessa constitucional inconstitucional, *sob pena* de o Poder Público, *fraudando* justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, *de maneira ilegítima*, o cumprimento de *seu* impostergável dever, por um gesto *irresponsável* de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. *Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes*. (Recurso Extraordinário n. 271.286 – AgRg – RS – Segunda Turma – Rel. Min. Celso de Mello – in RTJ 175 / 1212 e 1213, grifo do autor/grifo nosso).

Utilizando nomenclatura diferenciada, porém caminhando para o mesmo horizonte, José Afonso da Silva pondera que:

[...] os *direitos sociais* como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (Silva, 2007, p. 286).

Ainda na leitura de Leivas (2006), tem-se uma definição de direitos fundamentais sociais sob uma perspectiva bastante interessante:

[...] eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional (Leivas, 2006, p. 89).

Por fim, tem-se os designados direitos fundamentais de terceira dimensão, também “chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (...)” (Moraes, 2006, p.26/27, grifo do autor).

Esta dimensão de direitos traz como particularidade:

[...] o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (Lafer *apud* Sarlet, 2001, p. 52).

Por este pensamento, continua o referido autor expondo que:

A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (...) Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação (Sarlet, 2001, p. 53).

Prossegue nesse entendimento Bonavides (2005), dizendo que tais direitos restam caracterizados por um alto grau de humanismo e universalidade, não se destinando exclusivamente à proteção do indivíduo, mas sim, de grupos ou de um determinado Estado.

A doutrina identifica, inicialmente, cinco direitos contemplados na terceira dimensão, nada impedindo que, à medida que forem se desenvolvendo, mais direitos venham a compor esta dimensão. Com efeito, constam dessa primeira preleção: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (Vasak *apud* Bonavides, 2005, p. 569).

Como os demais processos que envolveram o desenvolvimento até a consolidação, ainda que apenas formal, das dimensões de direitos anteriores, quando se trata de avistar uma quarta dimensão, há que se falar, deveras, em contexto histórico-político.

Desenvolvendo-se no seio da globalização neoliberal, Bonavides (2005) ressalta que, apesar do período histórico, os direitos fundamentais ora em destaque, não sofrem qualquer interferência ideológica, pois estão enraizados numa teoria de direitos fundamentais, que, “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social” (Bonavides, 2005, p. 571).

Por conseguinte, é no limiar dos novos tempos que surgem discussões acerca da implementação de uma quarta dimensão de direitos que contemple outros direitos que não os mencionados, especificamente, em nenhuma das dimensões anteriores. Sarlet (2001) traz exemplos destes direitos fazendo referências às garantias contra manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, dentre outros.

A contento, tem-se ainda a designação, a título exemplificativo, “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (Bonavides, 2005, p. 571).

Por seu turno, discute a real necessidade e procedência no campo doutrinário de sustentar a existência de uma quarta dimensão, visto que,

[...] na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2001, p. 54).

Mesmo compreendidos tais direitos no princípio elementar da dignidade da pessoa humana, o estudioso mencionado acredita ser relevante e profícuo o avanço doutrinário no sentido de criação de uma quarta dimensão, pois,

[...] oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade (Sarlet, 2001, p. 55).

Tem-se um apanhado bastante interessante, conducente ao compilamento do pensamento anterior:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração (Bonavides, 2005, p. 572).

No apanhado feito acerca das dimensões de direitos constata-se que “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano” (Riedel *apud* Sarlet, 2001, p. 56).

A partir daí, tem-se a problemática da eficácia e efetividade dos direitos e garantias erigidos constitucionalmente. De sorte que Sarlet (2001) menciona os obstáculos na proteção e concretização que caracterizam parte significativa dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, ao passo que soluções aleatórias ao ordenamento jurídico e à adaptação dos mecanismos jurídicos disponíveis tornam-se necessários.

Conseqüentemente, a primeira, segunda e terceira dimensões de direitos, estão sobre três postulados elementares, frutos da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (Sarlet, 2001). Contudo, “esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da pessoa humana (...)” (Sarlet, 2001, p. 59).

Acertadamente, Bonavides coloca a importância e complementaridade das dimensões de direitos em seu aspecto histórico e atual, in verbis:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII (Bonavides, 2005, p. 563).

Bonavides (2005), corrobora com tal entendimento quando infere que a nova universalidade de direitos fundamentais está, por assim dizer, num pedestal, onde lhe é conferida juridicidade, concretude, positividade e eficácia, diante da necessidade e relevância de se atribuir ao indivíduo, antes de qualquer prerrogativa, a condição humana e, por isso, pertencente e titular de direitos daquela universalidade.

Demonstrando imperiosa relevância da aplicabilidade do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana é que argumenta o Defensor Público Sr. Marcelo da Silva, em uma de suas infundáveis defesas no que concerne ao fornecimento de medicamentos ao cidadão, *in verbis*:

O que está em debate aqui, pelos termos do prisma constitucional, é o que posso chamar de mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde. Enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico – a iniciar pelo constitucional -, tenho que a vida humana digna espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, na condição de princípio fundamental, em face de sua característica de aderência, ele opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões tenho sustentado que: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com este princípio; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais (dentre os quais destaco o sob comento) não são válidas (Processo nº 017/1.09.0002547-3, fl. 04, Comarca de Lajeado/RS).

O desenvolvimento do subcapítulo seguinte desembocará, inexoravelmente, nos princípios basilares da dignidade da pessoa humana como elemento crucial para o entendimento da relevância de se resguardar o direito à saúde do homem. Contudo, é necessário responder a um questionamento preliminar, afinal, o que é saúde?

## 2.2 Direito à saúde

Inicialmente, “para Hipócrates, a saúde resultava do equilíbrio existente entre o corpo, a mente e o meio ambiente” (Melo; Cunha, 2007, p. 8). Desta mesma referência, tem-se que Engels, nos fervores da Revolução Industrial, estudando as condições de vida dos trabalhadores, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelos níveis de saúde das populações.

Já no século XVII, segundo Melo, Cunha (2007) surge Descartes com a sua teoria mecanicista, que previa corpo e mente serem completamente desconectados entre si, comparando o organismo humano a uma máquina, sendo que, em caso de doença, bastaria localizar o problema e trocar a “peça” que o ocasionou e substituí-la.

Anos se passaram e a humanidade trilhou por caminhos espinhosos até a chegada do século XX, quando, conforme as mesmas autoras, apesar de todos os avanços, explicar o que é saúde ainda era um tema demasiado complexo.

Foi assim que, no ano de 1947, conforme os mesmos autores, a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou um conceito que veio a constituir, sem dúvida alguma, um avanço em relação ao pensamento mecanicista defendido no século XIX. Por ser uma organização ligada à Organização das Nações Unidas, a OMS tem a finalidade de elevar os padrões de saúde no planeta, logo, os países filiados se comprometem a adotar e colocar em prática as normas e regulamentos sanitários estabelecidos pela entidade.

Assim, restou estabelecido no preâmbulo de sua Constituição a conceituação de saúde nos seguintes termos: “Saúde é um completo estado de bem-estar físico, mental e social, não meramente a ausência de doença ou outros agravos” (Dallari, 1995, p. 19).

Conforme Melo, Cunha (2007), nas décadas de 1960, 1970 e 1980, as discussões sobre a conceituação se deram sob um enfoque ainda mais amplo: toda

condição social do indivíduo, ou seja, todas as prerrogativas enquanto ser humano, homem que necessita de vários cuidados elementares para garantia de saúde plena.

Nesse ínterim, a OMS organiza em 1978 na cidade de Alma-Ata, na então URSS, uma Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Neste momento foram discutidas medidas para proporcionar saúde a todos os povos do mundo.

Recentes estudos, mais precisamente a partir da década de 1980, propõem uma ampla revisão da concepção mecanicista do universo, abrindo perspectivas de novas modificações. Logo, “começa a consolidar-se uma visão holística da saúde, que considera saudável o organismo que mantém equilíbrio três fatores interdependentes entre si: o individual, o social e o ecológico” (Melo; Cunha, 2007, p. 12).

Internamente, é no ano de 1986 que novas posturas começaram a surgir no país. A 8ª Conferência Nacional de Saúde que tinha como participantes representantes dos governos federais, estaduais e municipais, dentre outros interessados, concluiu elaborando um conceito de saúde diretamente vinculado ao direito de cidadania:

[...] em seu sentido mais abrangente, a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida (Melo; Cunha, 2007, p. 14).

As diretrizes formuladas nesse evento terminaram sendo garantidas definitivamente sob a forma de lei na Magna Carta promulgada em 1988.

A previsão constitucional dos direitos sociais, nas palavras de Carvalho (2004), “[...] visam a uma melhoria das condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização (Carvalho, 2004, p.443).

Infelizmente, informa Dallari (1995), no Brasil a inclusão constitucional dos direitos sociais, explicitamente o direito à saúde, foi sobremaneira lenta, tendo em vista que as Cartas anteriores a 1988, ignoraram completamente os direitos sociais, do mesmo modo, o direito à saúde.

De outra banda, a exemplo dos direitos sociais em geral, o direito à saúde admite duas correntes:

[...] uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e a proteção delas [...] trata-se de um direito positivo ‘ que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...] (Canotilho e Moreira *apud* Silva, 2007, p. 308).

Desta feita, o poder constituinte de 1988 erigiu como direito e garantia fundamental no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, em seu art. 6º, *verba legis*:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a *saúde*, o trabalho, a moradia, o lazer, à segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição (grifo nosso).

A respeito da positivação deste artigo na Carta Política, Bulos (2003) refere a nobreza de tal inserção pelo constituinte de 1988, ao passo que constata lamentavelmente ter “um direito expressivo e universal ficou postergado e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, porque, no Brasil, o acesso à saúde é proporcional à situação econômica da pessoa” (Bulos, 2003, p. 1292).

Adiante, destina especificamente no Título VIII – Da Ordem Social, na Seção II – Da saúde, a previsão sublime que saúde é direito de todos e cabe ao ente estatal prover e garanti-la, *in verbis*:

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.

Na doutrina, encontra-se a interpretação do texto constitucional no que se refere ao conceito jurídico de saúde:

[...] deve ser interpretado considerando que a legalidade obriga a organização das ações e serviços públicos destinados a garantir o direito à saúde – em condições de igualdade para todo o povo – ao respeito das seguintes exigências: ‘descentralização...atendimento integral...e...participação da comunidade (C.F., art. 198, I, II, III). As atividades de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para saúde, de participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos sanitários; de execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; de participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; de fiscalização e inspeção de alimentos, bebidas e água para o consumo humano e de controle do teor nutricional dos alimentos; de participação no controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e de colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho – ainda que não exclusivamente – definem o conteúdo do conceito jurídico de saúde na Constituição (C.F. art. 200) (Dallari, 1995, p. 31/32).

Nesse diapasão, localiza-se ainda que “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças” (Bulos, 2003, p. 1291).

O início da positivação pormenorizada das questões de saúde se dá mediante a edição da Lei 8.080/90 que cria o Sistema Único de Saúde – SUS. Esta por sua vez, prevê em seu art. 2º:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.  
**§1º** O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Será objeto do terceiro capítulo deste trabalho o detalhamento da legislação infraconstitucional que trata da descentralização por parte do Estado dos serviços de saúde, contudo, oportuna a crítica do constitucionalista Bulos (2003) sobre esse aspecto:

Dizer que saúde é dever do Estado brasileiro, ou seja, da República Federativa do Brasil, não é eximir a responsabilidade dos entes federativos. Em tese, cumpre aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios primar pela consecução de políticas governamentais úteis a manutenção da saúde integral do indivíduo (Bulos, 2003, p. 1291).

Na esfera federal, o Ministério da Saúde (MS, 2008, texto digital) declara que é seu dever dispor de todas as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, reduzindo as enfermidades, controlando as doenças endêmicas e parasitárias, melhorando a vigilância à saúde e dando qualidade de vida ao brasileiro.

Esclarece ainda, que é papel do SUS cuidar de todas as necessidades da área da saúde, e que, esse cuidado não corresponde tão somente a medicar doentes ou realizar cirurgias, pois é necessário vacinar a população, dar atenção aos problemas femininos, das crianças e idosos, combater a dengue, dentre outras enfermidades.

Os serviços prestados por este Sistema são administrados pelos governos federal, estadual e municipal. Contudo, outras organizações privadas podem estar representando o Estado nessa função, fornecendo tal mister gratuitamente.

Conseqüentemente se há obrigação de cuidar, zelar pela saúde dos cidadãos, o fornecimento de medicamentos, de forma ampla, geral e irrestrita, deveria ser caso encerrado nas discussões tanto em níveis administrativos quanto jurídicos. Contudo, muitos brasileiros têm sofrido emocional e fisicamente pela inadequação da norma à prática, haja vista a dificuldade de ascensão a qualquer tipo de medicamento nos postos de saúde, mesmo os da chamada farmácia básica.

Como é consabido, o fornecimento de medicamentos tem sido alvo de inúmeras demandas judiciais nos cartórios forenses do país inteiro, e, além dessa popularidade desagradável e teoricamente desnecessária, o meio jurídico, tanto pela doutrina quanto por magistrados, promotores e administração pública em geral, tem se alvoroçado diante de tamanha proporção que estas demandas têm suscitado.

Nesse afã, ilustrando o contexto dramático que se insere a efetivação da concreção do direito social à saúde do cidadão, considerando direitos e deveres prestacionais do Estado, Silva (2009), declara:

[...] qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre a validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil (Processo nº 017/1.09.0002547-3, fl. 04, Comarca de Lajeado/RS).

Assim, resta evidenciar que, para uma compreensão plana de todos os aspectos atinentes ao trabalho proposto, imperioso adentrar na seara dessa estrutura administrativa estatal, que é imediatamente responsável pela prestação positiva e efetivação do direito à saúde erigido e garantido constitucionalmente, para que, a partir daí, se possa inferir as possibilidades sobre a problemática traçada.

### 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para grande parte dos cientistas políticos, a vida em sociedade deriva de uma necessidade natural do homem, não excetuando a vontade humana e sua consciência.

Partindo dessa premissa, o presente capítulo segue referindo as diversas conceituações que a doutrina traz sobre o signo Estado, para, a partir dessa premissa, dissecar o significado do Estado Democrático de Direito, haja vista sua relevância, eis ser o modelo vigente e adotado constitucionalmente. Considerando que o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas finalidades precípua a garantia e efetivação dos direitos fundamentais erigidos em sua Constituição, torna-se imperiosa a criação e firmação de institutos jurídicos capazes de viabilizarem a execução do que esse modelo estatal assegura aos seus cidadãos.

Nesse diapasão, tem-se o surgimento da Administração Pública que, trabalhando como *manus largus* do Estado, é investida de poderes administrativos, para por em prática os anseios e imposições positivados pela legislação pátria, à medida que zela pelo fiel cumprimento dos preceitos constitucionais assentados pela Carta em vigor.

Portanto, nesse capítulo importa discursar sobre o conceito de Estado, para que se possa ter entendimento amplo do que a teoria aspira no Estado Democrático de Direito, para, a seguir, adentrar no instituto da Administração Pública sobre o viés

específico do orçamento público e, também, esboçar os princípios pelos quais é regida.

### 3.1 Questões introdutórias

Como é consabido, o homem busca permanentemente a defesa de seus interesses para efetivação de todas suas necessidades básicas, almejando, conseqüentemente, a permanência de sua espécie e a própria busca da felicidade. Contudo, nas palavras de Bastos (1995), essa satisfação de interesses depende de “atividade coordenada entre diversos homens” (Bastos, 1995, p. 1).

Prosseguindo nesse raciocínio, o autor citado destaca que: “Sociedade vem a ser toda a forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas” (Bastos, 1995, p. 1).

Em linhas gerais, Dallari (2009), complementa com o entendimento moderno de sociedade:

[...] pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na idéia contemporânea de democracia (Dallari, 2009, p. 19).

Tendo em mente esta a abordagem acerca da concepção contemporânea de sociedade adotada por Dallari e, considerando portanto, que na vida em sociedade estão os sujeitos ligados por sua livre iniciativa,

[...] podem estas relações ser sem formalidade e simplesmente factuais, ou podem desenvolver-se em intensidade social, indo de vagas relações amistosas até associações contratuais, legalmente postas em vigor, até ao estabelecimento de instituições e corpos coletivos de mais estrita organização (...). O Estado fornece regulamentos, normas formais e impede violação da ordem pública, do bem comum e de seus valores básicos. O Estado não os cria, nem tem o direito de destruí-los ou confiscá-los, sem o devido processo legal. Pode o Estado regulá-los, mas não os pode comandar. O Estado reina aqui, mas não governa (Ribeiro Junior, 2001, p. 23).

Nesse íterim, Carvalho (2004), declara que o homem percebe suas deficiências e insuficiências e, considerando a presença do outro, passa a conviver e coexistir, surgindo então o que se chama de sociedade.

Também segundo esse autor, “O Estado aparece então como a organização política, a estrutura, a forma política que acompanha a convivência: o Estado é, assim, produto da essência política do homem” (Carvalho, 2004, p. 27).

No mesmo sentido se posiciona Ribeiro Junior (2001) ao referir que o Estado “[...] é um sistema político de organização da sociedade, um processo de hierarquia dos valores sociais, porque os relaciona e coordena num todo orgânico” (Ribeiro Junior, 2001, p. 153).

Conseqüentemente leciona Carvalho (2004), que:

A convivência e a coexistência reclamam direção, ordenação e governo, sob pena de se transformarem no caos, na anarquia e na desordem. Desta forma, a convivência social não pode dispensar chefia e direção, encarnadas num governo que deverá naturalmente buscar o que é comum à totalidade da convivência social. Tal organização política é o Estado (Carvalho, 2004, p. 27/28).

Morais (1995), destaca que, pensar o Direito atualmente, significa, especialmente, refletir sobre um tipo de ordem jurídica, aquela lançada por um poder soberano, o Estado.

Analisando a doutrina, tem-se que a conceituação deste ente fictício, mas completamente real que é o Estado, é, deveras, tarefa non grata. Mas, como qualquer trabalho científico que se preze, cabe analisar algumas conceituações, para, a partir delas prosseguir e analisar a manus largus do Estado que é pertinente ao trabalho: a Administração Pública.

Bastos (1995), menciona ser o Estado a mais complexa das organizações criadas pelo homem, festejando que tal criação sinaliza alto grau de civilidade. A partir dessa premissa, admite que:

[...] o Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado sobre nenhum outro externamente e supremo internamente” (Bastos, 1995, p. 6).

Na mesma esteira, Dallari (2009) conceitua o Estado “ [...] como ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (Dallari, 2009, p. 119). Esmiúça tal conceituação ao inferir sobre os elementos que caracterizam o Estado:

A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território. (Dallari, 2009, p. 119).

Já Ribeiro Junior (2001), refere que se pode caracterizar Estado como “[...] um povo organizado sobre um território, sob um governo soberano, para o arranjo do fim próprio da coletividade” (Ribeiro Junior, 2001, p. 157).

Por fim, tratando da relevância e fins a que se destina a existência do Estado, Furtado (2007), esclarece:

O que caracteriza o Estado é a sua organização: o Estado apresenta como traço essencial da sua existência a capacidade de atender a determinados fins por meio de unidades administrativas organizadas e dotadas de competência para o exercício dessas atividades. A existência do Estado pode ser mensurada, portanto, não pela sua função ou exercício de atividades executivas, legislativas ou judiciais, mas pela forma organizada com que exerce essas mesmas atividades (Furtado, 2007, p. 29/30).

Dada a conceituação doutrinária elementar do que vem a ser este ente denominado Estado, passa-se a analisar os aspectos essenciais do Estado Democrático de Direito, modelo vigente e insculpido na Carta Política Brasileira.

### **3.2 Estado Democrático de Direito**

A origem do Estado Democrático de Direito segundo Carvalho (2004), vem da transição do Estado liberal, reflexo das transformações socioeconômicas e políticas do primeiro pós-guerra (1914-1918).

Mencionando a passagem de um modelo estatal para outro, conforme acima aludido, Morais (1995), assenta que

[...] há um agigantamento da atuação promocional da ordem jurídica em razão mesmo da passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado de Bem-Estar Social, permitindo que o Direito adquira um papel de transformação, de mudança, para além do seu aspecto conservador [...] (Morais, 1995, p. 47/48).

Sob esse mesmo prisma, tem-se a colaboração valiosa de Furtado (2007) esclarecendo que:

Com o surgimento do *Estado Democrático e Social*, que passou a desempenhar tarefas de empresário, de investidor e prestador de serviços públicos, verificou-se o início do agigantamento estatal e uma de suas conseqüências foi a criação de empresas estatais incumbidas de desempenhar diversas atividades, inclusive aquelas que no modelo anterior haviam sido atribuídas a empresas privadas concessionárias de serviços públicos (Furtado, 2007, p. 32).

Ribeiro Junior (2001), nesse mesmo diapasão, destaca que o Estado Social Democrático se propôs, por meio da intervenção do poder estatal no campo econômico, harmonizar a realidade sócio-política pré-existente no modelo estatal anterior. Com isso, interfere diretamente nos conflitos entre o trabalho e o capital e coordena a produção e distribuição do consumo de bens econômicos, utilizando-se de reformas constitucionais e medidas legislativas para realizar tal intento.

Desta forma, “[...] introduz, nos textos constitucionais, os direitos sociais, os deveres dos indivíduos para com a sociedade e os princípios sobre a organização social e econômica, ao lado daqueles direitos individuais preconizados pelo Estado Liberal” (Ribeiro Junior, 2001, p. 263).

Clareando sobre a finalidade a que se propõe tal modelo estatal, Bastos (1995) refere que:

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social moderno foi caracterizada por o Estado ter incluído no âmbito da sua actuação política, em medida crescente, aquelas decisões respeitantes às finalidades sociais e econômicas e à sua efectivação planeada. Os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social.

A tendência para promoção do bem-estar pelo Estado revela-se principalmente no facto de as preocupações com esse bem-estar terem constituído cada vez mais uma tarefa administrativa. [...] A intervenção do Estado em matéria de bem-estar generalizou-se entretanto – planeando e definindo finalidades e preferências – a numerosos outros domínios: segurança social, protecção ao trabalho, mediação no trabalho, seguro contra o desemprego, política sanitária e abonos de família, espaço habitacional e povoamento, planificação urbana [...].

[...] A preocupação com a justiça social cruza-se diversamente com as medidas favoráveis ao bem-estar, como nos domínios da previdência social

e da proteção no trabalho. O Estado arvora-se progressivamente em administrador da justiça distributiva (Zippelius *apud* Bastos, 1995, p. 72/73, sic).

Morais (1995), explica que a qualificação social pretende retificar o individualismo liberal entregando aos cidadãos garantias coletivas. Desta feita, corrige o liberalismo clássico utilizando-se do capitalismo pelo viés do bem-estar social, modelo adaptado do welfare state, que almeja, por fim, “[...] criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (Pelayo *apud* Moraes, 1995, p. 73).

Quanto às características que marcam o Estado Democrático de Direito, Moraes (1995), pontua as seguintes:

- A. Constitucionalidade:** vinculação do Estado Democrático de Direito à uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B. Organização Democrática da Sociedade** onde estão presentes todos os mecanismos tradicionais à democracia política, somados às possibilidades novas de participação social através de atores sociais emergentes, tais como: sindicatos, associações, etc;
- C. Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos**, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D. Justiça Social** como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E. Igualdade** não apenas como possibilidade formal mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F. Divisão de Poderes ou de Funções;**
- G. Legalidade** que aparece como *medida do direito*, isto é, *através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;*
- H. Segurança e Certeza Jurídicas** (Moraes, 1995, p. 75).

Observando a descritiva das características do Estado Democrático de Direito, tem-se dentre elas, uma de especial interesse para este trabalho, qual seja, a divisão de poderes ou de funções. Assim é que, cabe ao Direito Administrativo o estudo aprofundado da “[...] função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham” (Mello, 2008, p. 29, grifo do autor).

Com isso, nas palavras de Streck e Moraes (2001) “[...] a organização funcional da atividade estatal, para além de um mecanismo de racionalização administrativa atua, também, como um elemento de garantia para o asseguramento democrático do poder político” (Streck; Moraes, 2001, p. 163).

Portanto, segundo Mello (2008), “[...] função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Justen Filho (2005), em pensamento semelhante declara com maestria que:

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do próprio princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular (Justen Filho, 2005, p. 13).

Destarte, ante a premissa do Estado Democrático de Direito é necessário que seja analisada a sua operacionalidade enquanto condutor material da eficácia dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Para tanto, o modo pelo qual essa efetivação torna-se viável, é por meio da manifestação da Administração Pública, que se analisa a seguir.

### **3.3 Administração Pública**

Para iniciar a compreensão de qualquer assunto, é prudente e didático definir os contornos elementares sobre o tema em comento. A esse respeito, Meirelles (2008) assinala a dificuldade de balizar um conceito sobre Administração Pública em seu sentido mais amplo, haja vista a diversidade de sentidos da própria expressão e pelos diferentes campos que percorre a mesma.

Diante desta realidade, eis que o referido autor se manifesta, conceituando Administração Pública como “[...] a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum” (Meirelles, 2008, p. 85).

Para o mesmo autor, seguindo a esteira de conceituação e finalidade da Administração Pública, ressalta que “os fins da Administração Pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada” (Meirelles, 2008, p. 87, grifo do autor).

A par da teoria da separação de Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), Justen Filho (2005), assevera que esta prevê tanto a distinção das funções estatais quanto a criação de estruturas organizacionais diversas para sua atuação. Desta forma, a função administrativa se consolida na atividade administrativa, a qual é representada em essência pelo Poder Executivo. Conclui referindo que “para desempenhar a função e a atividade administrativa, são criadas organizações estatais, indicadas normalmente por meio da expressão ‘Administração Pública” (Justen Filho, 2005, p. 90).

Prosseguindo, este mesmo autor fala da acepção do termo Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, a saber:

Numa acepção subjetiva, Administração Pública é o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa. Em sentido objetivo, Administração Pública é o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa. Sob um enfoque funcional, a Administração Pública é uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais (Justen filho, 2005, p. 90).

Quanto a esses critérios objetivos e subjetivos para entendimento da terminologia Administração Pública, Di Pietro (2002) esclarece:

[...] em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma série de funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbem **predominantemente**, ao Poder Executivo (Di Pietro, 2002, p. 54, grifo do autor).

Conforme dito acima, a Administração Pública, para planificar o bem comum pretendido, utiliza-se de sua função administrativa, que

[...] é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional (Justen filho, 2005, p. 29, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, Meirelles (2008) refere que “A *natureza da administração pública* é a de um *múnus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade” (Meirelles, 2008, p. 86, grifo do autor).

Falando ainda sobre os critérios para análise do termo “Administração Pública”, Di Pietro (2002), esclarece que, em sentido subjetivo, a Administração Pública é composta pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, os quais são responsáveis, em decorrência de prerrogativas positivadas, de exercer as funções administrativas. Tais órgãos compõem a Administração Direta do Estado.

A mesma autora prossegue referindo que o poder legiferante estabeleceu, em alguns casos, que a execução das atividades administrativas possa ser exercida de forma indireta, transferindo-se à pessoas jurídicas de direito público ou privado. As pessoas que estão sob esta condição compõem a chamada Administração Indireta do Estado.

A função constitucional da Administração Pública está consagrada na Carta Política em seu art. 37, caput, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Bulos, 2003, p. 623).

Ainda com Bulos (2003), tem-se a distinção do que o artigo 37 menciona como administração pública direta e indireta. Para ele, “Administração direta é o conjunto de órgãos ligados à estrutura do Poder Executivo de cada uma das esferas governamentais autônomas que formam a *administração centralizada*” (Bulos, 2003, p. 624, grifo do autor).

Prossegue na definição de administração indireta referindo que

[...] é a que compreende os órgãos integrados nas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas ao Poder Executivo federal (União), estadual (Estados-membros), municipal (Municípios) e distrital (Distrito Federal), que formam a *administração descentralizada* (Bulos, 2003, p. 625, grifo do autor).

Sobre esse aspecto, insta ressaltar o apontamento de Mello (2008) sobre a distinção imperiosa sobre administração descentralizada e desconcentrada:

A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria a titulação sobre certa atividade e aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se,

pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim, a segunda não é “subordinada” à primeira (Mello, 2008, p. 151, sic).

Sob esse enfoque, da leitura de Mello (2008), abstrai-se que cabe ao Estado desenvolver por si só as atividades administrativas que lhe incumbe constitucionalmente, ou, pode fazê-lo por outros sujeitos que julgar conveniente.

No primeiro caso, segundo este mesmo autor, se está falando da prática de atividades pelo próprio ente estatal, fato que se enuncia como atividades centralizadas. Essas mesmas atividades quando delegadas a outros sujeitos, sejam eles públicos ou privados, ocorre o que a doutrina chama de descentralização das atividades estatais.

Meirelles (2008), refere que o sentido jurídico-administrativo de *descentralizar*, “[...] é atribuir a outrem poderes da Administração” (Meirelles, 2008, p. 752, grifo do autor). Prossegue dizendo que o detentor dos poderes da Administração compete ao Estado, como pessoa singular, ainda que constituído de vários órgãos que integram sua estrutura.

Assim, para o referido doutrinador, a *descentralização administrativa* pressupõe:

[...] a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual, investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública. O ente descentralizado age por outorga do serviço ou atividade, ou por delegação de sua execução, mas sempre em nome próprio (Meirelles, 2008, p. 752/753).

Nesse mesmo íterim, diferencia a descentralização da desconcentração administrativa que, para Meirelles (2008), esta representa “[...] *repartição de funções entre vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma Administração, sem quebra de hierarquia*” (Meirelles, 2008, p. 753, grifo do autor).

Diante das considerações tecidas até então, Justen Filho (2005) salienta que a expressão “Administração Pública” utilizada em sentido lato, deve ser entendida como todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo auxiliar ou subsidiário.

A par de toda a estruturação que compreende a Administração Pública, por fim, insta comentar os princípios pelos quais a mesma é regida, sendo que, dada sua relevância, os mesmos foram insculpidos no art. 37 da Carta Política, consoante narrativa anterior. Além dos princípios constitucionais mencionados, é pertinente que se analise com maior afinco os princípios da legalidade, impessoalidade, e supremacia do interesse público, eis que influem diretamente nos preceitos aplicados pelo Poder Judiciário ao deferir ou indeferir o fornecimento de medicamentos a determinado sujeito.

### **3.4 Princípios**

O ordenamento pátrio evidencia claramente os princípios gerais do direito. A CF/88, no §2º do art. 5º, faz emanar direitos dos princípios por ela adotados. Da mesma forma, temos que na Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 4º, assegura aos princípios gerais do direito a qualidade de legítima forma de expressão do direito positivo.

Partindo dessa premissa, segundo Medauar (2004), no direito administrativo tem-se a presença significativa de princípios que auxiliam na compreensão e consolidação dos institutos consagrados. Nesse ínterim, segue a autora dizendo que no âmbito do direito administrativo a seara legislativa é extensa e esparsa, ao passo que diante da multiplicidade de positavações, servem os princípios para “[...] permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres” (Medauar, 2004, p. 142).

Destarte, com o exposto acima tem-se em decorrência do regime jurídico de direito público que assiste ao direito administrativo que o mesmo veste-se de uma roupagem chamada supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Por conseguinte, resta ajustado por obviedade e lógica que a supremacia do interesse comum deve se sobrepôr ao interesse individual, contudo, tal preceito é elevado na doutrina administrativa como princípio. Nos dizeres de Gasparini (2005) “com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é,

que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos” (Gasparini, 2005, p. 19).

Medauar (2004), aponta que o princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, em verdade é tido como princípio de direito público, eis que associado ao bem de toda coletividade.

No tocante ao processo de aparecimento de tal princípio no ordenamento pátrio, Di Pietro (2002), esclarece que:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. [...] Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal (Di Pietro, 2002, p. 69/70).

A positivação deste princípio, segundo Mello (2008), inerente a qualquer sociedade e condição de sua existência, não está radicado, especificamente, em nenhum artigo constitucional. Contudo, existem na Carta Política algumas aplicações diretas deste princípio “[...] basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado” (Mello, 2008, p. 96).

A esse respeito, Di Pietro (2002), refere que o aludido primado consta previsto expressamente no art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, “[...] e especificado no parágrafo único, com a exigência de *‘atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei’*” (Di Pietro, 2002, p. 70/71, grifo do autor).

Pondera ainda Gasparini (2005), que a aplicabilidade desse princípio “[...] não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da República (art. 5º, XXXVI)” (Gasparini, 2005, p. 19).

Nessa linha de raciocínio, Medauar (2004), salienta que “[...] vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos

interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício 'a priori' de nenhum interesse [...]" (Medauar, 2004, p. 152).

A par de discussões doutrinárias, posicionamento destoante encontra-se na leitura de Justen Filho (2005), quando, observando as colocações dos demais doutrinadores sobre o princípio da supremacia do interesse público, assevera que "essas concepções são relevantes, mas propiciam problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público" (Justen Filho, 2005, p. 36).

Contudo, para Meirelles (2008), "[...] a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral" (Meirelles, 2008, p. 105).

Argumenta Di Pietro (2002), no tocante à disposição pelo Estado dos interesses públicos que

[...] os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado (Di Pietro, 2002, p. 70, grifo do autor).

É nesse diapasão que assume importância a colocação de Mello (2008) no que concerne ao princípio da legalidade, traçando um paradigma interessante com o princípio da supremacia do interesse público, dizendo que:

[...] enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele (Mello, 2008, p. 99/100, grifo do autor).

Meirelles (2008), refere que a '*legalidade*' como princípio de administração denota que o administrador público está, enquanto exercente de sua atividade funcional, atrelado aos preceitos da lei e às demandas do bem comum, destes não

podendo se distanciar, sob a pecha de ser responsabilizado na esfera administrativa, criminal ou cível.

Ainda para o mesmo doutrinador, a eficiência de toda atividade administrativa está condicionada à observação da Lei e do Direito. Assim é que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (Meirelles, 2008, p. 89).

Di Pietro (2002), deduz que, diante do princípio da legalidade ao lado do controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu o Estado de Direito e se estabeleceu uma das principais garantias de deferência aos direitos individuais. No entanto, ao passo que os determina, “[...] estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade” (Di Pietro, 2002, p. 67).

Corroborando os doutrinadores já citados, Medauar (2004) aduz que o princípio da legalidade ao caracterizar um Estado, tal qual o Estado de Direito, informa as atividades da Administração Pública.

O princípio da legalidade, aos olhos de Gasparini (2005) significa “[...] estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor” (Gasparini, 2005, p. 7).

Em sede de entendimento do princípio da legalidade, José Afonso da Silva traz apontamento salutar quanto ao mesmo:

Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei (Silva, 2005, p. 420, grifo do autor).

Di Pietro (2002), menciona ainda que o princípio da legalidade, além de referido no art. 37, está positivado no art. 5º, inciso II, da CF/88 que estabelece “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em síntese, segundo Mello (2008), pode-se dizer que o princípio da legalidade no Brasil, “[...] significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina” (Mello, 2008, p. 105).

Medauar (2004), alerta que tal conceituação simplista deve ser esmiuçada para completo entendimento de tal primado constitucional, assim, adota a doutrina do francês Eisenmann que aborda o princípio sob quatro perspectivas:

[...] a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer (Eisenmann *apud* Medauar, 2004, p. 145).

Ainda há que se falar segundo Mello (2008), no propósito político de tal princípio, pois sujeita os exercentes do poder administrativo em concreto que reprima transgressões, perseguições ou parcialidades. E conclui dizendo que:

Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral (Mello, 2008, p. 100).

Ademais, segundo Meirelles (2008), deve o administrador público, atendendo à legalidade, conformar seus atos a moralidade e a finalidade administrativas para validar inteiramente a sua atuação. Portanto, “administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende à exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública” ( Meirelles, 2008, p. 90).

No que tange ao princípio constitucional da impessoalidade ou da finalidade da Administração Pública, Silva (2005), explica que “[...] os atos e provimentos

administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário” (Silva, 2005, p. 667).

Meirelles (2008), destaca que este “[...] impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*” (Meirelles, 2008, p. 93).

Já Gasparini (2005), assevera que o princípio da impessoalidade diz respeito ao exercício da atividade administrativa, devendo esta “[...] ser destinada a todos administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza” (Gasparini, 2005, p. 9).

A par dessas considerações, Di Pietro (2002), menciona que não há unanimidade na doutrina quanto a exatidão na interpretação do princípio da impessoalidade, pois, para a autora “ exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração” ( Di Pietro, 2002, p. 71).

Contudo, a referida autora verifica a existência de duas formas interpretativas, uma relacionada à finalidade pública e outra a proibição de utilização de nomes, símbolos e imagens como forma de promoção pessoal de pessoas públicas.

Da interpretação deste primeiro preceito, explica Di Pietro (2002), que a finalidade pública, ao nortear a atividade administrativa, necessita atuar com vistas a defender o interesse público, devendo isentar-se de beneficiar pessoas determinadas.

Por fim, o art. 37, § 1º da Carta Política traz a lume a proibição de que constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos. Desta forma, resta evidenciado que “[...] os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato” (Gordillo *apud* Di Pietro, 2002, p. 71).

Ainda a despeito dessa dificuldade de interpretação, Furtado (2007) admite seu exame sob os seguintes aspectos:

1. dever de isonomia por parte da Administração Pública;
2. dever de conformidade ao interesse público;
3. imputação dos atos praticados pelos agentes públicos diretamente às pessoas jurídicas em que atuam (Furtado, 2007, p. 99).

Segue o referido autor, dizendo que sobre o prisma primeiro aspecto cabe a Administração Pública, observando a legislação, dar tratamento isonômico aos particulares, especialmente, de forma não discriminatória. Diante desta ótica, portanto, todos são iguais perante a lei.

Quanto ao segundo enfoque, Furtado (2007) esclarece poder falar-se aqui no princípio da finalidade, eis que “[...] sempre que o administrador praticar ato de favorecimento ou perseguição, haverá violação ao princípio da impessoalidade porque não se realizou o interesse público” (Furtado, 2007, p. 102).

Já o terceiro e último aspecto analisado pelo doutrinador citado anteriormente, o princípio da impessoalidade “[...] retira dos agentes públicos a responsabilidade pessoal, perante terceiros, pelos atos que praticam” (Furtado, 2007, p. 102).

Mello (2008), vai além ao dizer que, o princípio da finalidade não é uma consequência do princípio da legalidade:

É mais do que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei* (Mello, 2008, p. 106, grifo do autor).

Diante desse contexto, Meirelles (2008) também entende que o princípio da finalidade rechaça o exercício de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, “[...] visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade” (Meirelles, 2008, 93/94, grifo do autor).

Corroborando o entendimento acima, Medauar (2004) afirma com propriedade que o

[...] intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos sejam os verdadeiros, móveis e fins das atividades administrativas. Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo (Medauar, 2004, p. 147).

Nesse diapasão, prossegue Mello (2008), colocando que cabe ao administrador, diante do princípio da finalidade, dirigir as competências assentadas a sua incumbência, de forma que atue com restrita obediência à finalidade de cada qual.

A esse respeito ainda, conclui Mello (2008) que “[...] a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la” (Mello, 2008, p. 107).

Por fim, acerca da pertinência e validade dos princípios, Gasparini (2005) reitera que,

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Gasparini, 2005, p. 7).

Considerando os elementos trazidos até então, para correta compreensão do que se pretende com este capítulo, cumpre arrematar ainda outro ponto de grande enlevo dentro do quesito Administração Pública, que é o orçamento público. Forma pela qual o Estado, aqui denominado novamente em sentido lato, gere suas finanças e destina suas aplicações.

### 3.5 Orçamento

A Carta Política de 1988, escritura no Título VI, Capítulo II, Seção II, a previsão da destinação e das providências com o orçamento público. Portanto, nos arts. 165 a 169 tem-se a previsão constitucional do sistema orçamentário.

Para que se possa entender do que se trata, tal sistema orçamentário, assume relevância determinar junto a doutrina o real significado da palavra orçamento, principalmente sob o aspecto público.

Wilges (1995), ao distinguir orçamento privado e público, refere que “[...] nos orçamentos do Estado o objetivo é a satisfação das necessidades coletivas (despesas) por meio de receitas que poderão cobri-las (equilíbrio) ou não (déficit)” (Santanna e Silva *apud* Wilges, 1995, p. 36).

Diante da complexa abordagem de tal instrumento de governo, Silva (2005) refere que orçamento é

[...] o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro (Silva, 2005, p. 738, grifo do autor).

Bulos (2003), defende o uso de uma terminologia em sentido estrito, sendo que orçamento “[...] é o termo correlacionado às finanças públicas, significando o ato que prevê e autoriza a receita e a despesa das entidades político-administrativas, por um certo lapso de tempo” (Bulos, 2003, p. 1191).

Encontra-se ainda outra conceituação do termo que refere ser:

[...] ato pelo qual o Poder Legislativo prevê, e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas por lei (Baleeiro *apud* Bruno, 2007, p. 22, grifo do autor).

A par desse entendimento, prossegue Bulos (2003), dizendo que a apreensão do termo orçamento público deve se dar no sentido de “[...] expressar o instrumento que documenta a atividade financeira do Estado, contendo a receita e o cálculo das

despesas autorizadas para o funcionamento dos serviços públicos e outros fins projetados pelos governos” (Bulos, 2003, p. 1191).

Em Carvalho (2004), visualiza-se a explicação que “a atividade financeira do Estado encontra no orçamento disciplina normativa que a delimita do ponto de vista da previsão da receita e fixação da despesa num determinado período” (Carvalho, 2004, p. 724).

Para o mesmo autor, em linhas gerais, o orçamento é, senão, uma legislação que traduz “[...] um programa de obras, serviços e encargos públicos, expressos em termos de dinheiro, com estimativa da receita e fixação da despesa, a ser executado dentro de um exercício financeiro” (Meirelles *apud* Carvalho, 2004, p. 724).

No caso do Brasil, o orçamento público “[...] compreende a elaboração e execução de três leis – o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e o orçamento anual (LOA) – que, em conjunto, materializam o planejamento e a execução das políticas públicas federais” (Senado Federal, 2009).

A par dessa estruturação, Bruno (2007), menciona que o PPA previsto no art. 165, I da CF/88, “[...] é a principal ferramenta para um planejamento de médio e longo prazo, que orienta e permite a elaboração dos demais planos e programas de governo” (Bruno, 2007, p. 36).

Ainda sobre esse instrumento legislativo orçamentário, Wilges (1995), salienta a importância do conteúdo do art. 165, §1º da Carta Política que refere<sup>1</sup> a que se servirá o plano plurianual.

No cerne da questão, contudo sobre o viés da administração municipal, Meirelles (2006), salienta que “a lei do plano plurianual deve estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes e metas da Administração Municipal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (Meirelles, 2006, p. 267).

---

<sup>1</sup> Art. 165, §1º - A lei que instituir plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (Wilges, 1995, p. 48).

Silva (2005), refere que o plano plurianual trata-se de “[...] plano de investimentos, com o qual deverão estar em consonância todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição [...]” (Silva, 2005, p. 736).

Para Bulos (2003), o plano plurianual é o plano relativo às despesas de capital nos programas de duração continuada, que extrapolem o orçamento anual em que tais despesas foram iniciadas. Frisa ainda que o plano plurianual é um plano de investimentos, portanto, deve se compatibilizar com os demais planos e programas nacionais, regionais e setoriais.

Na própria página eletrônica do Senado Federal, encontra-se a definição do que vem a ser o plano plurianual: “O plano plurianual (PPA) estabelece os projetos e os programas de longa duração do governo, definindo objetivos e metas da ação pública para um período de quatro anos” (Senado Federal, 2009).

Insta ressaltar importante consideração tecida por Bulos (2003) que:

[...] o plano plurianual inter-relaciona-se com os planos e programas nacionais, regionais e setoriais. Por isso, o princípio da universalidade faz-se indispensável à organização e administração dos orçamentos públicos, completando-se, inevitavelmente, com a regra do orçamento bruto, pelo qual as parcelas da receita e das despesas não devem ser deduzidas, mas sim incluídas no orçamento anual dos Poderes, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta (Bulos, 2003, p. 1199, sic).

Nesse diapasão, a par das especificações sobre o PPA e a constituição da LDO, prossegue Bruno (2007) dizendo que:

A partir da edição da Constituição Federal de 1988 e da elaboração e aprovação do Plano Plurianual, as três esferas de governo, através do Poder Executivo, devem elaborar o projeto de lei de diretrizes orçamentárias, que terá o condão de orientar a ordenação do orçamento anual.

Nos termos constitucionais, mais precisamente no contido no art. 165, §2º, deve a lei de diretrizes orçamentárias abranger: 1) metas e prioridades da Administração; 2) inclusão de despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; 3) orientação sobre a elaboração do orçamento anual; 4) as alterações na legislação tributária; 5) no caso da União, estabelecimento de política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (Bruno, 2007, p. 41).

Meirelles (2006) ainda mencionando a municipalidade refere que, conforme preceitua o art. 165, §2º<sup>2</sup>, da CF/88, a lei de diretrizes orçamentárias (LDO),

[...] deve estabelecer as metas e prioridades da Administração Municipal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual (LOA), dispor sobre as alterações na legislação tributária local e ser aprovada até o final do primeiro semestre de cada ano (CF, art. 165, §2º) (Meirelles, 2006, p. 268).

Tecendo considerações acerca da lei de diretrizes orçamentárias, Silva (2005) menciona que se trata de lei anual e que não se estabelece quando deve ser submetida à apreciação do Congresso Nacional para consideração. Contudo, por sua natureza, “[...] ela deve preceder à elaboração orçamentária, porque ela é que vai dar as metas e prioridades que não de constar do orçamento anual” (Silva, 2005, p. 736).

Por fim, ainda na página eletrônica do Senado Federal tem-se a identificação de que “a lei orçamentária anual (LOA) estima as receitas que o governo espera arrecadar durante o ano e fixa os gastos a serem realizados com tais recursos” (Senado Federal, 2009).

Nos termos constitucionais, a lei do orçamento anual deve conter: orçamento fiscal; orçamento da seguridade social e orçamento de investimento das empresas. Segundo Bruno (2007), “não obstante este conteúdo, deve tal diploma legal guardar estreita consonância com o Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias, estimando receitas e despesas” (Bruno, 2007, p. 44).

A esse respeito, Bulos (2003), esclarece que o propósito da lei orçamentária é a previsão das receitas e despesas no período de uma anualidade, portanto a sua validade é condicionada ao exercício financeiro deste período.

Silva (2005), esclarece que a lei orçamentária englobará:

---

<sup>2</sup> Art. 165, §2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual e disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (Wilges, 1995, p. 52).

(1) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (2) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; (3) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (Silva, 2005, p. 736).

Diante das considerações tecidas sobre cada uma das leis orçamentárias tem-se a formação de uma das mais modernas concepções de sistema orçamentário. Traçado esse panorama, Silva (2005), finaliza com primazia sobre tal assertiva:

A Constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um *sistema integrado de planejamento do orçamento-programa*, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimentos das empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes tem que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente.

Trata-se de *planejamento estrutural*, porque todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual (art. 165, §4º). Essa 'integração do orçamento público com o econômico [como assinala Alejandro Ramirez Cardona] garante a necessária coordenação entre a política fiscal (intervencionismo indireto) e a política econômica (intervencionismo direto). [...] Essa integração, agora bem caracterizada na sistemática orçamentária da Constituição, é que dá configuração à concepção de *orçamento-programa*.

Cumpre, contudo, observar que a integração, referida acima, tem caráter dinâmico, como é próprio das estruturas. Não se trata, por isso, de simples justaposição de planos, mas de uma vinculação permanente e contínua, que não admite interrupção, de sorte que os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles (Silva, 2005, p. 737, grifo do autor).

Desta feita, sopesando a exposição sucinta sobre o que a Lei Maior preceitua quando a questão orçamento, é objeto do terceiro capítulo o exame dos efeitos e implicações sobre os pronunciamentos judiciais que vem deferindo o fornecimento de medicamentos, ordenando a prestação pelos entes da federação, desconsiderando tal previsão orçamentária brevemente exposta.

## **4 A EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Sopesando a relevância da positivação dos direitos e garantias fundamentais no corpo da Carta Política, e o destaque que foi dado ao direito à saúde arraigado no Estado Democrático de Direito, se faz necessário, a fim de cumprir com a proposta do presente trabalho, analisar aspectos relativos à concessão de medicamentos.

Portanto, compete abordar o que menciona a legislação infraconstitucional acerca da matéria e os delineamentos que segue o ordenamento jurídico em face da edição destas normas. Da mesma forma, há que se avaliar o sistema de competências entre os entes federativos, os quais referem ter atribuições específicas quando da prestação efetiva no atendimento do direito à saúde consagrado constitucionalmente.

Ante esta divisão de competências, os entes da federação, na capacidade legiferante que lhes confere a Lei Maior, editou regras específicas quanto ao fornecimento de medicamentos à população, por meio das denominadas listas de medicamentos, que serão também objeto de apreciação.

Ainda é objeto deste terceiro capítulo o conhecimento da tão propalada teoria advinda da doutrina alemã, reconhecida como reserva do possível. Em posse dos elementos trazidos até este momento e, configurado um panorama apropriado, é

possível encerrar a análise científica do problema proposto, qual seja, a eficácia do direito constitucional à saúde frente ao fornecimento de medicamentos, analisando o posicionamento jurisprudencial.

#### 4.1 Legislação infraconstitucional

A guisa de considerações sobre a existência de normas programáticas no corpo da Carta Política e sobre a dúvida quanto à aplicabilidade imediata destas (especialmente as concernentes aos direitos fundamentais sociais), tem-se a assertiva na doutrina que:

[...] os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais (Sarlet; Figueiredo *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 17/18).

Nessa mesma linha de raciocínio se posicionam Moraes, Schwartz e Sobrinho (2003) ao referirem que “[...] cabe desconstruir a idéia de que o art. 196 da CF/88 é de caráter programático [...] pois o maior prejudicado, nessa hermenêutica, seria justamente aquele que conferiu ao Estado poderes para representá-lo: o povo” (Moraes; Schwartz; Sobrinho *in* Leal; Araújo, 2003, p. 633).

Diante de tal premissa, o poder constituinte, a fim de dar azo a programaticidade das normas concernentes à área da saúde, se orientou pelo que o direito considera como um dos pilares de sustentação do ordenamento jurídico: a leitura hermenêutica a partir da edição de princípios constitucionais.

Assim, a Constituição Federal promulgada em 1988, segundo Acurcio (2003), congregou largamente os princípios recomendados pelo Movimento da Reforma Sanitária e abreviados na VIII Conferência Nacional de Saúde, sendo que naquele momento:

(...) havia uma extraordinária unidade em torno de alguns pressupostos básicos acerca do que deveria ser a bandeira de luta dos movimentos sociais relativos à saúde: o reconhecimento da universalidade do direito à saúde e da exigibilidade da ação do Estado para garanti-lo; a afirmação da multideterminação das condições de saúde, a exigência de um olhar multidisciplinar e multisetorial para compreendê-las e assegurá-las e a luta por um sistema de saúde capaz de prover atenção integral com equidade. (...) A incorporação, ao texto constitucional, dos princípios fundamentais da reforma sanitária, integrou-se no amplo movimento de reconhecimento formal dos direitos sociais que marcou a redemocratização do país (...) (Barros apud Acurcio, 2003, p. 31, sic).

Ainda a esse respeito, Campos (2006) evidencia que o SUS é “[...] produto da Reforma Sanitária Brasileira, originada do movimento sanitário, processo político que mobilizou a sociedade brasileira para propor novas políticas e novos modelos de organização de sistema, serviços e práticas de saúde” (Campos, 2006, p. 532).

Assim, cumprindo com a previsão constitucional<sup>3</sup> de organizar o funcionamento na prestação e efetivação do direito à saúde, em 1990 foi instituída a legislação federal - Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e cria o SUS – Sistema Único de Saúde.

Nos dizeres de Bulos (2003), com a implementação do SUS o “[...] Poder Público implementará o seu dever constitucional” (Bulos, 2003, p. 1293).

Falando sobre esse papel, Silva (2005) reitera que “a saúde é concebida como direitos de todos e dever do Estado, que deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (Silva, 2005, p. 831).

Prossegue o referido autor dizendo que é pela edição do SUS que o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica que tem no pólo passivo qualquer cidadão ou a comunidade, eis se tratar também de direito coletivo.

Dentre as competências do SUS, Bulos (2003) esclarece que:

---

<sup>3</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

[...] envolve tarefas normativas, fiscalizatórias e executivas, além de outras disciplinadas em lei ordinária. Dentro da amplitude de suas atribuições, compete-lhe toda a produção material e intelectual, direcionada à área de saúde, através de execução de ações (quais sejam, ordenar, participar, incrementar, fiscalizar e colaborar), que buscam preservar os direitos metaindividuais do homem, notadamente difusos (Bullos, 2003, p. 1298).

A exegese do art. 2<sup>o</sup> da referida Lei, permite referir que cabe ao Estado (leia-se todos os entes da federação) garantir a efetividade do direito fundamental à saúde.

A partir dessa premissa, Mendes (2001) esclarece que constitui o SUS um “[...] sistema público estruturado pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta” (Mendes, 2001, p. 73).

Campos (2006) acrescenta dizendo que o SUS “[...] é o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política” (Campos, 2006, p. 531).

Consultando uma Cartilha disponibilizada digitalmente na página do Ministério da Fazenda, se obtém informações elementares de como se constitui e de que forma se organiza o Sistema Único de Saúde:

- [...] 1. Todos os estados e municípios devem ter conselhos de saúde compostos por representantes dos usuários do SUS, dos prestadores de serviços, dos gestores e profissionais de saúde. Os conselhos são fiscais da aplicação dos recursos públicos em saúde.
2. A União é o principal financiador da saúde pública no país. Historicamente, metade dos gastos é feita pelo governo federal, a outra metade fica por conta dos estados e municípios. A União formula políticas nacionais, mas a implementação é feita por seus parceiros (estados, municípios, ONGs e iniciativa privada).
3. O município é o principal responsável pela saúde pública de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, o gestor municipal passa a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território.
4. Quando o município não possui todos os serviços de saúde, ele pactua (negocia e acerta) com as demais cidades de sua região a forma de atendimento integral à saúde de sua população. Esse pacto também deve passar pela negociação com o gestor estadual.
5. O governo estadual implementa políticas nacionais e estaduais, além de organizar o atendimento à saúde em seu território.
6. A porta de entrada do sistema de saúde deve ser preferencialmente a atenção básica (postos de saúde, centros de saúde, unidades de Saúde da

---

<sup>4</sup> Art. 2<sup>o</sup> - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Família, etc.). A partir desse primeiro atendimento, o cidadão será encaminhado para os outros serviços de maior complexidade da saúde pública (hospitais e clínicas especializadas).

7. O sistema público de saúde funciona de forma referenciada. Isso ocorre quando o gestor local do SUS, não dispondo do serviço de que o usuário necessita, encaminha-o para outra localidade que oferece o serviço. Esse encaminhamento e a referência de atenção à saúde são pactuados entre municípios.

8. Não há hierarquia entre União, estados e municípios, mas há competências para cada um desses três gestores do SUS. No âmbito municipal, as políticas são aprovadas pelo CMS – Conselho Municipal de Saúde; no âmbito estadual, são negociadas e pactuadas pela CIB – Comissão Intergestores Bipartite (composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde) e deliberadas pelo CES – Conselho Estadual de Saúde (composto por vários segmentos da sociedade: gestores, usuários, profissionais, entidades de classe, etc.); e, por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na CIT - Comissão Intergestores Tripartite (composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde).

9. Os medicamentos básicos são adquiridos pelas secretarias estaduais e municipais de saúde, dependendo do pacto feito na região. A insulina humana e os chamados medicamentos estratégicos – incluídos em programas específicos, como Saúde da Mulher, Tabagismo e Alimentação e Nutrição – são obtidos pelo Ministério da Saúde. Já os medicamentos excepcionais (aqueles considerados de alto custo para o tratamento continuado, como para pós-transplantados, síndromes – como Doença de Gaucher – e a insuficiência renal crônica) são comprados pelas secretarias de saúde e o ressarcimento a elas é feito mediante comprovação de entrega ao paciente. Em média, o governo federal repassa 80% do valor dos medicamentos excepcionais, dependendo dos preços conseguidos pelas secretarias de saúde nos processos licitatórios. Os medicamentos para DST/Aids são comprados pelo ministério e distribuídos para as secretarias de saúde.

10. Com o Pacto pela Saúde (2006), os estados e municípios poderão receber os recursos federais por meio de cinco blocos de financiamento: 1 – Atenção Básica; 2 – Atenção Médica e Alta Complexidade; 3 – Vigilância em Saúde; 4 – Assistência Farmacêutica; e 5 – Gestão do SUS [...] (MS, 2009, texto digital).

No que tange exclusivamente a efetividade do direito constitucional à saúde mediante o fornecimento de medicamentos à população, o Sistema Único de Saúde<sup>5</sup> também tem ao seu encargo o gerenciamento dessa situação de forma a concretizar tal intento.

<sup>5</sup> **Art. 4º** - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

**§ 1º** - Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde.

**Art. 6º** Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde-SUS:

**VI** - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

Silva (2005) corrobora o assentado pelo Ministério da Saúde dando continuidade a esta discussão dizendo que o Sistema Único de Saúde, ao implicar aos entes federativos ações e serviços, devem aqueles observar os princípios da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.

Discorrendo acerca desses princípios que regem o Sistema Único de Saúde, Mendes (2001) esclarece:

Os princípios do SUS são: universalidade do acesso, integralidade da assistência, igualdade da assistência, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, regionalização, hierarquização e capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de atenção. Portanto, o SUS deve ofertar a todos os cidadãos, gratuitamente, todos os serviços (...) (Mendes, 2001, p. 74).

Ainda a esse respeito, Campos (2006) refere que os princípios que conferem ampla legitimidade ao sistema são: a universalidade, a integralidade e a equidade, porém o direito à informação se constitui em requisito básico para a afirmação da cidadania, *in verbis*:

A **Universalidade** assegura o direito à saúde a todos os cidadãos e o acesso sem discriminação ao conjunto das ações e serviços de saúde ofertados pelo sistema. (...) A **Integralidade** pressupõe considerar as várias dimensões do processo saúde-doença que afetam os indivíduos e as coletividades e pressupõe a prestação continuada do conjunto de ações e serviços visando garantir a promoção, a proteção, a cura e a reabilitação dos indivíduos e dos coletivos. (...) A **Equidade** no acesso às ações e aos serviços de saúde traduz debate atual relativo à igualdade, prevista no texto legal, e justifica a prioridade na oferta de ações e serviços aos segmentos populacionais que enfrentam maiores riscos de adoecer e morrer em decorrência da desigualdade na distribuição de renda, bens e serviços. As **diretrizes organizativas** do sistema visam imprimir racionalidade ao seu funcionamento e as mais significativas são a descentralização como comando único, a regionalização e hierarquização dos serviços, e a participação comunitária. (...) A **Descentralização** com ênfase na municipalidade da gestão dos serviços e ações de saúde se constituiu na mudança mais significativa no aspecto político-administrativo da reforma do Sistema de Saúde no Brasil. As definições normativas apontaram com nitidez que a base do sistema de saúde seria o municipal ao atribuir ao município a responsabilidade pela prestação direta da maioria dos serviços. (...) A descentralização, contudo, não se esgota na municipalização, e o processo de **regionalização** da saúde é uma diretriz há muito defendida pelos que propõem a organização racionalizada dos serviços de saúde. (...) Com a idéia de **Hierarquização** busca-se ordenar o sistema de saúde por níveis de atenção e estabelecer fluxos assistenciais entre os serviços, de modo que regule o acesso aos mais especializados, considerando que os serviços básicos de saúde são os que ofertam o contato com a população e são os de uso mais freqüente. (...) A **Participação comunitária** assegurada pela Constituição Federal e regulada pela Lei n.º 8.142/90, ocorre mediante a participação dos segmentos sociais organizados nas Conferências e nos Conselhos de Saúde, nas três esferas de governo, e através da participação

em colegiados de gestão nos serviços de saúde. (...) A **Integração** das ações entre os subsistemas que conformam o sistema de saúde, e dos serviços em redes assistenciais integradas, é um pressuposto da idéia de sistema e uma condição para a garantia da continuidade do cuidado aos usuários sem a qual se compromete a idéia de integralidade do cuidado (Campos, 2006, p. 535/536, grifo do autor).

Seguindo a esteira principiológica adotado pelo poder constituinte, restou evidente a opção pela descentralização. Refere Lima (2008) que em termos legislativos, apenas a título exemplificativo, citam que foram editados diplomas legais de caráter genérico e nacional, como a Lei 8080/90:

[...] que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, prevendo, inclusive, em seu art. 6º, a assistência farmacêutica, e a Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. No âmbito estadual, temos a citada Lei Estadual nº 9.908 de 16 de junho de 1993, que dispõe sobre o fornecimento de gratuitamente medicamentos excepcionais a pessoas carentes, assim entendidos aqueles de uso freqüente e permanente, de caráter essencial à vida dos cidadãos desprovidos de recursos (Lima *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 278).

Segundo Mendes (2001), a legislação infraconstitucional adveio com o escopo de atender a Carta Política com a edição da Lei 8080/90 e da Lei 8142/90, sendo que esta reiterou a diretriz da descentralização e a definiu operacionalmente, protagonizando a municipalização das ações e dos serviços de saúde.

Avança o aludido autor dizendo que, com essa base jurídica, o SUS passou a regular-se, na sua ação habitual, pelas Normas Operacionais Básicas, “assim, apareceram, consecutivamente, as NOBs INAMPS/91, SUS/93 e SUS/96, que tenderam a aprofundar a descentralização para os estados e, principalmente, para os municípios” (Mendes, 2001, p. 27). Elucidando sobre a edição de tais Normas, prossegue:

A NOB 01/91, ainda editada pela Presidência do INAMPS, teve por objetivo fornecer instruções para implantação do SUS, visando, basicamente, operacionalizar a legislação infraconstitucional e o fez tendo como instrumento o convênio entre a União, os estados e municípios. (...) A NOB SUS-93 institucionalizou as Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites, criando, dessa forma, um fórum de negociação permanente entre as instâncias federativas. (...) A NOB-SUS 01/96, editada após um longo processo de negociação entre os atores sociais em situação no SUS, teve por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes, com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos estados e da União.

Sobre a edição das Normas Operacionais Básicas, Acurcio (2003) esclarece que eram publicadas pelo MS, sendo “[...] editadas na medida em que o processo de descentralização das ações e serviços de saúde impõe aperfeiçoamentos e inovações” (Lucchese apud Acurcio, 2003, p. 36).

Segue o referido autor dizendo que as NOBs têm o escopo de regular as transferências de recursos financeiros da União para os estados e municípios, o planejamento das ações de saúde e os mecanismos de controle social, em processo pactuado com entidades representativas dos secretários estaduais e municipais.

Ainda a esse respeito, Acurcio (2003) verifica em janeiro de 2001, a aprovação pelo MS da Norma Operacional de Assistência à Saúde, NOAS-SUS 01/2001 (Portaria MS/GM n. 95), “[...] com o objetivo de definir o processo para a regionalização da assistência, atualizar os critérios de habilitação e ampliar as responsabilidades dos municípios na atenção básica” (Acurcio, 2003, p. 36).

Diante desta exposição, importa discorrer sobre as competências dos entes federativos no que concerne à efetividade na prestação do direito à saúde, verificando de que forma estas ocorrem na prática.

## 4.2 Competências

Evidenciando a disposição na Lei 8080/90 <sup>6</sup> quando refere às atribuições comuns, bem como as específicas de cada ente federativo, verifica-se claramente a divisão de competências estabelecida pelo legislador. A partir dessa leitura, percebe-se que o Estado Brasileiro organizou-se de forma que cada ente da federação deve cumprir um papel específico no que se refere a prestação positiva

---

<sup>6</sup> Art. 15º A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

Art. 16. À direção nacional do Sistema Único de Saúde-SUS compete:

(...)

Art. 17. - À direção estadual do Sistema Único de Saúde-SUS compete:

(...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema Único de Saúde-SUS, compete:

(...)

Art.19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

(...)

na efetivação do direito à saúde. Contudo, imperioso que sejam pontuadas algumas questões no que se refere à delimitação de competências entre os mesmos.

A despeito da significação que deve adquirir para o entendimento dessa questão, Santos e Carvalho (1995) esclarecem:

Como o Direito se expressa por meio de uma série de normas (constituição, leis, decretos, portarias, resoluções, deliberações, regulamentos, regimentos, normas técnicas, instruções, etc.) e as entidades podem expedir todas essas espécies de normas, seria o caos se não houvesse uma hierarquia entre elas. E essa hierarquia existe, fundamentada nas competências que a Constituição distribui entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. A competência recebida da Constituição é, por assim dizer, a 'certidão de nascimento' de uma determinada norma, no contexto da organização da sua descendência, aquilo que vai definir a sua posição no contexto da organização jurídica do País. (...) Daí a importância de se verificar o 'registro de nascimento' de uma determinada norma. Para tanto, nas anotações dos artigos 16, 17, 18 e 19 da LOS, examinamos a quem a Constituição atribuiu tal ou qual competência, ou seja, quem pode fazer o quê e em que limites (Santos; Carvalho, 1995, p. 124/125).

Entretanto, Mendes (2001) destaca que “a direção do SUS é única, sendo exercida: no âmbito federal, pelo Ministério da Saúde; no âmbito estadual, pelas Secretarias Estaduais de Saúde, e, no âmbito municipal, pelas Secretarias Municipais de Saúde” (Mendes, 2001, p. 74).

Segundo Campos (2006), foi constituído com o desígnio de ordenar e unificar ações de saúde nas três esferas de governo, implicando a “[...] articulação de subsistemas verticais (de vigilância e de assistência à saúde) e subsistemas de base territorial – estaduais, regionais e municipais – para atender de maneira funcional às demandas por atenção à saúde” (Campos, 2006, p. 531).

Segundo o Ministério da Saúde (2009), deve-se observar que a relação existente entre a União, estados e municípios não é de hierarquização. Os entes federados negociam e entram em acordo sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde. É o que se chama de pactuação intergestores. Ela pode ocorrer na Comissão Intergestora Bipartite (estados e municípios) ou na Comissão Intergestora Tripartite (os três entes federados).

Ainda que extremamente técnico e formalista, importa esclarecer, a fim de que se compreenda em extensão o presente trabalho, os delineamentos acerca do signo competência.

O termo constitucional das imputações em matéria de saúde, segundo Santos e Carvalho (1995), ficou claro: nenhuma das entidades estatais integrantes do SUS (União, Estado, DF e Município) tem competência exclusiva em matéria de saúde; a competência, no caso, é comum, e o poder-dever de legislar sobre assuntos do campo sanitário é concorrente (União e Estado).

Campos (2006) entende que a Lei 8080/90 determina as imputações comuns e as competências das três instâncias governamentais na gestão do SUS. Pode-se elencar dentre as atribuições comuns:

[...] o planejamento das ações com a formulação e atualização do plano de saúde; a articulação de planos e políticas, e a coordenação das ações; o financiamento, a orçamentação, a administração e o controle dos recursos financeiros; a avaliação e a fiscalização sobre as ações e os serviços de saúde; a elaboração de normas atinentes à saúde; a organização e coordenação dos sistemas de informação; a realização de estudos e pesquisas na área de saúde; a implementação de políticas específicas, como a do sangue e hemoderivados; a participação na formulação e execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde; a participação na formulação e execução das políticas de saneamento e meio ambiente com ênfase nas ações que repercutem sobre a saúde da população. As competências específicas estão definidas com base no pressuposto da descentralização que atribuiu ao município a responsabilidade pela execução da maioria das ações de saúde, e aos estados e à União funções diferenciadas (Campos, 2006, p. 538/539).

Nesse sentido, o Ministério da Saúde (2009) esclarece que a gestão federal da saúde é realizada por meio do MS, referindo, por conseguinte, que o governo federal é o principal financiador da rede pública de saúde no país. Informa ainda que compete ao MS a formulação das políticas nacionais de saúde, contudo não as executa, cabendo as ações aos seus parceiros (estados, municípios, ONGs, fundações, empresas, etc.). Também está sob sua atribuição o planejamento, a criação de normas, avaliação e utilização de instrumentos para o controle do SUS.

Ainda em sua Cartilha, tem-se a contribuição do MS (2009) falando sobre a responsabilidade dos governos estaduais na área da saúde. Possuem os estados secretarias específicas para a gestão da saúde, cabendo ao gestor estadual a

aplicação dos recursos próprios e os repassados pela União. Deve também formular suas próprias políticas de saúde, coordenando o planejamento do SUS em nível estadual observando, porém, a normatização federal.

Por fim, refere o MS (2009) quanto às atribuições da municipalidade no atendimento às questões de saúde. Destaca que a tática adotada pelo país perfilha o município como o principal responsável pela saúde de sua população, ao passo que os municípios também possuem secretarias específicas para a gestão da saúde. Deve respeitar a normatização federal, bem como o planejamento estadual, a fim de cumprir com seu encargo, podendo, inclusive, estabelecer parcerias com outros municípios para garantir o atendimento pleno de sua população.

De posse das considerações trazidas até aqui, neste capítulo, passa-se a analisar de que forma é organizada a distribuição de medicamentos aos cidadãos.

### **4.3 Medicamentos**

A fim de viabilizar o fornecimento de medicamentos à população, restou a cargo do Ministério da Saúde a criação do programa denominado Assistência Farmacêutica. No MS (2009), tal programa consiste em promover a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como sua seleção, programação, aquisição, distribuição e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

No SUS, conforme se depreende da leitura de Vieira e Zucchi (2007), o direito à assistência farmacêutica, até mesmo a terapêutica, foi previsto, mas não regulamentado e, somente em 1998, foi divulgado o documento da Política Nacional de Medicamentos (PNM). Sobre a PNM, esclarecem que:

As diretrizes estabelecidas na PNM foram a adoção de relação de medicamentos essenciais, a regulamentação sanitária de medicamentos e a promoção do seu uso racional, a reorientação da assistência farmacêutica, o desenvolvimento científico e tecnológico, a promoção da produção de medicamentos, a garantia da segurança, a eficácia e qualidade dos medicamentos, o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos.

Como a gestão do SUS é partilhada entre as três esferas de governo, dadas as dimensões do Brasil e as diferenças regionais do perfil de morbimortalidade, há orientação para que cada governo estadual e municipal selecione medicamentos para sua lista regional, a partir da relação nacional (Vieira; Zucchi, 2007, p. 215, sic).

Nesse mesmo sentido, Acurcio (2003) refletindo sobre o momento histórico bem como os debates e interesses políticos em questão, quando da aprovação da nova PNM, destaca que:

[...] esta política fortalece os princípios e as diretrizes constitucionais legalmente estabelecidos, explicitando, além das diretrizes básicas, as prioridades a serem conferidas na sua implementação e as responsabilidades dos gestores na sua efetivação (Gomes apud Acurcio, 2003, p. 36).

Assim, a Assistência Farmacêutica subdivide-se em três grandes grupos: Assistência Farmacêutica Básica, Medicamentos de Dispensação Excepcional e Medicamentos Estratégicos.

A Assistência Farmacêutica Básica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da atenção básica.

A par dessa divisão, Lima (2008) menciona que, a fim de efetivar o fornecimento de medicamentos a todos os membros da sociedade brasileira, optou o Estado, através da criação de vários programas, compartilhados entre as três esferas da Federação, “[...] que por convenção foram basicamente divididos em categorias de medicamentos excepcionais, medicamentos especiais e medicamentos básicos essenciais, alcançando cada qual uma diferente necessidade da população[...]” (Lima *in* Sarlet; Timm, 2008, p.278/279).

Nesse diapasão, referem os autores mencionados que:

Os denominados medicamentos de dispensação em caráter excepcional são aqueles de médio ou alto custo, definidos pelo Ministério da Saúde, adquiridos pelo Estado, com previsão de posterior ressarcimento da União. [...] O Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional atende atualmente a 330 mil pacientes cadastrados, dado de janeiro de 2004, sendo que em 2003 foram gastos cerca de R\$ 1 bilhão de reais na aquisição destes medicamentos, dos quais a metade foi suportada pelos Estados, sem contrapartida da União. [...] Os medicamentos dispensados em caráter especial são aqueles de médio e alto custo, definidos e

adquiridos pelo Estado, sem contrapartida da União e não abrangidos nas categorias dos medicamentos excepcionais, nem dos Estados ou com maior demanda histórica de solicitações, cujo fornecimento não esteja contemplado nas demais políticas de fornecimento de medicamentos implantadas, havendo revisão anual do elenco para inclusão ou exclusão de cada item conforme a necessidade. São previstos pela Portaria nº 37, de 17 de julho de 2002, da Secretaria Estadual da Saúde, publicada no DOU de 24 de julho de 2002, com mais de 100 itens, observadas as revisões anuais. Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens (135 apresentações farmacêuticas) destinados às necessidades de atenção básica. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos – RENAME, cujo fornecimento é de responsabilidade dos Municípios, em regra, com repasses da União e dos Estados e participação dos Municípios, em um cálculo que leva em conta o número de habitantes. A Portaria nº 1587, de 03 de setembro de 2002, publicada no DOU de 05 de setembro de 2002, contém a atual listagem desses medicamentos (Lima *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 278/279).

A partir dessa realidade, coube ao Ministério da Saúde a edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME que é uma

[...] lista com os medicamentos essenciais para tratar as doenças mais comuns na população. Com base nela, estados e municípios constroem sua própria relação de medicamentos.

A lista encontra-se na sexta edição – Rename 2008 – e possui 342 fármacos, 8 correlatos (preservativos, iodo, diafragma, álcool etílico, entre outros) e 33 imunoterápicos (soros e vacinas). Todos são disponibilizados em 552 formas de apresentação (comprimido, ampola, injetável, solução).

Na Rename, constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, baseados na Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Estes medicamentos possuem um ou mais princípios ativos, registrados na Anvisa e que apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Além disso, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas[...] (MS, 2009, texto digital).

Além da Relação RENAME, o Ministério da Saúde editou a CMDE – Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Em 2006, o Ministério da Saúde, pactuou com a Comissão Intergestores Tripartite, realizando a revisão do Programa de Medicamentos Excepcionais, por meio da Portaria GM nº 2577 de 27 de outubro de 2006. Nessa Portaria restaram definidos claramente os objetivos e as responsabilidades dos estados e União em relação ao agora denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. É nesse contexto que o CMDE, hoje, está regulamentado.

Insta ressaltar o comentário de Acurcio (2003) sobre a RENAME. Para o autor,

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a despeito de quais sejam suas falhas, preenche um dos requisitos básicos preconizados pela OMS para a implantação de políticas de racionalização do uso de medicamentos, qual seja, a existência de uma relação de medicamentos selecionados de acordo com critérios epidemiológicos, farmacológicos, terapêuticos e econômicos (Bermudez apud Acurcio, 2003, p. 14/15).

Segundo o MS (2009), o CMDE tem por objetivo basilar a disponibilização de medicamentos para o tratamento de doenças crônicas que necessitam, geralmente, de assistência inserida na média ou alta complexidade e cujo valor unitário do medicamento ou do tratamento, em geral, representa custo elevado. Nota-se, portanto, que as doenças tratadas no CMDE são, principalmente, crônicas e que no início do diagnóstico, devem ser monitoradas e manejadas no âmbito da atenção básica. Com a evolução natural do agravo, os medicamentos indicados para as fases mais avançadas das doenças contempladas, poderão ser objetos de padronização no âmbito do CMDE, atentando-se para as prioridades e regulamentações do SUS.

Entretanto, ainda é objetivo deste Componente, oferecer tratamento para doenças, fundamentalmente, o início do tratamento deve acontecer no âmbito do CMDE, tais como doença de Gaucher, hepatites virais B e C, fibrose cística, entre outras. De maneira geral, o CMDE é qualificado pela disponibilização de tratamento ambulatorial para doenças mais raras do que aquelas encontradas na atenção básica.

Cabe aos gestores estaduais a responsabilidade pela obtenção e, também, pela concessão dos medicamentos. No entanto, podem contar com o apoio das secretarias municipais de saúde para a dispensação dos medicamentos aos usuários ou mesmo de suas Regionais de Saúde interiorizadas, dependendo da forma de organização dos estados.

O financiamento para a aquisição dos medicamentos no âmbito do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional ocorre, principalmente, com recursos financeiros do Ministério da Saúde e com a complementação, na forma de co-financiamento, das Secretarias de Estado da Saúde.

Por fim, cabe ainda falar sobre o que são os medicamentos estratégicos.

O Ministério da Saúde considera como estratégico todo o medicamento utilizado para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto sócio-econômico.

Tem como objetivo garantir o acesso aos medicamentos para os pacientes portadores de doenças que configuram problemas de saúde pública, consideradas como de caráter estratégico pelo MS.

A Assistência Farmacêutica nesses casos se afigura para o controle da tuberculose; Eliminação da Hanseníase; Lúpus Eritematoso; DST/AIDS; Endemias Focais; Sangue e Hemoderivados; Controle do Tabagismo, dentre outros. O Departamento de Assistência Farmacêutica, segundo o MS (2009), por meio da Coordenação Geral de Medicamentos Estratégicos atua na distribuição de medicamentos para programas de saúde de âmbito nacional, com participação de estados e municípios, objetivando principalmente a eliminação ou o controle das doenças endêmicas.

Cabe ainda ao MS elaborar protocolos de tratamento; participar do planejamento de ações em conjunto com os Estados; providenciar a aquisição centralizada e a posterior distribuição aos Estados; e às Secretarias Estaduais de Saúde o armazenamento e distribuição às Regionais ou Municípios.

Ainda que a Carta Política determine que a saúde deva ser garantida de forma universal e que a obrigação por esta prestação é solidária entre os entes da federação, aduzidas estas Listas de Medicamentos, resta evidente, optou-se por fracionar a prestação a que o Estado Democrático de Direito é obrigado por meio do que se conhece como determinação de competências.

A partir dessas premissas, Santos e Carvalho (1995) se manifestam no sentido de que cabe ao Estado – *latu sensu* – garantir o mínimo existencial<sup>7</sup> também em matéria de saúde, afirmando que o “[...] avanço substancial ocorrido no SUS foi o

---

<sup>7</sup> O mínimo existencial – que hoje passou a incluir o direito à saúde, antes não considerado direito humano fundamental – ‘é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa’ (Torres apud Santos, 1995, p. 58).

reconhecimento de que a saúde é um direito fundamental do ser humano e não uma contraprestação de serviços devida pelo Poder Público ao contribuinte do sistema da seguridade social” (Santos; Carvalho, 1995, p. 61).

De outro lado, tem-se o entendimento divergente na doutrina com a lição de Lima (2008) que menciona haver uma atuação equivocada por parte do Poder Judiciário, especificamente, quando da aplicação do direito à saúde<sup>8</sup>. A par desse posicionamento dominante por parte do Poder Judiciário, é que surgiu no direito brasileiro a menção a doutrina alemã denominada reserva do possível, sendo a mesma largamente utilizada nas decisões judiciais quando do entendimento pela não concessão de algum direito correlacionado à saúde.

#### 4.4 Reserva do Possível

Ao adentrar na seara do denominado princípio da reserva do possível, considera-se relevante fazer uma breve menção e distinção do que a doutrina tem alcunhado de mínimo existencial. Tal se torna mister para uma percepção mais apurada da completude deste trabalho, eis que já tem-se o conhecimento necessário do conteúdo e relevância dos direitos fundamentais sociais.

Com efeito, em que pese não existir pensamento dominante acerca do tema, Leivas (2006) pesquisando a doutrina alienígena, encontra como melhor conceituação:

O **mínimo existencial** é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é **necessário para a conservação de uma vida humana digna**, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural (Treisch apud Leivas, 2006, p. 135).

---

<sup>8</sup> A proposta aqui, portanto, não é negar a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, nem mesmo contestar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base neste preceito, mas sim oferecer um modelo que busque concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, na forma do art. 193 da Constituição, com discussão de critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional, como propõe o próprio art. 196 da Constituição Federal (Lima *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 276).

Não obstante, para Sarlet e Figueiredo (2008) seria impossível pontuar com clareza aspectos determinantes do que constituem o mínimo existencial, eis que “o que compõe o mínimo existencial<sup>9</sup> reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso” (Sarlet; Figueiredo *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 26).

A partir dessa análise, concluem os referidos autores que, seja com relação aos direitos sociais a prestações de um modo geral, seja relativamente à própria garantia do mínimo existencial, uma das principais objeções esgrimidas ante a concretização dos direitos sociais circunda em torno da extensão econômica desses direitos. Consequentemente,

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada ‘reserva do possível’ e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo [...] (Sarlet; Figueiredo *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 27).

De forma semelhante, contudo com o foco diretamente apontado sobre a perspectiva da saúde pública, Morais (1996) diz que não basta que o Estado patrocine serviços curativos ou previna a doença por meio de uma atuação vinculada à salubridade pública. Esta postura, segundo o autor, requer que “[...] o conjunto das relações sociais se dê com vistas ao reordenamento da qualidade do cotidiano das pessoas, a sua adequação ao objetivo de promover – dar impulso, trabalhar a favor, favorecer o progresso, fazer avançar, fomentar – a vida” (Morais, 1996, p. 189).

A par dessas considerações iniciais sobre o que vem a ser o mínimo existencial, prossegue-se com Netto (2005) referindo que a teoria do primado da reserva do possível, proveniente da doutrina alienígena, tem como berço as decisões proferidas na Corte Constitucional Federal da Alemanha. Nestas, se sustentou que as limitações estatais de ordem econômica podem comprometer

---

<sup>9</sup> Ao mínimo existencial aplica-se, portanto – para deixar suficientemente enfatizado este ponto –, a noção de uma dupla função prestacional (positiva) e defensiva (negativa) de modo geral inerente aos direitos fundamentais em geral e aos direitos sociais em particular (Sarlet; Figueiredo *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 26).

sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Permanecendo “a satisfação desses interesses, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade” (Netto, 2005, p. 4).

Leivas (2006) aponta que o signo reserva do possível é freqüentemente invocado para referir as restrições aos direitos fundamentais sociais, tendo sido invocada pelo julgamento do caso *Numerus Clausus I*<sup>10</sup> no Tribunal Constitucional da Alemanha.

Nesse ínterim, prossegue Leivas (2006) dizendo que em sua decisão, o Tribunal Constitucional Federal distinguiu a presença de dois direitos: um direito a “participar” nas instituições educativas existentes e um à criação de novas vagas<sup>11</sup>.

Seguindo a mesma esteira e, ainda a par das exposições acerca da terminologia “reserva do possível”, suas origens e implicações, manifestam-se Sarlet e Figueiredo (2008):

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma

<sup>10</sup> *Numerus clausus* é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação (Leivas, 2006, p. 98, grifo do autor).

<sup>11</sup> [...] o direito constitucionalmente garantido do cidadão que satisfaz as condições subjetivas de admissão (bacharelato) a ser admitido no curso universitário de sua escolha, que se encontra sob a reserva do possível, no sentido de que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade e uma concreta pretensão individual, demandável judicialmente por parte do cidadão, à ampliação das possibilidades de formação (Leivas, 2006, p. 98, grifo do autor).’

obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (Sarlet; Figueiredo *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 29/30, grifo do autor).

Em sentido semelhante, Zanitteli (2008) afirma que a reserva do possível comina limites à concretização de direitos fundamentais pela via judicial. O ensejo para tal limitação reside na escassez de recursos do Estado: como não há recursos para acolher a todas as solicitações baseadas em direitos fundamentais previstos na Constituição, forçoso que algumas dessas demandas, quando apresentadas em juízo, sejam abdicadas.

Zanitteli (2008) aduz ainda que “a idéia de que a situação orçamentária seja aceita legalmente como óbice à satisfação de direitos fundamentais não é bem recebida por todos” (Zanitteli *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 210). Refere ainda que as opiniões sobre a reserva do possível podem ser sopesadas sob três grupos: “a) o das que concordam com o entrave à realização de direitos em razão da escassez de recursos; b) o das que rejeitam a doutrina; e c) o das que admitem, mas com alguma importante ressalva” (Zanitteli *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 210).

Aos que se perfiliam com a aplicabilidade do preceito em comento e, no tocante à efetivação dos reclamados direitos sociais pelo Poder Judiciário, Netto (2005) entende que “[...] não basta que a legislação defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade. Pois, faz-se imprescindível, também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação desses direitos” (Netto, 2005, p. 5).

Também segundo esse autor, o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja no intento de atribuir plena aplicabilidade aos preceitos gerenciadores do sistema jurídico, não pode ansiar hastear a atlântica tarefa de tentar prover todas as deficiências sociais, mediante a expedição de um mandamento judicial.

Na esteira de um modelo de raciocínio moderado, Torres (2008) trazendo apontamentos entre as diferenças significativas, que em muitos momentos são desconsideradas por parte da doutrina, quanto ao mínimo existencial e a reserva do possível, adentra na questão com assertiva impetuosa:

Uma diferença importante entre mínimo o existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não tem eficácia vinculante. As prestações positivas para proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos, ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carece de *status* constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade a lei ordinária de cada qual das três esferas de governo. [...] Os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a 'reserva do possível' ou da 'soberania orçamentária do legislador', ou seja, da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. *A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.* [...] A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. (Torres, *in* Sarlet; Timm, 2008, p. 80/81).

Em sede de entendimento quanto à aplicabilidade do primado da reserva do possível e o respeito à consolidação orçamentária prevista na Carta Política, Scaff (2008) revela que “a função do Poder Executivo é a de realizar estes gastos, da forma e no limite estabelecidos pela lei” (Scaff *in* Sarler; Timm, 2008, p. 171).

Argumenta ainda o referido jurista que “o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, não é o de transformar ‘*discricionariedade legislativa*’ em ‘*discricionariedade judicial*’, mas dirimir os conflitos nos termos da lei” (Scaff *in* Sarler; Timm, 2008, p. 171, grifo do autor).

Deveras, no afã de por em prática, sem a observância de qualquer tipo de limites, uma dada prestação social, segundo Netto (2005), poderia gerar o efeito contrário de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas, para quais, frise-se, já havia um planejamento prévio.

Firmado no entendimento de que o princípio da reserva do possível se estabelece naquilo “[...] *que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade*” (Leivas, 2006, p. 99, grifo do autor), Lopes (2008) conclui dizendo que:

[...] a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Ela já não será uma defesa tão facilmente acatável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos também não quero dizer que o julgamento seja fácil, mas afirmo que é possível julgar, e então sim a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível (Lopes in Sarlet; Timm, 2008, p. 193).

Por fim, Netto (2005), corroborando com tal entendimento, aduz que o primado da reserva do possível “[...] procura estabelecer alguns marcos regulatórios para a emissão de ordens judiciais, tendentes a obrigar o Poder Público a dar efetividade a certa categoria de prerrogativas instituídas em favor das pessoas em geral” (Netto, 2005, p. 3).

A fim de instrumentalizar o presente trabalho, o objeto do próximo subcapítulo é a análise jurisprudencial de modo a observar quais os aspectos que, tratados neste trabalho, estão sendo considerados quando da emissão das decisões do Tribunal Gaúcho.

#### **4.5 Análise Jurisprudencial**

À guisa das considerações finais deste trabalho, esta análise jurisprudencial também tem o condão de verificar, se existem elementos suficientes para, diante das decisões dos Tribunais, atribuir um norte no que tange ao fornecimento de medicamentos no país.

Como asseverado em outros momentos, cumpre referir ainda a título de revigorar a problemática traçada nesta atividade, que um dos problemas que vem assumindo destaque no Brasil nos últimos anos diz respeito genericamente à efetivação dos direitos sociais.

Considerando a evolução que o país perquire nessa seara, tem-se buscado, segundo Torres (2008) “[...] solucionar as principais questões relacionadas com a tensão entre o mínimo existencial e direitos sociais, sem romper com os princípios orçamentários, máxime da reserva do possível” (Torres in Sarlet; Timm, 2008, p. 69).

A par dessas reflexões preliminares, passa-se à apreciação do julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. DISPENSABILIDADE. IMPORTÂNCIA DOS INTERESSES PROTEGIDOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DE OFÍCIO, ISENTA-SE O MUNICÍPIO E O ESTADO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.** 1) **Compete ao Município de Vacaria e ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos indispensáveis à saúde de infante enfermo, em face da responsabilidade compartilhada existente entre os entes federativos e que decorre de norma constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196).** 2) Inexiste nulidade da sentença por cerceamento de defesa quando os documentos juntados suprem a necessidade da realização de perícia. 3) Comprovada, cabalmente, a necessidade do menor em receber os medicamentos requeridos na inicial, e que seus responsáveis não apresentam condições financeiras de custeio, é devido o fornecimento pelos entes públicos, visto que a assistência à saúde é responsabilidade decorrente do art. 196 da Constituição Federal. 4) **Tratando-se, a saúde, de um direito social que figura entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, impende cumpri-la independentemente de previsão orçamentária específica ou abertura de procedimento licitatório (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93).** 5) **Não há falar em malferimento do princípio da reserva do possível na espécie, porque não se está exigindo nenhuma prestação descabida dos entes públicos, mas, tão-somente, o fornecimento dos fármacos necessários ao menor.** 6) Tampouco há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto ao Judiciário compete fazer cumprir as leis. 7) De ofício, afasta-se a condenação do Município e do Estado ao pagamento das custas processuais. Precedentes. Preliminares rejeitadas. Apelações desprovidas. De ofício, declarados isentos os apelantes com relação às custas processuais. (Apelação Cível Nº 70029421492, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/05/2009).

Partindo do princípio, verifica-se uma leitura condizente ao que aponta a maioria da doutrina acerca da divisão de competências instituída na própria Carta Política<sup>12</sup>, ao passo que a insigne relatora do acórdão mencionado compreende serem solidariamente responsáveis pelo adimplemento da obrigação de fornecer os medicamentos ao requerente todos os entes da federação. Ademais, traz a lume vários posicionamentos semelhantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo:

<sup>12</sup> A relatora do acórdão em tela, menciona o art. 196 da CF/88 que refere: “A saúde é um 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”. (\* Aqui entendido em todas as suas dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA.**

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas.

2. **Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente**, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala).

3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). **Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.**

4. **Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.**

5. Recurso especial desprovido

(REsp 507.205/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ 17/11/2003).

Diante das considerações trazidas no que tange à divisão de competências, resta claro que o entendimento majoritário<sup>13</sup>, tanto na doutrina quanto nos posicionamentos jurisprudenciais tem sido unânimes: a Constituição da República consagrou o dever solidário entre os entes da federação no que concerne à prestação positiva do direito à saúde, não permitindo a nenhum ente a sua exclusão quando da necessidade de cumprimento de alguma obrigação.

Posicionamento diverso, ainda que minoritário, dá conta que, devem ser observados os critérios estabelecidos na criação do Sistema Único de Saúde que designou as obrigações e responsabilidades quanto ao fornecimento de medicamentos para cada esfera administrativa. Acerca desse entendimento, colaciona-se a jurisprudência<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> Nesse sentido: **1)** STJ - AgRg no Ag 961677/SC - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0249944-4, Ministra ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 11/06/2008; **2)** STJ - AgRg no Ag 886974/SC - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0074435-6, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 29/10/2007; **3)** Apelação Cível Nº 70029202132, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/04/2009; **4)** Apelação Cível Nº 70028962074, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 01/04/2009.

<sup>14</sup> A esse respeito: **1)** Agravo de Instrumento Nº 70028325827, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 16/04/2009; **2)** Apelação Cível Nº 70027061860, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 26/03/2009.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SEVELAMER. MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL. Independentemente de situar a obrigação ao fornecimento de medicamentos como condição da ação ou matéria de mérito, os entes públicos, por força de normas através das quais se organizou o Sistema Único de Saúde, assumiram cada qual certas responsabilidades, conforme previsto na Lei nº 8.080/90 e nas NOB-SUS 01/96 e 01/02. Cabe aos municípios o fornecimento dos medicamentos que constarem na Portaria nº 2.092/08 do Ministério da Saúde e na Res. nº 226-CIB, as quais contêm a relação nominal de produtos farmacêuticos essenciais. Em hipóteses excepcionais, de risco de dano inverso, imprime-se a solidariedade dos entes públicos na obrigação de disponibilizar medicamento ao autor da ação, por aplicação do princípio da proporcionalidade, rompendo-se o regime legal de competências. APELAÇÃO DESPROVIDA. VOTO VENCIDO. (Apelação Cível Nº 70023760721, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 16/04/2009).

Sob essa perspectiva, discutindo o tema em comento, a eminente desembargadora Maria Berenice Dias em seu voto manifestado no acórdão de nº 70016893828 do Tribunal de Justiça Gaúcho, faz alusão a este pensamento minoritário a fim de desconsiderar a solidariedade dos entes federados pleiteada pela grande maioria dos juristas e operadores do direito. Transcrevem-se trechos do citado acórdão:

É chegado o momento de interpretar o direito constitucional à saúde não mais como sendo um direito social absoluto, mas relativo, cuja exigibilidade condiciona-se ao preenchimento de seu conteúdo por meio das normas infraconstitucionais existentes. Isso porque, como é notório, a par das necessidades ilimitadas da população estão à escassez e as dificuldades na alocação dos recursos públicos. Nessa perspectiva, não se pode mais desconsiderar a repartição de competências e atribuições segundo as normas que regem o Sistema Único de Saúde, em especial no que diz respeito à política de assistência farmacêutica, o que não representa qualquer violação de preceitos constitucionais [...] (Apelação Cível Nº 70016893828, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 23/05/2007).

Juízo salutar também no que pertine a previsão orçamentária. A base da fundamentação abarca tão somente a efetivação dos direitos fundamentais elididos do infante, ao passo que sua análise perpassa tão somente por esse viés. Nesse sentido aponta Leivas (2006) ao referir que “direitos fundamentais sociais podem ter um peso maior que o princípio da competência orçamentária” (Leivas, 2006, p. 99).

A par desse tipo de análise se manifestou Torres (2008) em sede de entendimento divergente:

Espera-se ainda o enfrentamento de outros problemas de direito orçamentário, como o de definir se a inexistência de dinheiro afeta a entrega de prestação prevista em dotação orçamentária. O Supremo Tribunal Federal já disse que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver recursos disponíveis. Mas tal conclusão a nosso ver não poderia ser estendida para a problemática do mínimo existencial (=direitos fundamentais sociais), que tem prevalência sobre eventuais saldos de caixa (Torres in Sarlet; Timm, 2008, p. 83/84).

Ainda no voto do acórdão citado acima (nº 70016893828) a desembargadora manifesta-se também a par da necessidade de consideração do aspecto orçamentário:

Sabe-se que a elaboração de listas de medicamentos pelo Poder Público pressupõe a existência de respaldo orçamentário, de modo a permitir a permanente e adequada execução dos serviços na área de saúde. Além disso, a observância a essas listagens evita a duplicidade de ações governamentais. Assim, não parece correto onera-se um ente federado com a obrigação de fornecer um medicamento que não seja de sua atribuição. Cabe aos Estados o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais que constam da Portaria nº 2.577-2006 do Ministério da Saúde e da Portaria nº 238-2006 da Secretaria Estadual de Saúde. Já aos Municípios há responsabilidade no fornecimento dos medicamentos essenciais, os quais integram a rede básica e constam do Sistema de Acompanhamento de Recursos de Incentivos à Assistência Farmacêutica Básica e do rol de medicamentos da Portaria nº 2.475-2006 do Ministério da Saúde (Apelação Cível Nº 70016893828, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 23/05/2007, grifo nosso).

No que concerne ao primado da reserva do possível, a desembargadora destaca (acórdão nº 70029421492) que não se está a exigir do Estado e do Município prestação descabida, a questão considera o fornecimento de medicamento indispensável à saúde do apelado. Com isso, visualiza-se a inexistência de transgressão ao princípio da reserva do possível, vez que qualquer preceito protetivo da Fazenda Pública, em confronto com norma e garantia fundamental prevista constitucionalmente, não se sobrepõe.

Frise-se aqui que, nesse sentido, os Tribunais têm se mostrado quase que unânimes<sup>15</sup>, sugerindo inclusive, em determinadas situações, o bloqueio de valores nos cofres públicos de forma a assegurar o direito à saúde demandado

---

<sup>15</sup>Majoritária: Agravo de Instrumento Nº 70029117876, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 20/03/2009; Agravo de Instrumento Nº 70027911890, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 11/12/2008; Agravo de Instrumento Nº 70027911890, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 11/12/2008; Agravo de Instrumento Nº 70028569077, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 09/02/2009.

judicialmente. Contudo, a doutrina é demasiado divergente, de forma que a corrente mais equilibrada sugere que haja um ponto de encontro entre esses interesses individuais e os interesses da coletividade.

De outra banda, os que levam ao apreço a questão da reserva do possível, defendem a idéia de que o Estado deve estar preparado estruturalmente para atender as demandas judiciais a ele impostas, ou seja, ter previsão orçamentária para tal, fazendo-se necessário, desta forma, a observância do princípio da reserva do possível<sup>16</sup>.

Comentando sobre o assunto, tem-se a contribuição valiosa de Torres (2008) que leciona:

O problema se torna mais intrincado quando o mínimo existencial aparece mesclado com os direitos sociais, como acontece no campo das prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex. EC 29/2000). Nesses casos a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar à implementação da *policy* pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo). A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países (Torres in Sarlet; Timm, 2008, p. 82/83, grifo do autor, sic).

Já Netto (2005) assinala que, para que a sociedade seja vitoriosa na solução destes impasses, forçoso se faz que esta mesma sociedade agregue soluções alternativas para a problemática em questão, reforçando que com a

[...] adoção do princípio da reserva do possível, aliado à concepção de que todos os membros da coletividade devem se esmerar em sanar as necessidades de seus semelhantes, parece não restar dúvida de que, na hipótese de incapacidade material do Estado prover, sozinho, a consecução destes fins, a sociedade organizada deve se encarregar de prestar esse auxílio. Com o intuito de que estas metas programáticas venham realmente a ser cumpridas (Netto, 2005, p. 9).

Ainda, colaciona-se, para apreciação, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

---

<sup>16</sup> Minoritária: Apelação Cível N° 70013218714, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 18/10/2006.

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - **PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedente (RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007).

Na sustentação do voto do eminente relator Ministro Celso de Mello, encontra-se subsídios argumentativos de imperiosa relevância acerca do tema em comento, manifestando inclusive, o pensamento dominante nesta Corte.

O caso em tela trata-se de Agravo Regimental impetrado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que conheceu e deu provimento ao apelo deduzido pela parte agravada Luiz Marcelo Dias.

Como primeiro requisito para manutenção da sentença *a quo*, revela o Eminente Ministro que deve ser observado o dispositivo constitucional<sup>17</sup> pertinente ao caso, eis tratar-se de dever imposto pelo constituinte ao Estado Democrático de Direito, portanto, todos os entes federativos indistintamente, devem assegurar a todos os cidadãos à proteção a saúde.

Insta salientar o enlevo especial que deu a Corte à questão da efetividade e eficácia das chamadas normas de cunho programático, definindo que cabe ao Estado proporcionar a efetiva garantia dos direitos sociais, nesse sentido também tem se manifestado o Tribunal de Justiça Gaúcho<sup>18</sup>, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. DISPENSABILIDADE. INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DA FAMÍLIA DA MENOR. COMPROVADA. 1) Compete ao Município de Novo Hamburgo o fornecimento do tratamento indispensável à saúde do menor portador de Síndrome de Down, em face da responsabilidade compartilhada existente entre os entes federativos e que decorre de norma constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). 2) A asseguaração do direito à saúde é da competência comum de todos os entes da federação, representando, a discussão acerca da divisão de responsabilidades, questão a ser apreciada somente na esfera administrativa, já que a parte pode escolher contra quem ofertar a demanda. 3) Tratando-se, a saúde, de um direito social que figura entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, impende cumpri-la independentemente de previsão orçamentária específica ou abertura de procedimento licitatório (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93). 4) Embora não conste nos autos

<sup>17</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 (grifo do autor).

<sup>18</sup> Apelação Cível Nº 70029421492, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/05/2009; Agravo de Instrumento Nº 70027930486, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 06/05/2009; Apelação Cível Nº 70029491321, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 04/05/2009.

comprovante contendo informações acerca da renda percebida pela família do menor, há subsídios suficientes para assegurar que a mesma necessita de auxílio do poder público. Preliminar rejeitada. Agravo desprovido. (Apelação Cível Nº 70029852977, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 14/05/2009).

Assevera ainda, a despeito do que se evidenciou sobre a observância do orçamento público como critério de exclusão<sup>19</sup> da prestação estatal, esta não pode se sobressair, uma vez que

[...] entre proteger o direito **inviolabilidade** do direito à vida e à saúde, **que se qualifica** como direito subjetivo **inalienável**, assegurado **a todos** pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo** – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica **impõem ao julgador uma só e possível opção**: aquela que **privilegia** o respeito indeclinável à vida e saúde humanas (RE 393175 AgR / RS Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007, grifo do autor).

Nesse íterim, reforça seu entendimento no sentido de que cabe ao Poder Público dar azo às denominadas normas programáticas a fim de que as mesmas tenham a efetividade e atinjam os objetivos traçados pela hermenêutica do constituinte, sendo que, em não o fazendo, incorrem os responsáveis federativos em grave afronta aos cidadãos e à própria Lei Fundamental do Estado. Nesse sentido também é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDICAÇÃO PRESCRITA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. 1) Compete ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento do medicamento indispensável à sobrevivência de infante portadora de Diabetes melitus tipo 1 (CID E 10), em face da responsabilidade compartilhada existente entre os entes federativos e que decorre de norma constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). 2) Impossível a substituição do fármaco postulado sem prescrição do médico, pois não cabe ao Judiciário analisar a adequação/necessidade do medicamento postulado em favor da menor, sendo imprescindível comprovação através de profissional da área médica. 3) Tratando-se o direito à saúde de obrigação estatal, despiciendas as alegações de ausência de verbas ou de falta de previsão orçamentária para o tratamento, dado que o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador. Tampouco há falar em violação ao

<sup>19</sup> Nesse sentido: Agravo de Instrumento Nº 70030151351, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/05/2009; Agravo de Instrumento Nº 70029859766, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/04/2009; Apelação Cível Nº 70029067253, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 29/04/2009.

princípio da separação dos poderes, porquanto ao Judiciário compete fazer cumprir as leis. Reexame necessário não conhecido. Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70029080777, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 13/05/2009).

Perquire ainda o Julgador que os direitos fundamentais<sup>20</sup> consagrados na Carta Política sejam concretizados, especialmente o direito à saúde, pois corolário da evolução dos direitos básicos da pessoa humana.

A respeito do tema, Sarlet e Figueiredo (2008) defendem que:

[...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação dos direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes (Sarlet; Figueiredo in Sarlet; Timm, 2008, p. 31/32, grifo do autor).

Em pensamento contrário, tem-se as palavras de Netto (2005) que diz ser necessário que se busquem alternativas para suprir estas carências sociais, pois todos os cidadãos têm, ilustrativamente, o direito à saúde, bem como a tantos outros elucidados na Constituição da República. Posto isso, continua o referido autor, por mais legítimos que sejam os direitos sociais, não podem ser concebidos como direitos absolutos num confronto com as prerrogativas e encargos governamentais.

A par desse entendimento doutrinário, o posicionamento semelhante na jurisprudência<sup>21</sup>:

<sup>20</sup> **Não basta**, portanto, que o Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, seja ele **integralmente** respeitado e **plenamente** garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – **como o direito à saúde** – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, a **implementação** de prestações positivas **impostas** pelo próprio ordenamento constitucional (RE 393175 AgR / RS Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007, grifo do autor).

<sup>21</sup> Nesse sentido: Agravo Nº 70029741196, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 30/04/2009; Apelação Cível Nº 70029242419, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/04/2009.

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RELAÇÃO NACIONAL. LISTA DO GESTOR ESTADUAL DO SUS. 1. Segundo a Constituição da República, o direito à saúde efetiva-se (I) pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e (II) pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas. 2. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. 3. O serviço público de saúde está sujeito a apenas um regime jurídico descentralizado no qual as ações e as atividades são repartidas entre os entes da Federação. 4. No âmbito do SUS, a assistência farmacêutica compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. 5. A distribuição dos medicamentos obedece à descentralização. Compete ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento dos medicamentos excepcionais constantes da Portaria nº 2.577/06 do Ministério da Saúde e os especiais constantes da relação da Portaria nº 238, de 2006, da Secretaria Estadual da Saúde. Aos Municípios compete o fornecimento dos medicamentos essenciais constantes da Portaria 2.012/2008 do Ministério da Saúde (RENAME). Recurso do Estado provido. Voto vencido em parte. Recurso da Autora prejudicado. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 70029299286, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30/04/2009).

Por fim, saltou aos olhos no presente julgado (STJ - RE 393175 AgR / RS) a imposição de sanção ao Poder Público (leia-se Estado do Rio Grande do Sul) em face de proposição do agravo, nas palavras do relator, como instrumento meramente procrastinatório, tendo em vista que o Agravante não pode utilizar como fundamento o desconhecimento do pensamento dominante da Corte Federal, eis que ele próprio, nas palavras do Ministro, já sucumbiu em inúmeras ocasiões.

Tendo em vista essa exposição tem-se que a visão dominante da Suprema Corte Brasileira, no concernente à garantia e efetividade do direito à saúde, tanto quanto na espécie fornecimento de medicamentos, deve ser assegurada independentemente da existência de uma organização estrutural estatal, haja vista que o direito social à saúde é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo estes preceitos preponderarem sempre, inclusive e especialmente, quando confrontados com a falta de recursos financeiros para provê-los. Pois, como assegura a Corte, a Carta Política atribuiu ao Estado Brasileiro,

dentre outras coisas, a obrigação de implantar políticas públicas que garantam a efetividade desse direito.

Procedida à análise jurisprudencial e, confrontando com o estudo realizado em sede doutrinária, verificou-se que o pensamento dominante busca, independentemente de qualquer fator, efetivar e assegurar o direito constitucional à saúde.

A par disso, tem-se o entendimento minoritário apontando para sentido diverso inferindo que cabe ao Estado (leia-se aqui União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) implementar tão somente o que está consagrado na legislação infraconstitucional, obedecendo portanto, à legislação do SUS e seus consectários. A partir dessa interpretação do direito social à saúde restou evidente que o atendimento universal e integral perquirido pela Constituição não é possível, à medida que, *in casu*, o fornecimento de medicamentos depende de sua presença em listas pré-definidas estabelecidas pelos entes federativos e, em não constando nessa relação, há a impossibilidade do fornecimento dos mesmos.

Esse entendimento divergente vai além, atribuindo que tais medidas tornam-se necessárias sob a pecha de inviabilizar a prévia estruturação orçamentária que os entes são obrigados a fazer, sendo que, ao demandar judicialmente pelo fornecimento de medicamentos, o indivíduo estaria prejudicando a prestação dos serviços de saúde para os demais da coletividade.

Definido o panorama atual, acredito que caibam ainda algumas ponderações. O cenário hodierno realmente é muito árido e conflituoso, contudo, ao observar os caminhos percorridos e o processo evolutivo no qual está inserida a área da saúde no país, constata-se que existe realmente progresso, mas, o trajeto ainda é longo.

Entretanto, sabe-se que as necessidades dos cidadãos não param no tempo e, devido à progressão geométrica do crescimento populacional, tem-se o aumento gritante das demandas judiciais requerendo que o Estado preste a sua contrapartida assegurando o fornecimento irrestrito de medicamentos.

Nesse diapasão, pode-se dizer que uma leitura mais dinâmica e menos vanguardista da Carta Política possa iniciar outro momento de discussão acerca do tema, nesse sentido as palavras do nobre jurista:

Ao se classificar como um adepto à judicialização do direito à saúde, o juiz gaúcho - e doutor pela Universidade de Munique - Ingo Wolfgang Sarlet afirmou ser necessário "*superar a era dos extremos*" na área. Segundo ele, é preciso rejeitar a impossibilidade de a magistratura decidir casos concretos relacionados ao direito à saúde, mas que também é essencial controlar o "*famoso pediu levou*", em que o magistrado não se atenha para as consequências da decisão judicial. [...] Para Sarlet, o sistema judiciário deve minimizar os efeitos colaterais de decisões que, por ventura, venham a gerar um efeito discriminatório ou anti-isonômico, mas que isso não pode inviabilizar a intervenção da magistratura na área. '*O que me preocupa aqui é a dupla exclusão*', afirmou, referindo-se àqueles que não recebem tratamento do SUS e ficariam impedidos de encontrar a solução por via judicial. "*Se se for avançar com a edição de uma súmula vinculante, espera-se que o STF não feche as portas para o exame responsável dos casos concretos*", concluiu [...] (Espaço Vital, 2009, texto digital).

Assim, pode-se entender que para que o direito social e constitucional à saúde possa ser eficaz e garantido a todos os brasileiros, o ponto de encontro para tal deve se dar por meio de investimentos na ampliação e estudos de políticas públicas que avancem cada vez mais no conceito de saúde como forma de garantia da dignidade humana.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente trabalho, o direito à saúde encontra-se como preocupação da sociedade já há longa data. Contudo, a forma de tratamento dessa preocupação evoluiu ao longo do tempo.

Para que a saúde fosse concebida e garantida como é atualmente, ou ainda, para que o entendimento do que é saúde para o ser humano chegasse ao patamar hodierno, fez-se imprescindível o exame dos aspectos elementares quanto à significação da evolução dos direitos fundamentais, bem como se tratou com pontualidade a questão das dimensões de direitos, especialmente a segunda dimensão.

Ao mencionar tais questões, constatou-se a singularidade e relevância para o processo de positivação de tais direitos no ordenamento jurídico hodierno. Ao passo que se evidenciou a segunda dimensão de direitos avaliar garantias às classes menos favorecidas e exigir do Estado prestações positivas para efetivação destes direitos sociais.

A par da positivação no seio constitucional destes direitos e garantias sociais fundamentais, conferiu-se igualmente, a positivação do direito à saúde de forma transparente e genuína, intento deveras peculiar no constitucionalismo moderno.

A partir dessa premissa perquiriram-se quais os entendimentos acerca do conceito de saúde como ferramenta necessária para responder aos questionamentos propostos neste trabalho, constatando-se que saúde corresponde a um estado completo de bem-estar físico, psíquico e espiritual. Estes os temas abordados no primeiro capítulo.

Já no segundo capítulo buscou-se a compreensão de alguns institutos do direito administrativo e a ele relacionados. Ao mencionar Estado, se pode averiguar que, com a criação deste ente, os cidadãos delegaram poderes a esta organização de forma que necessitam de várias contrapartidas, ou seja, prestações positivas e negativas, a fim de que se estabeleça vida digna a todos os administrados, aliás, fim ao qual se submete a existência do Estado.

Nesse ínterim, foram abordados os aspectos elementares do Estado Democrático de Direito, modelo adotado constitucionalmente que assume o compromisso de garantir e efetivar os direitos fundamentais inscritos na Carta Política.

Como forma de concretizar os planos e objetivos propostos por esse mesmo Estado é que surge a figura da Administração Pública, que é composta por todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas que tem o fito específico de atender ao bem-estar da coletividade.

Para o seu perfeito funcionamento e para que atinja os fins a que se destina, verificou-se que a Administração Pública deve respeitar estritamente o que está imposto pela legislação. No entanto, a fim de resolver quaisquer conflitos *ex lege*, é que tem-se o advento dos princípios.

Ante a importância da preservação dos interesses da coletividade, são os princípios que versam claramente sobre o viés que deve perseguir a Administração e seus consectários ao aplicar quaisquer medidas que tenham efeito na coletividade. Princípios esses que zelam pela estrita observância da legalidade, pela supremacia do interesse público e pela impessoalidade dos atos de seus agentes.

Finalizando este segundo capítulo, discorreu-se ainda sobre a conceituação e delimitação do que vem a ser o orçamento público, eis que também previsto no texto constitucional e generalizadamente desconsiderado pelas decisões judiciais.

Diante deste panorama adentrou-se no terceiro capítulo a fim de ponderar a legislação infraconstitucional que trata do direito a saúde, bem como referir de que forma houve a estruturação das chamadas competências e quais os seus delineamentos diante do fornecimento de medicamentos.

Conseqüentemente, essas competências, coordenadas pelo SUS, trouxeram a edição das chamadas listas de medicamentos, pelas quais o cidadão pode conferir a quem deve recorrer quando necessitado do fornecimento de algum medicamento.

Também foi objeto de crítica o primado da reserva do possível. Demonstrou-se elementar o conhecimento de tal teoria, assim como todos os demais elementos trazidos ao presente trabalho, de modo que foi possível à análise jurisprudencial do problema apontado: a efetivação do direito constitucional à saúde frente ao fornecimento de medicamentos.

Diante dessas premissas, pode-se asseverar sem equívoco que a população brasileira, em sua extensa maioria, é carente de recursos financeiros para prover a sua própria subsistência. Nesta esteira, também se pode afirmar que resta evidente a necessidade imperiosa de auxílio do Estado para arcar com possíveis dispêndios de verbas para tratamento de doenças ou manutenção do estado de saúde.

Desta feita, inúmeros são os casos em que cidadãos brasileiros se vêem obrigados a buscar no Sistema Único de Saúde - SUS o respaldo para cura de suas enfermidades e, não raro, o suporte necessário não é assistido pelo SUS, razão pela qual, demandas judiciais para concessão de medicamentos, por exemplo, têm sido aforadas as pencas nas repartições judiciais.

Por conseguinte, ante este cenário, a estrutura administrativa estatal que trabalha vigiada por princípios e disposições legislativas estreitas que visam, *a priori*, o estrito cumprimento da legalidade e, a par disso, tem o dever de cumprir com previsões orçamentárias previamente delimitadas, suporta, reiteradamente, o

gravame de ter de cumprir medidas judiciais no sentido de fornecer os medicamentos outrora negados por essa mesma conjuntura administrativa.

A par desse encargo, a Administração Pública sofre com uma série de desajustes de ordem administrativa organizacional, sendo que em sua defesa tem sido utilizada a tese de que há limitação para o Poder Público prover todas as necessidades ilimitadas da coletividade. A esse entendimento de pensamento, alcunha-se como princípio da reserva do possível.

Em que pese a Constituição Federal mencionar claramente seus primados bem como o seu dever para com a manutenção da vida dos seus, cabe ao Estado organizar-se estruturalmente a fim de concretizar as pretensões ilimitadas dos cidadãos frente às possibilidades limitadas dos recursos disponíveis.

Em linhas gerais, pode-se captar a grandiosidade do tema, bem como a problemática envolvida, contudo, no afã de tão somente investigar os delineamentos desta deficiência estatal, qual seja, o fornecimento de medicamentos, surgem, invariavelmente, uma série de questionamentos, uma vez que, a par das teorias lançadas para solução da questão, não se encontra uma postura sólida a ser seguida, eis que os valores envolvidos são de uma hermenêutica de julgamento demasiado delicada.

Tal se deve ante a dúvida permanente quanto aos casos práticos analisados. Para alguns se deve obstar o atendimento a uma pessoa em detrimento da coletividade, desconsiderando, contudo, que essa mesma pessoa, individualizada, também pertence à coletividade. Portanto, resta o questionamento: como equacionar de forma isonômica este problema?

Acredito que o caminho trilhado até então, como processo evolutivo de tempos que remontam antes da Reforma Sanitarista, seja o que deve permanecer sendo seguido. Hodiernamente, a saúde pública necessita de muito mais do que investimentos em cifras, carece de um engajamento completo de vários setores da sociedade – entes governamentais, médicos, juristas – cada qual contribuindo com sua especificidade técnica, para que juntos, avancem dia após dia nas discussões sobre protocolos clínicos para tratamentos de doenças, assim como sejam

procedidas a análises em todas as esferas de governo quanto a destinação dos recursos públicos para tratamento e manutenção da saúde da população.



## REFERÊNCIAS

ACURCIO, Francisco de Assis (Org.). **Medicamentos e Assistência Farmacêutica**. Belo Horizonte: COOPMED, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Editora Malheiros, 2005.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Orçamento Público Municipal**. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed., Editora Saraiva, 2003.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa ...[et al.] **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Editora Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. 1. ed. Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia “Hucitec” Ltda, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Espaço Vital. Disponível em:  
<[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_1er.php?id=14601](http://www.espacovital.com.br/noticia_1er.php?id=14601)> Acesso em 20 abr. 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. tomo 2.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. 1. ed., Editora Livraria do Advogado, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Municipal**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELO, Enirtes Caetano Prates; CUNHA, Fátima Teresinha Scarparo. **Fundamentos da Saúde**. 3. ed. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os Grandes Dilemas do SUS: tomo I**. Salvador/BA: Casa da Qualidade Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Os Grandes Dilemas do SUS: tomo II**. Salvador/BA: Casa da Qualidade Editora, 2001.

Ministério da Saúde. Disponível em:

<<http://189.28.128.100/portal/saude/cidadao/default.cfm>> Acesso em 20 abr. 2009.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 20. ed. Editora Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 abr. 2009.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Teoria Geral do Estado & Ciência Política**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90)**. 2. ed. ampl. Atualiz. São Paulo: Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia “Hucitec”, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Marcelo da. Processo nº 017/1.09.0002547-3, 1ª Vara Cível da Comarca de Lajeado/RS.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v.41, n. 2, p. 214-222, abril/maio 2007.

WILGES, Ilmo José. **Noções de Direito Financeiro, Orçamento Público: para concursos e provas**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzatto, 1995.