

# O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

**ANA PAULA ZAVARIZE CARVALHAL**

## INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 garantiu um amplo rol de direitos fundamentais, colocando o direito à saúde entre os direitos sociais do Título II, Capítulo II, art. 6º, e regulamento-o no Título VIII, Capítulo II, Seção II, arts. 196 a 200. No entanto, esses direitos, diante da realidade político-econômica do país, não são plenamente efetivados pelo Estado Brasileiro, o que tem levado muitos a procurar no Poder Judiciário sua concretização.

Em relação ao direito à saúde, especialmente enquanto direito ao fornecimento de medicamentos, o grande número de demandas judiciais tem despertado a preocupação da mídia<sup>1</sup> e de alguns doutrinadores<sup>2</sup> que, em seus artigos, ao mesmo tempo que mostram a falta de medicamentos nas farmácias da rede pública, relatam os gastos elevados do Poder Executivo com a saúde, especialmente devido às decisões dos Tribunais.

É sabido que a administração pública não têm recursos financeiros suficientes para atender toda a demanda por medicamentos que a população necessita. Assim, o grande número de liminares deferindo medicamentos nos leva a pensar se as decisões judiciais, ao invés de solucionar controvérsias, não está ampliando o problema.

---

<sup>1</sup> Exemplo dessas reportagens é a noticiada no jornal Zero Hora de 21 de março de 2004, pg. 38 e 39, cujas manchetes "Remédios raros consomem 25% da verba da Saúde" e "A farmácia chamada Judiciário" expõem bem a polêmica do tema em questão.

<sup>2</sup> Temos como exemplo o artigo da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães Tavares, intitulado "O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado", publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, n.55, ano 2002, pg. 101. Também a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessier, em artigo intitulado "O Juiz e a Tutela Jurisdicional Sanitária", expõe a tendência dos precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de determinar o fornecimento de medicamentos, sem fazer qualquer consideração com a manutenção e sustentabilidade do sistema do SUS, deferindo inclusive a compra de medicamentos experimentais no exterior, em detrimento do prestígio e unidade do sistema.

Ao falarmos em direito à saúde estamos nos referindo a uma conceito muito amplo, que abarca uma série de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Identificamos entre as ações e serviços de recuperação da saúde o acesso da população a medicamentos, o qual é o objeto do presente trabalho.

Parte crescente da doutrina tem questionado o empenho do Poder Executivo em cumprir o art. 196 da Constituição Federal e sugerido que se busque no Poder Judiciário a garantia desse direito. Assim, fala-se que o dever do Estado de fornecer medicamentos é uma questão de "justiça social". Já o Poder Executivo, por sua vez, alega que os medicamentos são bens escassos, que não possui recursos suficientes para atender a todas as necessidades dos cidadãos e que, portanto, precisam ser distribuídos de acordo com o critério adotado pelas políticas públicas.

Nosso objetivo neste estudo é, a partir da Teoria da Justiça Aristotélica, examinar como as espécies de justiça se relacionam com o direito ao fornecimento de medicamentos.

Estudamos o direito ao fornecimento de medicamentos a partir da análise da jurisprudência selecionada, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, dividimos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo examinaremos a Teoria da Justiça de Aristóteles e as três espécies por ele identificadas: Justiça Corretiva, Justiça Distributiva e Justiça Geral. No segundo capítulo estudaremos o Fornecimento de Medicamentos, analisando a legislação, a competência federativa e a intervenção judicial. No terceiro capítulo, buscaremos, por meio da aplicação dos conceitos estudados no primeiro capítulo, identificar qual espécie de justiça melhor se relaciona com direito ao fornecimento de medicamentos.

A metodologia adotada consiste na análise seletiva de legislação e jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos. Nosso objetivo é traçar o panorama do tema abordado, podendo servir de base para estudos mais aprofundados.

## **1 A TEORIA DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA**

Aristóteles dedicou o Livro V da *Ética* a Nicômacos ao estudo da Justiça, se propondo a responder basicamente três perguntas: quais as espécies de ação com as quais ela se relaciona, que espécie de meio termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é meio termo?<sup>3</sup>

No presente trabalho, nos deteremos ao estudo da primeira pergunta: Quais as espécies de ação com as quais a justiça se relaciona?

---

<sup>3</sup> ARISTÓTELS. *Ética* a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 91.

Aristóteles parte seu estudo de uma definição preliminar do gênero Justiça: "a justiça é a disposição da alma graças à qual elas se dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo"<sup>4</sup>.

Mas constata que os termos justiça e injustiça são ambíguos e identifica três sentidos para que uma pessoa ser considerada injusta: pessoa que infringe a lei, pessoa ambiciosa e pessoa iníqua<sup>5</sup>. Definindo o justo, então, como: "aquilo que é conforme à lei e correto"<sup>6</sup>.

O justo conforme à lei corresponde à Justiça em sentido amplo, a chamada justiça geral. Já o justo, enquanto correto, corresponde à Justiça em sentido estrito, chamada justiça particular<sup>7</sup>.

Explicando melhor o conceito de justiça particular<sup>8</sup>, diz Aristóteles que:

"A justiça é a qualidade que nos permite dizer que uma pessoa está predisposta a fazer, por sua própria escolha, aquilo que é justo, e, quando se trata de repartir alguma coisa entre si mesma e outra pessoa, ou entre duas outras pessoas, está disposta a não dar demais a si mesma e muito pouco à outra pessoa daquilo que é desejável, e muito pouco a si mesma e demais à outra pessoa do que é nocivo, e sim dar a cada pessoa o que é proporcionalmente igual, agindo de maneira idêntica em relação a duas outras pessoas."<sup>9</sup>

Ao estudar a Justiça em sentido estrito, Aristóteles identificou duas subespécies: a justiça com função de distribuição de bens e a com função de correção nas relações entre os

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 91.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 92.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 92.

<sup>7</sup> "É evidente, portanto, que além da injustiça em sentido amplo há outra espécie de injustiça em sentido estrito, que tem o mesmo nome e a mesma natureza da primeira, da qual ela é uma parte, porque sua definição se enquadra no mesmo gênero; ambas as espécies de injustiça se manifestam na convivência entre as pessoas, mas uma se relaciona com a honra, ou com o dinheiro, ou com a segurança (ou seja qual for o nome, se pudermos empregá-lo para englobar todas estas coisas) e sua motivação é o prazer decorrente do ganho, enquanto a outra se relaciona com tudo que está na esfera de ação do homem bom." ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 94

<sup>8</sup> Tomás de Aquino também que há uma espécie de justiça que cuida do bem comum e outra do bem particular: "Como se disse, a justiça não é essencialmente idêntica às outras virtudes. Por isso, além da justiça legal, que ordena o homem imediatamente ao bem comum, é necessário que exista outra que o ordene imediatamente ao bem particular. E pode tal virtude ordená-lo ao bem próprio, ou ao bem de outrem considerado como particular." S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 28.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.101.

cidadãos. Esta última, ainda, se subdivide em duas: a função corretiva nas relações voluntárias e a função corretiva nas relações involuntárias.<sup>10</sup>

Assim, Aristóteles subdividiu o gênero justiça em três espécies: a justiça geral, a justiça distributiva e a justiça corretiva.<sup>11</sup>

## 1.1 A JUSTIÇA GERAL

Trata-se da justiça em sentido amplo. Foi identificada por Aristóteles como: "a forma perfeita de excelência moral"<sup>12</sup>. Como virtude completa, consiste na atitude de cumprir voluntariamente tudo o que a lei e os costumes exigem, denotando uma integridade abrangente.

Parte do pressuposto de que a lei tem por objetivo estabelecer as ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem. Assim, o cidadão justo é o que pratica atos de acordo com a lei, preservando a ordem que beneficia a todos que estão inseridos naquela comunidade<sup>13</sup>. Como as leis buscam o bem comum, a Justiça Geral é praticada em relação ao próximo.<sup>14</sup>

Como diz Aristóteles, a justiça e a injustiça estão consubstanciadas na lei, e existem entre pessoas cujas relações são naturalmente regidas pela lei, ou seja, pessoas que alternadamente participam do governo e são governadas.<sup>15</sup> Assim, essa espécie de justiça ao seguir a lei, obedece a uma norma que é dirigida a todos e para o bem da comunidade. Trata-se da relação do cidadão com o todo, ou seja, ao seguir o ditame da lei, pratica os atos convencionados pelo legislador de maneira a beneficiar a comunidade em que está inserido.

Tomás de Aquino denominou essa espécie de Justiça de "Justiça Legal", por ser próprio da lei ordenar os atos do homem ao bem ao bem comum.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> ARISTÓTELS. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 95.

<sup>11</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. *Justiça Geral: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista Jurídica Virtual, número 48.

<sup>12</sup> ARISTÓTELS. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 93.

<sup>13</sup> ARISTÓTELS. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 92 e 93.

<sup>14</sup> "Pela mesma razão considera-se a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o 'bem dos outros', de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade." ARISTÓTELS. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 93.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.103.

<sup>16</sup> S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 25.

## 1.2 A Justiça Distributiva

Refere-se a uma relação entre um público, o Estado, e um privado, o cidadão, sendo que a justiça do ato manifesta-se na ação do governante em direção ao governado. Temos uma relação de subordinação entre aquele que distribui o bem e aquele ou aqueles que receberão sua parte no bem. Essa relação rege-se por uma igualdade proporcional. A distribuição será justa se cada um receber aquilo que lhe é devido, segundo o critério de distribuição que for adotado pela comunidade política: a cada um segundo seu mérito, no caso de Aristóteles.<sup>17</sup>

O Princípio da justiça distributiva é uma espécie de proporção geométrica na distribuição de quinhões a pessoas.<sup>18</sup> A proporção é uma igualdade de razões que envolve, no mínimo, quatro elementos. A distribuição consiste na conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, sendo que o justo será o meio termo entre dois extremos desproporcionais.<sup>19</sup>

Assim, a tarefa da Justiça Distributiva é dividir um bem entre duas pessoas, proporcionalmente ao mérito de cada uma. Para Aristóteles, as pessoas concordam que a divisão de respeitar o mérito em certo sentido, embora discordem quanto à espécie de mérito a ser adotada.<sup>20</sup>

Tomás de Aquino identifica a justiça distributiva como a relação do todo com uma das suas partes na distribuição proporcional dos bens comuns.<sup>21</sup> Entende o filósofo que, na Justiça Distributiva, a distribuição não se baseia no valor objetivo do bem e sim na relação proporcional existente entre esse bem e as pessoas.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> "Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo 'de acordo com o mérito de cada uma'; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência." ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

<sup>18</sup> "A solução do direito se inscreve na forma de uma equação que manifesta a igualdade, não dos bens distribuídos, mas de duas relações estabelecidas entre pessoas e funções." VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martínez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 77. (Coleção justiça e direito)

<sup>19</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

<sup>21</sup> Ainda, Tomás de Aquino diferencia da seguinte forma a Justiça Legal da Justiça Distributiva: "(...) à justiça legal cabe ordenar aquelas coisas que se referem às pessoas particulares, mas visando o bem comum; em compensação o ordenar o bem comum às pessoas particulares, através da distribuição, é o que constitui a justiça distributiva." S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 65

<sup>22</sup> S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

### 1.3 A JUSTIÇA CORRETIVA

Espécie da justiça particular, a justiça corretiva trata das relações entre dois particulares, visa restabelecer o equilíbrio<sup>23</sup> nas relações privadas voluntárias ou involuntárias.

Nas relações privadas voluntárias, temos a justiça da troca. É a justiça competente para as operações comerciais ou de direito civil como a compra e venda. Nas relações privadas involuntárias, temos a justiça compensatória ou corretiva que regulamenta, por exemplo, o direito penal.<sup>24</sup>

A justiça corretiva é uma espécie de igualdade conforme à proporção aritmética<sup>25</sup>. Assim, quando alguém tiver mais do que lhe é devido, deve restituir o excesso ao seu dono. Como diz Tomás de Aquino, "a igualdade existe entre objecto e objecto"<sup>26</sup>.

Como salienta Aristóteles, é irrelevante as virtudes da pessoa que lesa e as virtudes da pessoa que sofre a lesão; as partes serão tratadas igualmente, e caberá ao juiz restabelecer a igualdade subtraindo do ofensor o excesso que ganhou para restituir ao ofendido.<sup>27</sup>

A justiça corretiva, portanto, será o meio termo entre perda e ganho.<sup>28</sup> A igualdade será atingida quando as pessoas saírem nem com mais nem com menos do que tinham, mas com aquilo que já tinham.<sup>29</sup>

## 2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A partir do estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destacamos os principais pontos analisados pelos acórdãos que têm condenado o Estado e os Municípios ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos.

---

<sup>23</sup> Michel Villey acredita que o discurso jurídico tende a exprimir uma proporção, nas distribuições, e uma equivalência, nas trocas. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martínez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 80. (Coleção justiça e direito)

<sup>24</sup> HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2003, pg. 25.

<sup>25</sup> Tomás de Aquino assim explicou a proporção aritmética: "(...), em aritmética cinco está no meio de quatro e seis, porque excede quatro num, e é excedido num por seis." S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

<sup>26</sup> S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.97.

<sup>28</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.98.

<sup>29</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.98.

## 2.1 BASE NORMATIVA

O Constituinte, ao tratar do direito à saúde no Título VIII – Da Ordem Social –, colocou a saúde, a previdência social e a assistência social dentro do conceito de seguridade social, a qual é regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.

O direito à saúde e a forma de sua prestação é definida a partir do art. 196. A Seção II – Da Saúde, inicia-se com um artigo declaratório de direitos (art. 196) e fixa, desde logo, as diretrizes gerais das ações e serviços de saúde (arts. 197/98). Finalizando, dispõe sobre a participação da sociedade, complementarmente às providências estatais (art. 199) e sobre a unicidade do sistema de saúde (art. 200).

A saúde é concebida como direito de todos (coloca no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo) e dever do Estado (coloca o Poder Público no pólo passivo da relação jurídica, sendo o responsável pelas ações e serviços de saúde), garantido mediante políticas sociais e econômicas<sup>30</sup>, visando à redução do risco de doença e outros agravos, regida pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que promovem, protegem e recuperam.<sup>31</sup>

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada e constituindo um sistema único. O financiamento do Sistema Único de Saúde será feito, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O art. 200 da Constituição Federal<sup>32</sup>, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde - SUS, foi regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90<sup>33</sup> e 8.142/90.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, "A dicção ambígua do art. 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas – produziu vasta discussão jurisprudencial." BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 7ª ed., pg. 110.

<sup>31</sup> Assim diz a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 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."

<sup>32</sup> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

O SUS consiste no 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, incluídas 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 saúde.<sup>35</sup>

A Lei 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Em seu art. 6º, inciso I, alínea "d", inclui em seu campo de atuação a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

A direção do SUS, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 9º da Lei 8080/90, é única, embora organizada de forma descentralizada em cada esfera de governo, sendo exercida em âmbito nacional pelo Ministério da Saúde; em âmbito estadual e no Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente e, no âmbito municipal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Desde sua criação, a Lei 8080/90 já foi objeto de vasta normatização por parte do Poder Executivo<sup>36</sup>. As mais importantes, hoje, são a Norma Operacional Básica - NOB-SUS 01/96 e a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2001.

---

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

<sup>33</sup> A Lei 8.080/90 conceitua o dever do Estado de garantir a saúde, consistindo o mesmo 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.

<sup>34</sup> A Lei 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

<sup>35</sup> Do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemo-centros (bancos de sangue), além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brazil. Por meio do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS, sejam públicas (da esfera municipal, estadual e federal), ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde.

<sup>36</sup> No âmbito federal, foram editadas normas que tratam da regulamentação do setor farmacêutico, normas que tratam do controle do uso de medicamentos e normas que determinam o fornecimento de determinados medicamentos a população. Esses instrumentos normativos indicam as políticas públicas adotadas pelo Governo e que buscam o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis. Com relação às normas gerais que tratam de políticas no setor farmacêutico, a Lei 10.742, de 6 de outubro de 2003, regulamentou o setor visando estimular a oferta de medicamentos e a competitividade do setor, e a Lei 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, estabeleceu o medicamento genérico. Em relação ao controle do uso de medicamentos, a Lei 10.651, de 16 de abril de 2003, determina que o uso da talidomida está sujeito ao controle e fiscalização da autoridade sanitária federal, proibindo a venda em farmácias comerciais. Quanto ao fornecimento de medicamentos, a Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, tornou obrigatória a entrega gratuita dos medicamentos para o combate à AIDS.



A Norma Operacional Básica - NOB-SUS 01/96 - estabelece duas condições de gestão municipal (Plena da Atenção Básica - GPAB e Plena do Sistema Municipal - GPMS) e duas condições para a gestão estadual (Avançada do Sistema Estadual - GASM e Plena do Sistema Estadual - GPMS). Para o Ministério da Saúde, estabelece quatro papéis básicos: a) exercer a gestão do SUS, no âmbito nacional; b) promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais de modo a conformar o SUS Estadual; c) fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais compondo, assim, o SUS Nacional; e d) exercer as funções de normalizações e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS.

A Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2001, por meio da Portaria Ministerial n.º 95, de 26 de janeiro de 2001, ampliou as responsabilidades dos municípios na atenção básica, definindo o processo de regionalização da assistência, criando mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e atualizando os critérios de habilitação de estados e municípios. A idéia é que o Município possa assumir e atuar como base da Federação, em lógica subsidiária.<sup>37</sup>

Já a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabeleceu um capítulo para a saúde e o saneamento básico. O art. 241 coloca o Município, juntamente com o Estado, na posição de responsável pela garantia do direito à saúde de todos. O art. 243 enumera as atribuições inerentes ao SUS no Estado, o art. 245 trata da transferência de recursos para os Municípios e o art. 246 estabelece que o Estado conceda estímulos às pessoas doadoras de órgãos passíveis de transplantes quando de sua morte, na forma da lei.<sup>38</sup>

Cumprir referir que o Estado do Rio Grande do Sul dispõe de grande quantidade de normas reguladoras das políticas públicas ligadas à proteção e recuperação da política da população. Aqui, apresentamos as que mais se relacionam com o tema do presente trabalho.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Para maior aprofundamento, ver o item 2.2 do Capítulo II.

<sup>38</sup> O artigo 246 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul foi regulamentado pela Lei Estadual 8.750, de 12 de dezembro de 1988, a qual estabelece que os doadores receberão Certificado de Reconhecimento Público, prioridade de atendimento junto às unidades sanitárias, ambulatoriais ou hospitalares, bem como prioridade nos programas sociais estaduais que beneficiem a saúde. Ainda, nos termos do art. 7º da Lei, quando de sua morte, caso os órgãos sejam utilizados para transplante, o Estado custeará as despesas adicionais de hospitalização e serviços funerários, decorrentes da doação.

<sup>39</sup> Os demais Estados da Federação também possuem leis que determinam fornecimento de medicamentos para tratamento de determinadas doenças, evidenciando as escolhas políticas feitas por seus governantes. A título de exemplificação, o Estado do Paraná editou a Lei 12.704, de 22 de novembro de 1999, que determina o tratamento dos casos de hipotireoidismo congênito e de fenilcetonúria; a Lei 12.979, de 24 de novembro de 2000, que autoriza o fornecimento de medicamentos adequados ao tratamento de Fibrose Cística; a Lei 13.380, de 12 de dezembro de 2001, que assegura a distribuição gratuita de medicamentos e insumos destinados ao tratamento e controle de diabetes. O Estado de Santa Catarina, também, disciplinou por meio da Lei 12.138, de 05 de abril de 2002, a atenção integral à saúde dos portadores de diabetes e, por meio da Lei 11.392, de 03 de maio de 2000, instituiu a política estadual de prevenção e controle às doenças sexualmente transmissíveis, incluindo a AIDS.

A Lei 9.908, de 16 de junho de 1993, comprometeu o Estado do Rio Grande do Sul de forma ampla com o fornecimento de medicamentos. O art. 1º determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais (aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente) para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos sem se privarem dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Para fazer jus ao benefício basta comprovar a necessidade do uso do medicamento mediante atestado médico e juntar documentos que comprovem seus rendimentos e encargos, de forma a caracterizar sua condição de pobre.

Ainda, o Estado do Rio Grande do Sul se compromete, por meio da Lei 11.267, de 18 de dezembro de 1998, a distribuir medicamentos para o tratamento da toxoplasmose à população comprovadamente carente. No entanto, os requisitos para o recebimento dos medicamentos são regulados pela Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente.

O Decreto 39.860, de 08 de dezembro de 1999, considerando que a anemia falciforme atinge parcela importante da população afrodescendente, institui a Política Estadual de Controle à Anemia Falciforme e outras Hemoglobinopatias, com o objetivo de oferecer assistência médica e psicossocial, medicamentos e imunobiológicos aos portadores da doença.

O tratamento e prevenção do vitiligo e psoríase é tratado pela Lei 10.006, de 08 de dezembro de 1993, a qual determina que seja facilitado o acesso aos recursos farmacológicos universais, por meio de importação direta ou conveniada desses medicamentos.

E ainda, temos a Lei 10.940, de 18 de março de 1997, que determina o fornecimento do óleo de Lorenzo aos portadores de Adrenoleucodistrofia ligada ao cromossomo "X", devendo o Estado manter cadastro e controle dos pacientes interessados e diagnosticados.

Além dessa vasta legislação sobre fornecimento de medicamentos, o Estado dispõe de normas que buscam melhorar o acesso da população aos medicamentos por meio da instituição de uma Cesta Básica como dispõe a Lei 10.278, de 04 de outubro de 1994; e de normas que se preocupam com o controle de validade dos medicamentos como a Lei 10.684, de 4 de janeiro de 1996, e a Lei 11.718, de 3 de janeiro de 2002, que determina que o Poder Executivo Estadual disponibilize aos municípios os medicamentos que estão em estoque nos hospitais públicos estaduais antes do vencimento da validade.

Outrossim, para exemplificarmos o tratamento dado pelos municípios ao fornecimento de medicamentos e atendimento médico, lembramos que o Município de Porto Alegre possui o Código Municipal de Saúde - Lei Complementar no. 395, de 24 de abril de 1997, - o qual tem por objetivo normatizar, em caráter supletivo à legislação estadual e federal pertinente, os direitos e obrigações que se relacionam com a saúde individual e coletiva; dispor sobre o Sistema Municipal de Vigilância à saúde e aprovar normas sobre promoção, proteção e recuperação da saúde pública no município.

Por fim, decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm utilizado como fundamentação, no que toca aos direitos atinentes à criança e ao adolescente, o artigo 227 da Constituição Federal e os artigos 4º, 11, 201, inciso V, e 213 do Estatuto da Criança

e do Adolescente. O art. 227, caput, da Constituição de 1988, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, dentre outros direitos.<sup>40</sup>

## **2.2 Responsabilidade dos Entes da Federação**

A competência comum<sup>41</sup> dos Entes da Federação para cuidar da saúde é ditada pelo art. 23, II, da Constituição Federal. Logo, a União, os Estados e o Município são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo<sup>42</sup>, sendo, pois, legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja no âmbito municipal, estadual ou federal), do fornecimento de medicamentos.

A responsabilidade conjunta e solidária entre a União, Estado e Município pelo fornecimento de medicamentos está consagrada pela jurisprudência de nossos tribunais.<sup>43</sup>

O Sistema Único de Saúde descentralizou os serviços e conjugou os recursos financeiros da União, Estados e Municípios, com o objetivo de aumentar a capacidade de resolução dos serviços, bem como a universalização do acesso aos serviços de saúde. Assim, estabeleceu a obrigação solidária entre os entes.

Embora União, Estado e Município sejam co-responsáveis pela prestação de medicamentos à população, já se decidiu que devem os mesmos ser considerados

---

<sup>40</sup> Nesse sentido: REEXAME NECESSÁRIO N.º 70010451177, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, de 16/03/2005; APELAÇÃO CÍVEL N.º 70010567311, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, de 10/03/2005; APELAÇÃO CÍVEL N.º 70009874017, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Rui Portanova, de 02/12/2004; APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO N.º 70010051662, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, de 24/11/2004; AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 70008260572, Terceira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, de 01/07/2004; AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 70007833353, Segunda Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, Julgado Em 31/03/2004, entre outros..

<sup>41</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 116.

<sup>42</sup> Para um aprofundamento maior sobre o tema da competência concorrente dos Entes da Federação no fornecimento de medicamentos sugerimos a leitura do artigo de Florença Dumont Oliveira, intitulado "Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos". O Texto pode ser extraído no endereço eletrônico: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4473>.

<sup>43</sup> Recurso Extraordinário N. 195.192-3/RS, STF, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 22 de fevereiro de 2002. Recurso Especial N 507.205-PR, STJ, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 07 de outubro de 2003. Agravo de Instrumento no. 2003.04.01.020504-4/RS, Relator Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, TRF4, acórdão publicado no DJU de 29/10/03. Mandado de Segurança no. 137.170-6, Relator Juiz A Renato Strapasson, TJ/PR, Agravo de Instrumento no. 2002.026497-6, Relator Des. Newton Janke, TJ/SC. Apelação Cível no. 70001002732, Relator Des. Genaro Jose Baroni Borges, TJ/RS. Entre outros.

litisconsortes facultativos e unitários, sendo desnecessária a citação de todos os interessados para figurarem na demanda.<sup>44</sup>

Na apelação cível no. 70005572904, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator Desembargador João Carlos Branco Cardoso assim se pronunciou quanto a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos:

"Estabelece o art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal, que o Sistema Único de Saúde será firmado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes. A Lei no. 8.080/90 disciplina o Sistema Único de Saúde, atribuindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a prestação dos serviços de saúde à população, pelo que pode o cidadão optar por aquele que pretende venha a prestar assistência à sua saúde."

No entanto, nesse ponto cabe uma breve crítica: a lógica adotada pela Constituição Federal, ao colocar o direito à saúde tanto na competência comum do art. 23, quanto na competência exclusiva dos Municípios, do art. 30, deve ser a do princípio da subsidiariedade, inerente que é à democracia e à federação. Ora, se a democracia é o regime da máxima liberdade, é necessário valorizar os critérios que aproximam, o mais possível, a tomada de decisão dos seus destinatários. Tanto quanto possível, convém, inclusive, deixar com esses próprios a decisão.

Da mesma forma ocorre - ou deve ocorrer - em uma federação. Na medida em que os entes menores (e, portanto, as comunidades locais) puderem decidir e desempenhar - bem - uma tarefa, é a eles que deve ser confiada tal tarefa. Os entes maiores somente interferem na medida em que os entes menores (e, portanto, as comunidades locais) não tiverem condições de tocar uma determinada tarefa. A NOB-SUS 01/96 visa, justamente, que a saúde organize-se desta forma no Brasil. Demonstra-o a busca, tanto quanto possível, de municipalização dos serviços de saúde. Nos grandes centros, a municipalização da saúde encontra-se, no geral, em estágio avançado. Nos menores, a participação estadual - e, até mesmo, federal - é maior.

### **2.3 A INTERVENÇÃO JUDICIAL**

Apesar da previsão constitucional e da legislação existente, o cidadão encontra dificuldade para ter acesso aos serviços públicos, os quais são prestados em condições precárias e insuficientes. Assim tem sido com o fornecimento de medicamentos, as farmácias do SUS não dispõem da quantidade necessária para atender toda a demanda a contendo,

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, APELAÇÃO CÍVEL N.º 70009772328, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, de 04/11/2004. No entanto, cabe ressaltar a posição do TRF da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.076578-9/RS, de relatoria da Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, julgado em 10 de junho de 2003, em que se reconheceu a condição de litisconsorte passivo necessário do Município em razão de sua condição de gestor do Sistema Único de Saúde.

levando muitas pessoas a procurarem o Poder Judiciário. Os medicamentos procurados nem sempre estão em falta no SUS, há vezes em que os medicamentos não são fornecidos pela rede pública porque seus preços são muito elevados, ainda não foram aprovados pelo Ministério da Saúde, estão em fase experimental, ou a Administração Pública não dispõe o medicamento do laboratório de preferência do paciente e seu médico.

Neste ponto, vale referir os argumentos lançados de parte a parte.

Da parte dos requerentes. Os requerentes argumentam, em síntese, que a norma constitucional não faz depender sua eficácia e sua positivação à existência de recursos, à implementação de programas ou à edição de lei infraconstitucional. Assegura por si só o direito subjetivo ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua proteção e recuperação. Ademais, o direito à saúde e à assistência aos desamparados, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, é direito fundamental no sentido formal e material, de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo dada ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais.

Da parte do Poder Público. Contra o deferimento dos pedidos, alega-se, em resumo, que as normas constitucionais que dispõem sobre o direito à saúde são programáticas, de eficácia limitada, não podendo embasar direito subjetivo. Além disso, sustenta-se que não pode o Poder Judiciário se imiscuir na tarefa do poder Executivo, impondo a destinação de recursos a situações individualizadas e abandonando os planos e metas administrativas traçados pelo Estado.

O Poder Judiciário tem entendido que é dever do Poder Executivo disponibilizar os medicamentos necessários à saúde de seus cidadãos.<sup>45</sup>

A comparação da jurisprudência selecionada demonstra que os julgados seguem a mesma linha: sendo deferidas as antecipações de tutela contra a Fazenda Pública, colocando-se o direito à saúde como direito absoluto e superior à qualquer outra norma constitucional ou infraconstitucional, sendo dever do Poder Público disponibilizar os medicamentos necessários à saúde de seus cidadãos, dispensado requerimento administrativo prévio.<sup>46</sup>

Em razão da Lei 9.908/93, a situação do Rio Grande do Sul se diferencia da dos demais Entes da Federal, uma vez que obrigou o Estado ao fornecimento gratuito de

---

<sup>45</sup> Decisões nesse sentido: Apelação Cível no. 1998.04.01.076133-3/SC, Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, TRF4; Apelação Cível e Reexame Necessário no. 1222739-2, Relator Des. Ulysses Lopes, TJ/PR; Mandado de Segurança no. 2003.001032-7, Relator Des. Anselmo Cerello, TJ/SC; Apelação Cível no. 70002650133, 4ª Câmara Cível, Relator Des. João Carlos Branco Cardoso, TJ/RS.

<sup>46</sup> Nesse sentido: Apelação Cível no. 1998.04.01.076133-3/SC, Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, TRF4; Apelação Cível e Reexame Necessário no. 1222739-2, Relator Des. Ulysses Lopes, TJ/PR; Mandado de Segurança no. 2003.001032-7, Relator Des. Anselmo Cerello, TJ/SC; Apelação Cível no. 70002650133, 4ª Câmara Cível, Relator Des. João Carlos Branco Cardoso, TJ/RS.

medicamentos aos necessitados.<sup>47</sup> A Jurisprudência desse Tribunal<sup>48</sup> já está consolidada nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEI NO. 9.908/93. O direito à saúde é exercido pelo acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado. Hipótese em que o Estado do Rio Grande do Sul se obrigou legalmente a fornecer medicamentos gratuitos para os necessitados. Lei no. 9.908/93. Recurso desprovido. (Apelação e Reexame Necessário n. 70002274090, 2ª Câmara Cível, Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, TJ/RS)"

O Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup> vêm confirmando as decisões dos tribunais inferiores.

O STJ, no Recurso em Mandado de Segurança n. 11.183/PR, decidiu pelo provimento do recurso, entendendo que nenhuma regra de hermenêutica (como a discussão se os direitos sociais são normas programáticas ou de eficácia imediata) pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido no art. 196 da Constituição. Entende que "é imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida".<sup>51</sup>

O STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário N. 271.281-8/RS, reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo público assegurado a todos, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressalta que "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente", impondo aos Entes Federados um dever de prestação positiva. Conclui que; "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de

<sup>47</sup> Na AC n. 70010271765 do TJ/RS, de 29 de dezembro de 2004, o Des. Araken de Assis deixa claro que o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e Município exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente, provendo o apelo do Estado para julgar improcedente a ação e revogar a antecipação de tutela concedida sob a fundamentação de que o autor não provou a necessidade e excepcionalidade dos medicamentos solicitados.

<sup>48</sup> Entre outras: Apelação E Reexame Necessário N.º 70010212793, Primeira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, de 23/03/2005; Apelação E Reexame Necessário N.º 70009573296, Vigésima Segunda Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Rejane Maria Dias De Castro Bins, de 17/02/2005; Agravo De Instrumento N.º 70009695388, Quarta Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Araken De Assis, de 27/10/2004; Apelação Cível N.º 70006939813, Vigésima Primeira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, de 22/10/2003.

<sup>49</sup> Recurso Especial N. 325.337-RJ, Recurso Especial N. 507.205-PR, Recurso Ordinário em MS N. 13.452-MG, Recurso Especial N. 212.346-RJ.

<sup>50</sup> Recurso Extraordinário N. 255.086-8/RS, Recurso Extraordinário N. 261.268-5/RS, Recurso Extraordinário N. 195.192-3/RS, Recurso Extraordinário N. 226.835-6/RS, Agr. No Recurso Extraordinário N. 255.627-1/RS.

<sup>51</sup> *Leading Case*: Recurso em Mandado de Segurança N. 11.183/PR, Relator Ministro José Delgado, julgado em 04 de setembro de 2000.

relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)<sup>52</sup>, legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.<sup>52</sup>

### **3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A TEORIA DA JUSTIÇA**

As decisões judiciais que deferem o fornecimento de medicamentos estão buscando aplicar a justiça ao caso concreto. No entanto, o Estado não tem recursos suficientes para fornecer todos os medicamentos que a população necessita. Assim, as decisões agravam a situação da Administração Pública, pois apesar de receber a ordem judicial para fornecer o medicamento, não tem seu orçamento ajustado à demanda. Diante desta realidade, é possível que o Judiciário, ao invés de fazer justiça, esteja criando mais injustiças, pois uns receberão muito, enquanto outros receberão pouco ou nada.

Objetivando encontrar a teoria da justiça que melhor se aplique ao fornecimento de medicamentos, passamos à seguinte análise:

#### **3.1 MEDICAMENTOS E JUSTIÇA CORRETIVA**

Como já dito no primeiro capítulo, a Justiça Corretiva aplica-se às relações entre dois privados para restabelecer a igualdade entre eles.

Segundo Luís Fernando Barzotto, é o juiz quem tentará restabelecer a igualdade, concedendo algo à vítima e tirando alguma coisa do agressor.<sup>53</sup>

No caso do fornecimento de medicamentos, a Justiça Corretiva só se aplicaria se entendêssemos fornecimento de medicamentos como uma espécie de política de ação afirmativa, em que estaríamos dando medicamentos àqueles que não podem adquiri-los em razão de uma discriminação sofrida no passado, como forma de compensá-los. Claramente, não foi essa a intenção da Constituição Federal ao reconhecer o direito à saúde como um direito de todos, não de alguns, e em razão da dignidade humana, e não de uma discriminação passada.

A dúvida, então, está entre a Justiça Distributiva (por tratar da relação do Estado com o particular na distribuição de bens escassos) e a Justiça Geral (por reconhecer a todos a mesma coisa, como o fez o artigo 196 da Constituição de 1988).

---

<sup>52</sup> Agravo Regimental em Recurso Extraordinário N. 271.286-8/RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000.

<sup>53</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48, página 02.

### 3.2 MEDICAMENTOS E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Para Luís Fernando Barzotto, a Justiça Distributiva é a justiça que se exerce nas distribuições de tudo aquilo que pode ser repartido entre os membros da comunidade, a partir de uma qualidade pessoal do destinatário do bem, apreciável segundo o regime adotado pela comunidade.<sup>54</sup> Nesse sentido, não caberia a aplicação desse tipo de Justiça aos casos ligados ao direito à saúde, porque não há nenhuma qualidade pessoal do cidadão a ser apreciável. Como já dito, o direito à saúde é devido a todos, em razão da dignidade da pessoa humana. Assim, também não há nenhum critério possível de distribuição. Como dizer que um cidadão merece mais saúde que outro, se todos merecem igualmente em razão de sua condição humana? Ou, como julgar as necessidades de cada um?

Michael Walzer, no livro "Esferas da Justiça", também parte do pressuposto de que existe uma multiplicidade de métodos, agentes e critérios de distribuição.<sup>55</sup> Conclui que: "o que precisamos, para explicar e limitar o pluralismo das possibilidades distributivas, é de uma teoria dos bens"<sup>56</sup>, e identifica três princípios distributivos: livre intercâmbio, mérito e necessidade.<sup>57</sup> Walzer adverte que: "Ninguém tem necessidades, porém idéias sobre as necessidades; são prioridades graus de necessidade; e essas prioridades e esses graus têm relação não só com a natureza humana, mas também com a história e a cultura."<sup>58</sup> Conclui que a necessidade, por isso, é um princípio distributivo sujeito a limitação política.<sup>59</sup>

Como se viu no segundo capítulo, a jurisprudência de nossos tribunais tende a ignorar a questão orçamentária, presumindo a existência de recursos suficientes para atender a todos, nos termos do artigo 196 da Constituição, o que indicaria aplicação da Justiça Geral.

<sup>54</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

<sup>55</sup> "Quero defender mais do que isso: que os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural". WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 5.

<sup>56</sup> Resume sua teoria em seis proposições: 1. Todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais; 2. Homens e mulheres assumem identidades concretas devido ao modo como concebem e criam, e depois possuem e empregam os bens sociais; 3. Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mundos morais e materiais; 4. É o significado dos bens que define sua movimentação; 5. Os significados sociais são históricos em caráter, mudando com o tempo; 6. Quando os significados são diferentes, as distribuições devem ser autônomas. WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 6 a 11.

<sup>57</sup> WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 25.

<sup>58</sup> WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 88.

<sup>59</sup> WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 89



No entanto, o que tem ocorrido é uma distribuição, por parte do juiz, dos recursos de saúde disponíveis, seguindo o critério da necessidade.<sup>60</sup>

Gustavo Amaral, no livro "Direito, Escassez e Escolha", explica essa posição de nossas cortes por meio do conceito de microjustiça e macrojustiça.<sup>61</sup> Ou seja, analisando o caso concreto, individualmente, sempre haverá recursos suficientes, seja qual for o tratamento necessário. No entanto, estas decisões produzem efeitos reflexos, na medida em que todos que se encontram na mesma situação também teriam que ser atendidos, o que aumentaria drasticamente o orçamento da saúde.<sup>62</sup>

O autor estuda as decisões judiciais sobre direito à saúde com ênfase à escassez de recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas: quanto disponibilizar e a quem atender. Admite que essas escolhas são trágicas, na medida em que alocar recursos para determinada prestação na área de saúde significa negar recursos para outras, ou seja, salvar a vida de um pode significar decretar a morte de vários.<sup>63</sup> Por essa razão, entende que os critérios de alocação são objeto de estudo da Justiça Distributiva, restando saber se há um critério pré-positivo de alocação, ou se comportam opções políticas intercambiáveis.<sup>64</sup> Após sintetizar as teorias de John Rawls, Robert Nozick, Michael Walzer<sup>65</sup>, Jon Elster e Cass Sunstein, conclui pela impossibilidade de um critério único para a tomada das decisões alocativas<sup>66</sup>, sendo, portanto, decisões eminentemente políticas, tomadas pelo Poder Legislativo.

---

<sup>60</sup> "Muito ao revés, tais decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma tradicional ação de distribuição de renda no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável. Note-se que no caso do mínimo existencial, diferentemente, há sim uma decisão política fundamental – constitucional -, pela qual toda a sociedade se comprometeu a custeá-la para assegurar a dignidade de todos os homens." BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 276.

<sup>61</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 38.

<sup>62</sup> "Nesses casos de conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça temos um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional." AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 175

<sup>63</sup> "As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte." AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 147.

<sup>64</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 151.

<sup>65</sup> WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes.

<sup>66</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 171.

### 3.3 MEDICAMENTOS E JUSTIÇA GERAL

Segundo Luís Fernando Barzotto, a Justiça Geral se orienta pela idéia de legalidade, sendo justo o ato exercido em conformidade com a lei.<sup>67</sup> Ao pautarmos nossas ações pelos ditames legais, garantimos o mesmo a todos.

A Constituição Federal estabeleceu um tratamento igualitário a todos os cidadãos no que se refere ao direito à saúde, ao dizer que é direito de todos e dever do Estado. É devido a todos sem distinção, sem analisar qualquer atributo subjetivo do sujeito. É devido em razão da dignidade da pessoa humana.<sup>68</sup>

Como demonstra Luís Fernando Barzotto, todos os seres humanos possuem igual dignidade, sendo essa igualdade de natureza absoluta, não proporcional.<sup>69</sup> Assim, como o artigo 196 da Constituição de 1988 impõe um tratamento igual a todos nas prestações de saúde, essa igualdade só pode ser absoluta, porque se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Buscar a igualdade proporcional, fornecendo prestações de saúde com base nos princípios da Justiça Distributiva, ainda que por meio do Poder Judiciário, contraria as normas constitucionais de direito à saúde (que o garantem a todos). Neste sentido, podemos enquadrar o fornecimento de medicamentos, enquanto uma das faces do direito à saúde, como uma relação a ser regulada pelos ditames da Justiça Geral: a todos a mesma coisa.

Seguindo esta interpretação, alguém poderia sustentar que o direito à saúde é um direito público subjetivo e que todo cidadão poderia pleitear em juízo, diante da negativa da Administração Pública, a concessão de toda e qualquer prestação necessária para a proteção, manutenção ou recuperação de sua saúde. Nessa linha de pensamento, o Poder Executivo teria que executar, e o Poder Judiciário poderia determinar, toda e qualquer prestação relacionada com a área da saúde. Mas isso, na prática, seria inviável diante da realidade de escassez de recursos (sejam eles artificiais, como o dinheiro, ou naturais, como os órgãos para transplante). Não podemos esquecer que estamos tratando de bens e esses, por sua natureza, são limitados.

Reconhecendo essa dificuldade, Ana Paula de Barcellos, no livro "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais"<sup>71</sup>, propõem que o Judiciário intervenha nas prestações de

---

<sup>67</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

<sup>68</sup> "Assim, o direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social: "A saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). Do ponto de vista jurídico, todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviços públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. A pessoa humana, considerada em si mesma, é o sujeito deste direito." BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

<sup>69</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

saúde que compõem o mínimo existencial<sup>70</sup>, ou quando tenham sido normatizadas, deixando as outras prestações (as que não se referem ao mínimo existencial e ainda não foram objeto de opções políticas expressas em lei) ao Poder Legislativo. Conclui que, no caso do mínimo existencial, a eficácia positiva decorre diretamente das normas constitucionais sobre dignidade da pessoa humana e saúde.<sup>71</sup>

A autora ressalta que esse mínimo existencial em saúde refere-se às prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, não relaciona com características particulares do indivíduo a ser tratado.<sup>72</sup> Conclui que a exigência desse mínimo existencial pode ser feita via Poder Judiciário, uma vez que se fundamenta na dignidade humana, razão pela qual é devida a todos igualmente.<sup>73</sup>

Propõem, como parâmetro para identificação desse mínimo existencial, a inclusão das prestações de saúde que todos os indivíduos necessitaram (atendimentos ligados ao nascimento), necessitam (prestações ligadas ao saneamento básico e atendimento preventivo), ou irão necessitar (tratamento das doenças ligadas à terceira idade), prestações que, segundo a autora, se harmonizam com as quatro prioridades estabelecidas pela Constituição para a área da saúde: "a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200, IV); o atendimento materno infantil (art. 227, I); as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)".<sup>74</sup>

Esse entendimento tem como pressuposto a idéia de que uma prestação do Estado pode ser tanto geral (devida a todos) quanto particular (distribuída a membros específicos da comunidade).<sup>75</sup> Exemplo disso é o que a Constituição estabeleceu em relação ao direito à educação: o art. 208 distribuiu às prestações relativas ao ensino, garantindo a todos o ensino fundamental (prestação geral) e assegurando o ensino superior segundo a capacidade de cada um (prestação particular). Em certo sentido, podemos comparar o direito à saúde com o direito à educação: prestações de saúde que componham o mínimo existencial são devidas a todos (prestação geral) e as que extrapolem esse mínimo serão prestadas mediante políticas públicas (prestação particular).

---

<sup>70</sup> Nesse sentido também parece ter se posicionado Ingo Wolfgang Sarlet: "O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais." SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pg. 337.

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 274.

<sup>72</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 277.

<sup>73</sup> "Se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares". BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 280.

<sup>74</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 280/281.

<sup>75</sup> WALZER, Michael. *Esfemas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 87.

Assim, podemos concluir que o fornecimento de medicamentos deve se pautar pelos princípios da Justiça Geral (a todos a mesma coisa). No entanto, podemos fazer isso de duas formas: ao garantir o mínimo existencial (baseados diretamente na Constituição Federal) ou ao obedecer às leis que regulamentaram o fornecimento dos medicamentos especiais (que extrapolam o mínimo). Dessa forma, reconhecemos que a distribuição dos recursos existentes foi feita pelo Poder Constituinte, ao garantir o mínimo existencial, é feita pelo Poder Legislativo ao editar normas sobre fornecimento de medicamentos e escolher quais as doenças que serão tratadas pelo Estado e quais não serão.

## CONCLUSÃO

Apesar de todos os cidadãos terem direito à saúde, conforme estabelecido na Constituição de 1988, nem todas as prestações podem ser exigidas por meio do Poder Judiciário.

Essa afirmação decorre do entendimento de que medicamentos são bens, e por isso necessariamente escassos; logo, sempre haverá uma escolha (Justiça Distributiva) e desta escolha sempre resultarão vítimas. Assim, entendemos que essa escolha (alocação de recursos escassos) só pode ser feita pelo legislador, nunca pelo juiz. Isso porque, ao seguir as leis, garantimos o mesmo a todos (Justiça Geral). Já, as decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamentos não previstos em normas, criam novos critérios de alocação de recursos, quebrando o tratamento isonômico almejado pelo Constituinte.

Concluimos que, assim como foi feito com o direito à educação, é preciso distinguir às várias prestações que estão relacionadas ao direito à saúde e ver quais poderão ser prestadas a todos, sem distinções, em razão de sua dignidade (questões de justiça geral) e quais necessitarão de um critério de distribuição em razão da escassez dos recursos (questões de justiça distributiva), a ser definido pelo Poder Legislativo.

Este trabalho propôs que as prestações de saúde que visem a atender ao mínimo existencial são devidas a todos e podem ser exigidas via Judiciário. Já as que extrapolam o mínimo, são objeto de políticas públicas e devem ser atendidas segundo a legislação a respeito. Assim, quanto ao fornecimento de medicamentos, cabe ao Poder Legislativo as decisões alocativas, tomadas à luz da Justiça Distributiva, que determinarão quais medicamentos serão fornecidos, e mediante quais critérios. E ao Poder Judiciário, à luz da Justiça Geral, cabe garantir o fornecimento dos medicamentos básicos (por ordem constitucional) e dos medicamentos excepcionais (na forma da lei).

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo : Atlas, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luís Fernando. *Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista Jurídica Virtual, número 48.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre : Edipucrs, 2003.

MARIANO, Nilson. *Remédios raros consomem 25% da verba da Saúde*. ZERO HORA, Porto Alegre, 21 de março de 2004. Geral, p. 38/39.

OLIVEIRA, Florença Dumont. *Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos*. Texto extraído do *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4473>, acesso em 03/01/2004.

S. TOMÁS. *Tratado da Justiça*. Texto constata de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. *O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado*. In. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Publicação do Centro de Estudos Jurídicos, N.55, ano 2002, pg. 101-111

TESSLER, Marga Inge Barth. *O Juiz e a Tutela Jurisdicional Sanitária*. Trabalho para obtenção do Título de especialista no Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília. Escola Nacional de Saúde Pública.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito)

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).