OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

REINALDO PEREIRA DE SOUZA*
PROF^a ME. CLAUDETE DE SOUZA**

RESUMO

Saúde é um tema bastante complexo, e ainda mais complexo quando analisado sob o ponto de vista jurídico. Na esteira do que vem sendo discutido nos últimos anos em relação à saúde e às formas de efetivação deste direito fundamental social, o fornecimento de medicamentos de alto custo, por parte do Estado, acabou ganhando destaque diante do cenário nacional. Integrando atualmente inúmeras demandas no judiciário, a dispensação de medicamentos de alto custo tem gerado certo dissenso na comunidade jurídica. Além de originar debates acerca dos limites e do dever do Estado em garantir determinados bens de saúde, vemos que por um lado a Legislação promete, por outro o Ente público não fornece, ou mais, descumpra uma eventual obrigação. Em razão dessa problemática e a importante função social do tema, o presente estudo nos levará a refletir, de forma sistematizada, sobre essa eventual obrigação assumida pelo Estado e o porquê de a natureza obrigacional ser classificada em “de fazer” ao invés de “dar/entregar”.

Palavras-chave: Direito à saúde. Medicamentos de alto custo. Obrigação de fazer. Obrigação do Estado.

STATE OBLIGATION TO FULFIL AND THE DISPENSATION OF HIGH-COST DRUGS

ABSTRACT

Public Health is a complex issue and, even more complex when seen legally. In the wake of what has been discussed in recent years in relation to health and the forms of effectiveness of this fundamental social right, the supply of high-cost medicines by the State, ended up gaining prominence in the face of the national scenario. Currently integrating numerous demands in the judiciary, the dispensation of high-cost drugs has generated some dissent in the legal community. In addition to the debates about the limits and about the

* Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). E-mail: reinaldo.ps@live.com

** Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Doutoranda em Educação pela Universidade Metodista de São Paulo (UMESP). Advogada. Professora Universitária.

duty of the State to guarantee the right to health, we see that, on the one hand the legislation promises, but the State does not fulfill, or rather, disregard its possible obligation. Due to this problematic and the important social theme, the present study will lead us to systematically reflect on this obligation assumed by the State and why it should be classified in the Brazilian legal system as “do” and not “deliver”.

Keywords: Right to health. High cost drugs. Obligation to do. State obligation.

INTRODUÇÃO

A saúde é “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL. CF/88, Art. 196); entretanto, a falta de informação e a busca desenfreada por alternativas mais baratas ou tratamentos não convencionais fazem com que muitas pessoas coloquem a saúde e até mesmo suas vidas em risco ao fazerem uso de medicamentos inadequados.

Para muitos, o anseio por uma solução definitiva e rápida de seu problema é depositado no Estado, mas este, em contrapartida, não cumpre o dever em questão e acaba por onerar ainda mais o cidadão que depositou suas esperanças na Instituição Pública que, imagina-se, deva tutelá-lo, principalmente quando se trata da saúde (sem a qual não há condições de vida digna).

Garantir a saúde por conta própria não é tão fácil como aparenta e - por vezes - não é tão acessível como se vê nas campanhas publicitárias do próprio governo e do Ministério da Saúde. De um lado, a administração pública tenta cuidar para que não haja fraudes no sistema - principalmente quando se trata de saúde e finanças. Por outro, encontramos diversos cidadãos com saúde debilitada, mas que, por falta de recursos e submissão ao crivo da administração, correm os riscos imprevisíveis que a falta de tratamento imediato pode ocasionar ao doente.

Sabemos, também, que o tratamento precoce de determinadas doenças é fundamental para a cura - ainda que venha a surtir seus efeitos em longo prazo - e que o Judiciário é uma alternativa que encurta (ou prolonga) o caminho em busca de uma solução. Como exemplo, vejamos esse tema discutido na reportagem datada em 05/07/2018:

Mineira que lutava para receber remédio de alto custo do Estado morre após seis anos esperando decisão que ainda tramita no STF [...] No processo, a mineira requeria o direito de receber do Estado o medicamento Mimpara 30mg (Cinacalcet), de alto custo, que ajudava a controlar graves sintomas decorrentes do caso de insuficiência renal crônica. [...] A história de Alcirene de Oliveira ficou conhecida nacionalmente em setembro de 2016, quando ela deu entrevista ao Fantástico, da TV Globo, explicando a importância de receber o remédio para a doença dela e relatando como era a luta diária pelos direitos que buscava. [...] O processo de Alcirene de Oliveira começou a tramitar em 2009 e foi parar no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011. [...] A paciente fazia hemodiálise há 23 anos e precisava do medicamento Mimpara (Cinacalcet) para tratar a doença. Contudo, segundo a Defensoria Pública da União, o remédio que ela precisava deixou de ser fornecido porque não era registrado no país pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e, assim, perdeu o direito de recebê-lo. [...] Em 2013, o medicamento foi registrado pela Anvisa. Mas ainda sim Alcirene não

chegou a ser beneficiada. [...] o recurso entrou na pauta de julgamentos do STF em 2016, mas houve pedido de vista [...] Em junho de 2017, o ministro Marco Aurélio concedeu tutela antecipada a Alcirene, ou seja, como o remédio foi registrado pela Anvisa em 2013, a paciente deveria recebê-lo do governo mineiro. Na época, também determinou multa R\$ 500 por dia, limitada em R\$ 500 mil, caso o remédio não fosse entregue em 48h. *“Nada, absolutamente nada, justifica o descumprimento de decisão judicial, principalmente do Supremo. A intimação do Estado de Minas Gerais para fins de implementação da medida acauteladora data de mais de 4 meses. A par disso, está em jogo a saúde da requerente, considerada a doença renal crônica que a acomete e a necessidade de tratamento contínuo mediante uso do remédio Mimpara 30mg (Cinacalcet). A cultura protelatória, a nos afastar do Brasil sonhado, não há de ser abonada”*, disse o ministro na decisão. [...] Segundo o site do STF, os autos referentes ao processo de Alcirene na busca pelo medicamento para tratar a doença, estão conclusos desde novembro do ano passado e que o andamento mais recente é do dia 18 de junho de 2018, quando a Defensoria comunicou oficialmente à Justiça de que Alcirene morreu antes da decisão sobre o recebimento do remédio. (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 01, grifo do autor).

Sobre esse mesmo caso (Recurso Extraordinário 657.718), o defensor público federal Gustavo de Almeida Ribeiro, citado em notícia veiculada pela própria Defensoria Pública da União (DPU), externou, *ipsis litteris*:

Infelizmente, a demora ocorrida no caso em questão fez com que a assistida não visse seu final [...] Esperamos que os processos que discutem o fornecimento de medicamentos sejam concluídos rapidamente, gerando maiores segurança jurídica e agilidade para o cidadão carente que deles precisa para a manutenção de sua vida e de sua saúde. (BRASÍLIA, 2018, p. 01).

Certamente, mesmo com a objetividade descrita nos artigos 6º e 196º da Carta Constitucional - que diz ser a saúde um direito fundamental social - é possível perceber que a discussão a seu respeito pode abranger outras questões controversas que indagam sobre a sua efetivação.

O tema, em geral, demonstra bastante complexidade por conta de seu universo e antes mesmo de eventual delimitação ligada ao Direito, nos faz pensar na obrigação assumida pelo Estado. Aqui, a prestação jurisdicional é imprescindível, uma vez que o Estado avocou para si o “dever” e a “obrigação de fazer” em garantir o direito à saúde, mas não o faz de forma eficiente e eficaz.

Acreditamos na importância do estudo, pois, as mais variadas fontes de pesquisa tratam a temática de forma abrangente ou com foco na responsabilidade civil, deixando de lado o discurso sobre o “dever” da prestação do Estado.

Ainda nesse segmento, indagações como o alto custo da demanda, o emprego inadequado dos recursos, a desconfiança no sistema de justiça e a longa duração

do processo, todas elas somadas à incerteza em relação ao seu resultado, se mostraram tão pertinentes que influenciaram, de certa maneira, a presente pesquisa com foco na Teoria das Obrigações.

Por essas e outras razões, o estudo nos levará a refletir sobre três aspectos:

a natureza fundamental do direito à saúde e a obrigação do Estado em garanti-lo; b) a forma como se dá o cumprimento desta prestação e c) ao tratar dos medicamentos de alto custo, até que ponto a prestação adequada dos meios que proporcionariam saúde ao cidadão brasileiro se relaciona com o Direito das Obrigações.

O conteúdo teórico, com exceção das considerações iniciais, consistirá em quatro seções de análise. A primeira será dedicada ao direito à saúde e seus aspectos estruturais, como, por exemplo: a história, fundamentos, amplitude e aplicabilidade do direito. A segunda seção terá como foco a subjetividade do direito social e sua ligação com os princípios doutrinários do direito à saúde; outra, terceira seção, terá uma abordagem mais conceitual, de modo a desenvolver o objeto tutelado (medicamentos de alto custo) e a figura do Estado como prestador de serviço. A quarta e última seção, trará uma abordagem do Direito das Obrigações, com ênfase no “fazer” e na responsabilidade do Estado.

Ademais, tendo em vista o envolvimento do tema em vários outros ramos do Direito, cumpre ressaltar que o trabalho foi cuidadosamente simplificado de modo a não desembocar em outro assunto que não seja o viés obrigacional.

ASPECTOS ESTRUTURAIS DO DIREITO À SAÚDE

Partindo da ideia de que o direito à saúde é resultado de uma conquista histórica no campo dos direitos fundamentais, especialmente quando abordada do ponto de vista da nossa Constituição Cidadã de 1988, tememos não fosse razoável examinar o tema sem ao menos discorrer sobre sua essência e o próprio desenvolvimento deste como obrigação exigível em nossa legislação pátria.

Antes da atual Lei Maior, a proteção do direito à saúde sempre esteve associada e restrita a algumas normas esparsas, como a garantia de socorros públicos, prevista no artigo 179, inciso XXXI da Constituição do Império de 1824, ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, transcrita no caput do artigo 113 da Constituição de 1934. O Estado, de um modo geral, sempre tutelava o direito à saúde de forma indireta, tanto no âmbito de competência, quanto em relação às normas garantidoras e de proteção à saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2009).

Vale destacar, também, que o Direito Internacional teve papel importantíssimo na consagração do direito à saúde no país, já que constante em pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dos diversos documentos que poderiam ser listados e que exerceram influência sobre o rumo dos nossos direitos, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, sintetizam:

[...] no que concerne ao direito à saúde, destacam-se alguns dispositivos protetivos, entre os quais (e a listagem é, à evidência, meramente exemplificativa): Declaração Universal de Direitos Humanos da Orga-

nização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1964, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito) (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 03).

Pois bem. Somente em 1988 e a partir daí, atingindo o ápice de sua verdadeira natureza, o direito à saúde conquistou o *status* de direito fundamental social que hoje está insculpido no artigo 6º da Carta Magna. *In verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. CF/88).

Ao contrário das cartas anteriores, onde não havia qualquer estrutura normativa de proteção à saúde, este representa, agora, um legítimo direito fundamental, o qual é preservado em vários dispositivos espalhados por nossa Magna-Carta. Com seu marco histórico na constituinte de 1988, o direito à saúde ganhou forma e passou a ser disciplinado na Seção II, do Capítulo II, que trata da Seguridade Social (Título VIII – Da Ordem Social).

Embora alguns doutrinadores revelem o caráter programático de tais normas, isto é, aquelas que dependem de várias ações do Estado para alcançarem seus objetivos, foi na Constituição de 1988, inclusive, que o direito à saúde pôde ser reconhecido como um direito subjetivo exigível, tal como elencado no art. 196:

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 (BRASIL. CF/88).

Nesse percurso, vale ressaltar a serventia, fomos agraciados com a transformação (redemocratização) do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, isto preconizado no artigo 1º da Constituição Federal, da qual depreendemos fundamentos para a existência da chamada República Federativa do Brasil. Enquanto o Estado de Direito tinha a lei como sua fonte limitadora, hoje nos amparamos nos seguintes valores estruturais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; IV - **a dignidade da pessoa humana**; V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL. CF/88, grifo nosso).

Além da presença e participação do povo como elemento essencial para concretização dos direitos, é daqui que também extraímos o princípio da dignidade da pessoa humana que proporciona a tangibilidade do direito à saúde e o insere noutro contexto - muito mais amplo se analisado de forma pontual e progressiva.

A despeito desse desenvolvimento e acerca da visão inovadora de nossa Lei maior, Paulo Bonavides sintetiza:

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais provocou inovar tecnicamente em matéria de proteção dos direitos fundamentais. Não o fez, porém, sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo (BONAVIDES, 2011, p. 547).

Apesar de demonstrar a autenticidade do direito em questão, essa breve abordagem nos remete ao percurso evolutivo dos direitos fundamentais que, por sua vez, alcança o fim último do Direito, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88, já colacionado), segundo o qual enxergamos como coluna estrutural do direito à saúde no Brasil.

De ordem cronológica e produto da evolução da espécie humana, os direitos fundamentais (também conhecidos por outras terminologias – tais como direitos humanos ou direitos do homem) foram estabelecidos na história de acordo com a necessidade do homem e o reconhecimento de sua própria vulnerabilidade no meio social.

Para Norberto Bobbio,

Do ponto de vista teórico [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, **nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades** contra velhos poderes, **e nascidos de modo gradual**, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 09, grifo nosso).

Num primeiro momento, e sem divagar em teorias jusnaturalistas ou até mesmo concepções filosóficas que despontam tal ideia, importa para nós a compreensão genérica de que fundamentais são todos os direitos básicos, criados no decorrer da história, que asseguram a dignidade e a existência da pessoa humana.

Embora não seja uma tarefa fácil definir quais seriam esses direitos fundamentais em sua totalidade, ou melhor, incluindo a precisão que cada autor ou intérprete atribui ao sinônimo utilizado, concordamos com as palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que asseveram:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a **finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões**. [...] buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO; NUNES JR, 2012, p. 109-110, grifo nosso).

Como análise preliminar dessas “dimensões”, temos como ponto de partida a teoria das gerações de direito, criada de forma despretensiosa por Karel Vasak, em 1979, da qual alcançamos uma classificação ordenada dos direitos fundamentais conquistados ao longo do tempo e que foi, a princípio, segmentada em três, com base no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (MAR-MELSTEIN, 2008). Segundo os ensinamentos do professor George Marmelstein, o jurista Karel Vasak formulou essa evolução da seguinte forma:

- a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*) (MAR-MELSTEIN, 2008, p. 42).

Todavia, com base nas lições de personalidades especialistas da área, devemos acrescentar que, além das três gerações apresentadas, é possível identificar proposições acerca da quarta e quinta geração de direitos fundamentais.

Como o posicionamento parece não ser pacífico na comunidade jurídica, mas, considerando o seu valor histórico, tomemos do assunto apenas a sua finalidade instrutiva.

A primeira geração dos direitos fundamentais, por exemplo, diz respeito aos direitos civis e políticos conquistados no século XVIII - período marcado pelo despertar do constitucionalismo do Ocidente em face do velho absolutismo. São, conforme Bonavides (2011, p. 562-564) diz, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Direito à vida, à liberdade e à propriedade são algumas das conquistas que podemos citar como exemplos.

A segunda geração dos direitos fundamentais, natural do século XX, refere-se aos direitos sociais, culturais e econômicos resultantes do constitucionalismo da socialdemocracia. Inserem-se neste contexto, os direitos exigíveis do Estado, aque-

les assentados em normas programáticas (BONAVIDES, 2011). Direito à saúde, ao trabalho e à educação, são alguns dos exemplos de direitos sociais declarados em nossa própria Constituição Federal.

Os de terceira geração, também conhecidos por direitos transindividuais ou difusos, são aqueles caracterizados pela universalidade, ou melhor, buscam proteger a todos e não mais o indivíduo de forma isolada. Conforme dispõem as lições de Bonavides (2011, p. 569), “têm primeiro por destinatário o gênero humano, como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Os direitos fundamentais de quarta geração, por sua vez, se referem aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, todos oriundos do processo constante de globalização política e econômica. Por último, o constitucionalista ainda identifica o direito à paz como sendo o direito fundamental de quinta geração, cuja característica genuína o coloca em um patamar superior em relação aos demais direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011).

Complementando o discurso sobre tais gerações e agora adentrando de forma passageira no campo da efetividade, também é necessário apontar a contribuição de Norberto Bobbio, que afirma:

Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou **impedir os malefícios** de tais poderes ou **obter seus benefícios** (BOBBIO, 2004, p.09, grifo nosso).

Para Bobbio, as primeiras gerações representam um “não-agir” do Estado; isto é, impedem que haja intromissão estatal na vida do cidadão. Enquanto isso, os de segunda geração, os direitos sociais, correspondem a uma ação positiva, onde é exigida a presença da tutela do Estado, garantindo a mínima condição de vida digna ao tutelado. Os de terceira e de quarta geração, por fim, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (agir ou não agir). (BOBBIO, 2004).

A partir desse panorama – e considerando a necessidade do homem de usufruir de uma boa qualidade de vida e acumular inúmeras prerrogativas em face do Estado – a noção sobre a teoria dos direitos fundamentais nos permite, agora, seguir um sentido mais linear em nosso estudo.

Em que pese o direito propriamente dito, e conforme leciona Bobbio no recorte anterior, destaca-se que tal espécie faz parte dos direitos fundamentais de segunda geração, ou seja; aqueles quando se exige do Estado a “obrigação” de agir em prol do indivíduo que busca sua subsistência.

Ainda na mesma perspectiva, porém com foco mais específico, José Afonso da Silva, nos ensina que:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são **prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente**, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 2009b, p. 286, grifo nosso).

Embora a máxima exposta - igualização de situações sociais desiguais - e a ideia de prestação positiva devida pelo Estado robusteçam qualquer teoria voltada aos direitos sociais, vale ainda realçar que, em se tratando de saúde como direito fundamental, esta acaba ganhando uma proteção ímpar dentre todos os direitos. E, isso ocorre somente pelo fato de as gerações ou dimensões se entrelaçarem.

Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 590), além de ser um direito distinto dos demais, “a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentando, de tal sorte, zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”.

Visando esse aspecto, não há como falar em saúde sem fazer referência às gerações já apresentadas. Uma, porque a saúde se relaciona com a liberdade e a vida (1ª geração) - inclusive como corolário desta última; duas, porque a sua efetivação depende de prestações positivas do Estado (direitos socioeconômicos) e três, porque antes do direito individual, também há que se falar em proteção dos sujeitos indeterminados (direitos difusos e coletivos).

O Sistema Único de Saúde (SUS), a exemplo do que foi dito, é fruto do denominado movimento sanitário da década de 70 e das ideias propostas na VIII Conferência Nacional da Saúde, de 1986. A partir de 1988 e de forma gradual, como dito por Bobbio, finalmente o sistema adquiriu vida e força - dentro e fora de nossa Constituição.

O que antes era norma jurídica constitucional (programática), posteriormente se tornou lei principiológica. A saúde de agora, de acordo com artigo 2º da lei 8.080/90, que disciplina o SUS, é, portanto, “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. (BRASIL. Lei 8.080/90).

Quanto ao exame de outros aspectos, como amplitude e aplicabilidade, seguimos com mais impressões. A respeito da eficácia das normas relativas aos direitos sociais, sobretudo do direito fundamental à saúde, o parágrafo 1º do Artigo 5º da Constituição Federal reforça que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse quesito, mesmo validando - despretensiosamente - os efeitos jurídicos do dispositivo que ora nos interessa (art. 196¹), eis que surgem as primeiras ponderações trazidas pela doutrina.

Para José Afonso da Silva, não há dúvidas de que o art. 5º, § 1º abrange os direitos sociais insculpidos no art. 6º da Carta Magna. O doutrinador, por outro lado, somente faz uma ressalva no sentido de que as normas, principalmente aquelas com características de leis integradoras são, contudo, normas jurídicas de “eficácia limitada e aplicabilidade indireta”. Isso significa, de acordo com as lições do próprio autor, que “elas são aplicáveis até onde possam” ou, “até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”. Em miúdos: na medida em que normas posteriores lhes desenvolva eficácia (SILVA, 2003, p. 83 e 165).

¹ BRASIL. CF/88 - Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante política sociais e econômicas [...].

Pois bem. Ao mesmo tempo em que a raiz do direito à saúde lhe confere importância e, evidentemente, vincula o Estado não apenas em relação ao agir, observa-se que a questão pode ser relativizada, em certos limites, caso não haja um delineamento de sua estrutura ou o devido reconhecimento de sua própria dimensão. Discorrendo de forma específica, mas, agora em linha diversa, Sarlet e Figueiredo assinalam que:

[...] os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que a 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, 2008, p. 04, grifo nosso).

De acordo com José Afonso da Silva, das normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, de um lado, não se inclui o direito previsto no art. 196 da CF/88, uma vez que a norma ali inscrita também gera um “dever” próprio de um “sujeito determinado”. Para Silva, “o Estado tem a obrigação de satisfazer aquele direito” e, se esta obrigação não for satisfeita “não se trata mais de programaticidade”, mas sim de “desrespeito ao direito” e/ou “de descumprimento da norma”. (SILVA, 2003, p.150).

A despeito dessa aplicabilidade, Gilmar Ferreira Mendes também assevera:

Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstanciase tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição (MENDES, 2017, p. 597).

Com essa didática, notamos que o direito à saúde, como conjunto de normas que é, subdivide-se em categorias ou dimensões que, muitas vezes, se mostram complexas se não abordadas de forma adequada.

A maior dificuldade que podemos nos deparar aqui é com relação à identificação dos efeitos que podem ser extraídos de tais normas, assim como do “objeto do direito à saúde e os seus limites objetivos e subjetivos”. (SARLET, 2013, p. 590).

Canotilho (1983, p.368) citado por Silva (2003), nesse sentir, consigna:

Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é objeto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através de imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjetivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever

objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjetivo (CANOTILHO apud SILVA, 2003, p. 152, grifo nosso).

Nossa tarefa, no entanto, não versa sobre essas nuances que, por sinal, ainda não estão bem definidas pela doutrina ou jurisprudência. A juridicidade do direito à saúde, por mais que se mostre sensível dentro de um contexto econômico e social, não é um comando meramente limitado, destituído de subjetividade.

Discorrendo sobre o que nos interessa de fato e de verdade, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2009, p.11) asseguram que: “relativamente aos seus destinatários, o direito à saúde tem como sujeito passivo principal o Estado, como ocorre, aliás, com a generalidade dos direitos fundamentais sociais”. Além de enfatizar o compromisso que o Estado tem para com o cidadão, os autores descrevem algumas incumbências:

Cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua **dimensão negativa** (notadamente no sentido de não-interferência na saúde dos indivíduos) **e positiva** (v.g., organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, **forneendo diretamente os bens materiais necessários à prestação da assistência à saúde**). Isso não exclui, é bom enfatizar, a eficácia do direito à saúde na esfera das relações entre particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2009, p. 11, grifo nosso).

Sobre essa amplitude, é importante notar que, além da relação vertical – pois há uma ligação entre os particulares e o próprio Ente estatal – o Estado também deve efetivar o direito à saúde no plano horizontal – indivíduos diante de outros indivíduos –, também por meio de prestações positivas e negativas.

Em última análise, podemos dizer que a concretização do direito à saúde dependerá tanto do legislador, no sentido de regulamentação, quanto do Estado-juíz, responsável por viabilizar a pretensão individual e coletiva quando provocado (Art. 5º, XXXV²). Ao gestor público, personagem central mencionado no artigo 197³, o legislador constituinte lhe atribuiu tarefas relacionadas à implementação e provimento da saúde pública.

Assim, por mais que possamos presumir sobre a aplicabilidade do direito à saúde (enquanto norma programática) e suas vertentes (negativa e positiva; horizontal e vertical), ainda pairam dúvidas quanto aos alicerces que sustentam o direito à saúde em nosso ordenamento. Sem eles, porém, fica difícil identificar as eventuais prestações devidas pelo Estado e a possibilidade de o cidadão buscá-las quando necessitar.

² BRASIL. CF/88, Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³ BRASIL. CF/88, Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, **cabendo** ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo** sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

SAÚDE ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO, FUNDADO EM PRINCÍPIOS.

Apesar da especificidade – o que outra vez traduz a importância do direito à saúde –, se faz necessário uma abertura de parêntesis para discorrermos sobre a relevância das normas e alguns princípios que tornam a saúde como um todo obrigacional.

Do prático ao mais específico, José Afonso da Silva nos ensina que:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, as pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, [...] nos quais confluem valores e bens constitucionais. (SILVA, 2003, p. 142).

Consoante ensinamento preliminar de Miguel Reale (2002, p. 217), princípios são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento” e, como bem afirma Rizzato Nunes (2017, p. 224), “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio”.

De forma concisa, referindo-se ao núcleo comum do Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde desdobra os seguintes “Princípios Doutrinários”:

Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos (BRASIL, 2013, p. 01).

Embora o Ministério da Saúde exiba um ambiente cheio de soluções em cartilha de sua própria autoria (SUS, Princípios e Conquistas), notam-se também algumas ressalvas a despeito das premissas basilares que ela mesma apresenta em seu portfólio.

Sobre a equidade, por exemplo – e esse merece especial destaque em nosso estudo –, além de destacar as “grandes disparidades regionais e sociais do Brasil”,

o Ministério da Saúde reconhece que “esse é um trabalho que também deve ser encarado como um desafio permanente, mesmo porque a saúde diz respeito a uma série de fatores ligados à qualidade de vida como um todo”. (BRASIL, 2000, p. 32).

Em síntese, por mais que os princípios doutrinários – ou até mesmo os organizativos que constam do art. 7º da Lei 8.080/90 – confirmem a alta carga axiológica do direito à saúde, há que se admitir que colocá-los em prática, como serviço, realmente significa um desafio constante.

De todos os argumentos possíveis que se pode levantar no presente estudo, o que não podemos deixar de lado é o fato de que o direito à saúde, na condição de “dever do Estado”, ainda pode ser destrinchado ao ponto de ganhar sua própria consistência material, palpável como direito subjetivo.

Nessa seara, novamente referência no assunto, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo acrescentam:

[...] o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde [...]. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). **Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém)** (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 16- 17, grifo nosso).

No tocante às prestações em sentido estrito (dimensão prestacional bem lembrada por Sarlet e Figueiredo), Robert Alexy (2008, p. 499) ensina que os direitos sociais “são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Seguindo os ensinamentos de Alexy, a necessidade de obter os bens sociais – em nosso caso incluem-se os medicamentos de alto custo – indica que o acesso à saúde é de fato um direito subjetivo do cidadão.

Em tese oposta, outros pensadores esclarecem que os direitos sociais não podem ser tratados como direitos subjetivos, vez que, por sua natureza (universalidade e integralidade), são direitos devidos a todos. Segundo os críticos, não se pode estabelecer uma relação de credor e devedor, pois isto inviabilizaria o acesso e subverteria a própria definição de direito social.

Contudo, nos isentando de críticas e tratando de conceitos, Técio Sampaio Ferraz Jr (2013, p.120), adverte que: “a expressão ‘direito subjetivo’ cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum”. Explicando o que seria direito subjetivo independentemente de determinado contexto, Ferraz Jr sintetiza:

[...] a expressão direito subjetivo, em síntese, considerada à luz de sua função jurídica, aponta para a posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas. [...] (FERRAZ JR, 2013, p. 124).

Apesar da considerável percepção sobre a universalidade do direito social, assim como dos inúmeros debates que podem suceder de outra perspectiva – se pode ou não ser considerado direito público subjetivo –, certo é que o Estado também deva garantir o direito à saúde àqueles que depositam suas esperanças na instituição pública. Nessa linha, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux nos orienta:

A ultima ratio do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para prevenção de doenças, principalmente quando se verifica ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios financeiros para custear o próprio tratamento (RE-AgR 607.381, Primeira Turma, DJe 17.6.2011).

Sopesar o direito individual e o coletivo em situações específicas, por vezes é admissível – e isso é bastante discutido na comunidade jurídica. Entretanto, não há como excluir o “dever” previsto no artigo 196 da CRFB/88 que, além de outorgar ao indivíduo certa exigibilidade (direito subjetivo), sem dúvida tem relação direta com a “obrigação de fazer” acontecer para todos, indistintamente.

Da teoria ao caso concreto, impende salientar o entendimento preciso do Ministro Celso de Mello, o qual, inclusive, foi consolidado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: [...] 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, 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 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 DE MEDICAMENTOS A PESSOAS

CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição 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. [...] (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP- 00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (grifo nosso).

Independentemente das críticas que outros autores possam apresentar sobre a normatividade ou estrutura dos direitos fundamentais sociais, é daqui, portanto, que surge a abstração do direito à saúde como fonte de eventual obrigação.

Gilmar Mendes (2017, p. 597), fazendo alusão ao julgado retro mencionado, completa que o direito público subjetivo ora reconhecido, “conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional”.

Resgatando a essência apresentada no início, e como indaga Rizzato Nunes (2017, p.238), “como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada a saúde e educação?”.

Seguindo essas premissas e com o intuito de dar rumo à nossa pesquisa, passaremos a deslindar alguns conceitos básicos e a discorrer sobre a atividade do Estado como um verdadeiro prestador de serviço.

MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E O ESTADO COMO PRESTADOR DE SERVIÇO

Embora a lei seja para todos e todos devem conhecê-la (Art. 3º, LINDB⁴), nem sempre o seu texto é compreensível, se visto de forma isolada, ou acessível a todas as classes - haja vista algumas disparidades. No Direito, as palavras não só guardam significados próprios como também escondem segredos por detrás de seus enunciados técnicos e de linguajar rebuscado. Contrário ao nosso caso.

⁴ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB): Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (BRASIL. CC e normas correlatas, 2014, p.39).

Por isso, antes de avançarmos no estudo das Obrigações, se faz necessário imprimir, desde já, algumas considerações a respeito do termo “serviço público” e dos vocábulos “saúde” e “medicamento”.

Sem nos prendermos a algum tipo de análise específica no campo da semiótica⁵ ou qualquer justificativa sobre a natureza polissêmica das palavras, primordial aqui é absorver o significado trazido por normas jurídicas, textos normativos que compõem o Direito à saúde e, até mesmo, algumas lições de Direito Administrativo.

Saúde, segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. (OMS, 1946). A Constituição de 1988, categórica, reforça em seu artigo 196 que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. CF/88).

Conforme leciona Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 55), “não conceituamos dados da experiência, conceituamos termos”. Por essa razão, como resultado de ambos os conceitos sobre “saúde”, arriscamos dizer, em termos pouco técnico-jurídicos, que o direito à saúde é um conjunto de medidas cujo Estado – assim como os integrantes deste – deve assegurar a todos, indistintamente, por meio da prevenção, redução e recuperação de qualquer tipo de doença a que estamos sujeitos e, das quais possam influenciar negativamente o nosso bem estar físico, mental e social.

Já o termo “medicamento”, gênero segundo a Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, significa “produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”. Das espécies de medicamentos trazidas pela mesma Portaria do Ministério da Saúde, destacam-se os conceitos:

[...] **31. Medicamentos de dispensação em caráter excepcional:** Medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos.

Medicamentos de uso contínuo: São aqueles empregados no tratamento de doenças crônicas e ou degenerativas, utilizados continuamente.

Medicamentos essenciais: São os medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população (BRASIL, 2001, p. 36 e 37).

Medicamento de alto custo, portanto, diz respeito ao produto essencial que, sendo capaz de interromper inúmeras moléstias, muitas vezes não pode ser obtido

⁵ Semiótica diz respeito à ciência que analisa os signos e todas as formas de comunicação. Para a ciência jurídica, corresponde ao estudo das palavras e das variações que estas possam sofrer em determinado contexto.

por quem não possui recursos próprios ou até mesmo por aqueles que, tendo outras necessidades, o orçamento previamente se revela comprometido.

Por último - para condensar a ideia de que o Estado Social apresenta uma verdadeira personalidade jurídica; ou seja, figura diante da sociedade, sobretudo do cidadão, como um regular prestador de serviços (público) que se dispõe a fornecer os medicamentos de alto custo a quem necessita -, nada mais coerente do que começarmos atrelando o conceito de serviço público ao Sistema Único de Saúde.

Como ponto de partida e longe de converter o estudo em lições desconexas, Celso Antônio Bandeira de Mello, à luz do Direito Administrativo, nos ensina:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2013, p. 687).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, explica:

Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. [...] Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública. [...] Pela sua relevância, frise-se que serviço de saúde pública não se esgota no chamado atendimento médico, **pois hoje compreende os “cuidados primários” ou “atenção básica”, noção que simultaneamente abarca** “a promoção de condições ambientais e nutricionais adequadas, a educação em saúde, o saneamento básico, os cuidados materno-infantis, o planejamento familiar, as imunizações, a prevenção e controle de doenças endêmicas, **a disponibilização de exames preventivos e medicamentos essenciais**, bem como, a cura e reabilitação das doenças mais comuns” (MEIRELLES, 2016, p. 420, grifo nosso).

Amparado por diversos princípios que traduzem a sua própria função social – universalidade, integralidade e igualdade –, o SUS é, de fato, um serviço público garantidor da dignidade da pessoa humana⁶ e, por mais que não seja um serviço ofertado exclusivamente⁷ pela administração pública, pode-se dizer que, por meio dele, o Estado tomou para si a obrigação de prover e promover a saúde pública em vários aspectos possíveis.

As atividades com relação aos medicamentos de alto custo, como serviço público, seguem um modelo padronizado de assistência farmacêutica. Além de

⁶ Art. 2º, Lei 8.080/90. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício [...].

⁷ Art. 199, CF/88. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada; § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde [...].

abranger diversas etapas de natureza administrativa (diga-se processo licitatório), o abastecimento do Sistema Único de Saúde engloba as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição e, não menos importante, chega-se à tão esperada dispensação. (BRASIL, 2001, p.14).

Em termos estritamente válidos como fundamento jurídico (Portaria GM nº 3.916/98): dispensação “é o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta à apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado”. (BRASIL, 2001, p.34).

Mesmo sem pormenorizar o assunto, logo se conclui que o processo de solicitação de medicamentos de alto custo não é simples. Além das eventuais etapas do processo de distribuição – que diz ser rápido e eficiente –, o usuário ainda é submetido a um processo mais cauteloso: a análise clínica e documental do enfermo. De acordo com a legislação pertinente (Portaria GM nº 3.916/98), o processo de solicitação de medicamentos de alto custo deve vir acompanhado de uma série de documentos obrigatórios, cuja análise é crucial para a efetiva entrega (dispensação) do bem.

Analisando todo esse processo à luz da jurisprudência, a afirmativa de que a distribuição e dispensação ocorrem em tempo hábil não prospera. Do contrário, se assim fosse, a demanda dos pedidos individuais não seria crescente no Judiciário.

Usando como base a matéria citada na introdução deste estudo, o referido processo – supostamente eficaz – fez com que uma usuária esperasse aproximadamente seis anos. Esta, só não esperou mais do Estado porque, lamentavelmente, veio a falecer no curso do processo (administrativo e judicial). Além deste caso específico, outras demandas também revelam novos paradigmas sobre a obrigação do Estado.

No trilho sociológico, tomado apenas como referência para concluir esta seção, os paradigmas que surgem, quanto à obrigação e ao fornecimento, estão relacionados às barreiras econômicas, sociais, pessoais e jurídicas que grande parte da população enfrenta ao buscar o acesso à justiça. Segundo Ana Lucia Sabadell (2013, p.197), é de extrema importância fazer a distinção entre o acesso formal e efetivo, pois, “mesmo se os juízes fossem imparciais e a administração da justiça, perfeita, o sistema judiciário continuaria a aplicar o direito de forma parcial e seletiva, devido às barreiras de acesso efetivo à justiça”.

Nesta seara, apesar das limitações orçamentárias, dificuldades administrativas e outros embaraços que contribuem com a morosidade do sistema – da prestação de serviço propriamente dito – deduzimos no sentido de que: o indivíduo só terá acesso se antes tiver conhecimento da obrigação de fazer do Estado.

DA “OBRIGAÇÃO DE FAZER” DO ESTADO

Subsumido no ramo do Direito Privado, o instituto das obrigações figura como uma das principais matérias tratadas no âmbito do Direito Civil. Sua importância, no entanto, se dá em razão das múltiplas necessidades sociais e individuais que nós possuímos e que, por seu turno, dão origem às mais variadas relações jurídicas obrigacionais.

Segmentada em prestações positivas (dar e fazer) e negativas (não fazer), as três espécies que compõem as obrigações de certo apresentam conexão com o direito subjetivo, inerente aos direitos fundamentais sociais. Todavia, sabemos que a saúde aqui tratada está mais para o ramo do Direito Público do que relacionada a qualquer outro ramo derivado do Direito Privado e, por mais que se constitua um verdadeiro direito de crédito do cidadão - talvez pela natureza econômica explícita ou o caráter transitório das obrigações clássicas do ramo privado - pouco se vê uma tratativa do direito à saúde sob um viés civilista⁸.

Apesar de considerarmos a tecnicidade utilizada no Processo Civil e os motivos que fazem o causídico batizar a ação que cobra do Estado o direito à saúde como obrigação de fazer, acreditamos que o envolvimento entre Direito Público e a Teoria das Obrigações, disciplinadas no Código Civil e Processual Civil, não é mencionado por acaso nas ementas dos Tribunais. Todo esse processo, incluindo a disciplina e o socorro, ambos previstos em lei, nos remete justamente ao quesito formulado no início dessa pesquisa: “a obtenção de medicamentos de alto custo diante da obrigação de fazer do Estado”. Vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO – DIREITO À SAÚDE – MEDICAMENTOS – PRESTAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – PESSOA HIPOSSUFICIENTE E PORTADORA DE DOENÇA GRAVE – ADMISSIBILIDADE. 1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2. A pessoa hipossuficiente portadora de doença grave faz jus à obtenção gratuita de medicamentos, insumos e equipamentos junto ao Poder Público. 3. Cominação de multa diária contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Limitação temporal da multa diária fixada. Exegese dos arts. 497, 536⁹ e 537, § 1º, CPC. Pedido procedente, em parte. Reexame necessário provido, em parte. Recurso desprovido. (TJ-SP 10003628420158260187 SP 1000362-84.2015.8.26.0187, Relator: Décio Notarangeli. Data de Julgamento: 30/05/2018, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/05/2018).

OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. Admissibilidade. Hipótese em que se assegura o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Procedência da ação mantida. Recurso conhecido e não provido. (TJ-SP 10372518020178260053 SP 1037251-80.2017.8.26.0053, Relator: Vera Angrisani. Data de Julgamento: 17/07/2018, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/07/2018).

⁸ Entende-se por “viés civilista” uma abordagem de acordo com a teoria obrigacional. Para fins didáticos ou de exegese; o presente estudo não pretende desvirtuar a natureza multidisciplinar, sobretudo constitucional, do tema ora analisado.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.105 (CPC): Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer [...] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer [...].

Como núcleo deste estudo e fazendo jus ao próprio título da seção, vale recordar que a dimensão positiva dos direitos sociais, especialmente o direito à saúde, consiste em inúmeras providências. Dentre elas, o fornecimento - de bens materiais voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva - é justamente aquele que faz nascer a eventual exigibilidade do direito.

Além de estar inserido no rol dos direitos fundamentais, o direito à saúde comporta algumas características que o torna relevante e compatível com a teoria obrigacional. O dever previsto no art. 196 da CF/88, cuja natureza advém dos direitos sociais, de longe qualifica uma obrigação ou indica, como ensina Clovis V. do Couto e Silva, a existência de um processo:

Com a expressão “obrigação como processo”, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. [...] A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor (SILVA, 2009a, p.20).

Embora a doutrina jurídica traga diversos conceitos sobre o termo “obrigações”, sendo que a maioria transmite a mesma ideia, é necessário um exame inicial com o propósito de eliminar qualquer imprecisão relacionada ao instituto.

Inicialmente, desvendando o sentido das palavras “dever” e “obrigação”, Tércio Sampaio Ferraz Jr, seguindo a estrutura dualista, sintetiza:

[...] a obrigação define-se como vínculo objetivo em que ocorre a exigência de uma prestação sob pena de sanção. O dever localiza-se naquele vínculo; a responsabilidade, na exigência da prestação. [...] Dependendo de se as normas são de direito público ou privado, correspondentemente as obrigações serão públicas ou privadas (FERRAZ JR, 2013, p.131).

Acompanhando o próprio conceito do SUS, ocorre que, não é possível obrigar o Ente demandado a entregar ou restituir coisa certa ou incerta ao cidadão. O SUS, como já demonstrado, equivale, na verdade, a um serviço público *in lato sensu* cuja razão de ser é sua própria atividade - o conjunto ações e serviços de saúde.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Clovis V. do Couto e Silva (2009a, p. 124), “diversamente das obrigações de dar, cujo objeto da prestação é uma coisa ou direitos, algo que já existe, atribuição patrimonial, a obrigação de fazer tem, como objeto da prestação, a própria atividade”.

Seguindo o caminho trilhado por estudiosos do Direito Civil, finalmente é possível alcançarmos a espécie obrigacional devida pelo Estado - “o fazer”. Em nosso caso, admitindo a existência de crédito econômico e afastando as espécies morais e religiosas que vinculam os sujeitos, esse elo pode ser identificado da seguinte forma: o Estado em uma ponta, devendo cumprir com a obrigação de fornecer os medicamentos de alto custo e, no outro extremo, o cidadão que não tem condições de adquirir o medicamento essencial para manutenção de sua saúde ou, até mesmo, de sua

vida. A prestação ou objetivo perseguido, nada mais é do que patrocínio do direito fundamental à saúde – já configurado como direito público subjetivo.

Além disso, sedimentado em farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ressalte-se que a responsabilidade solidária é revelada como uma questão bem compreensível.

De acordo com o Código Civil, fonte que também dispõe sobre a corresponsabilidade dos sujeitos da obrigação, o art. 264 nos indica que: “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Embora existam teorias que versem sobre a natureza jurídica – unidade e pluralidade, por exemplo –, outro ponto que nosso diploma legal destaca sobre a solidariedade é o fato de que esta não se presume, isto é; ela decorre da lei ou do acordo entre as partes (art. 265¹⁰).

Ademais, apresentando duas espécies a solidariedade também se divide entre os polos. De um lado a solidariedade ativa, correspondendo aos credores, e de outro, a passiva, relacionada aos múltiplos devedores. Na prática, observemos alguns trechos do entendimento do Supremo Tribunal Federal (Tema 793 do STF):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS**. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. **O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.** [...] A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União. Observados os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos. A discussão transborda os interesses jurídicos das partes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais, tendo em conta a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que versa sobre o fornecimento de tratamento e medicamentos por parte do Poder Público. Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. [...] Extrai-se do voto condutor: O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso

¹⁰ BRASIL. CC. Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Examinemos [...] (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). [...] União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. **O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles [...]** (RE 855178 RG/SE. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. Data de publicação DJE 16/03/2015 ATA Nº 15/2015 - DJE nº 50, divulgado em 13/03/2015, grifo nosso).

Com base nessa conjectura e, ao contrário do que acontece com as obrigações de origem tributária, ou seja, o Estado em condição de exigir do particular determinada prestação prevista em lei, está o cidadão, agora, diante do que denominamos como plano inverso. Ou seja: o particular em condição de exigir do Estado o adimplemento de determinada obrigação previamente assumida por ele.

Observando o Estado como eventual devedor, o reconhecimento da solidariedade passiva na prestação do serviço de fornecimento de medicamentos de alto custo também não se limita ao federalismo propriamente dito. A solidariedade passiva, no que lhe concerne, também decorre da própria Legislação, a qual dispõe que o “sistema único”, aquele concatenado, deve zelar pela saúde de todos.

Portanto: obrigação solidária – em todos os sentidos da palavra – e; obrigação de fazer – independentemente da negação do “dever ser”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em conta a multidisciplinaridade do tema e, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo, o presente estudo teve como proposta inicial a análise e compreensão da relação jurídica entre o Estado e o cidadão.

Além de questões puramente teóricas, procuramos captar, com base nos métodos de interpretação gramatical e lógica, o sentido das palavras que nos indicavam a verticalidade do direito à saúde e sua natureza obrigacional.

Após traçado esses objetivos; utilizando principalmente doutrinas e, em alguns casos, a jurisprudência como arrimo das ideias apresentadas, conseguimos alcançar a origem, normatividade, fundamentos e a própria dimensão subjetiva do direito à saúde.

Descobrimos que o direito à saúde, ao menos no Brasil, é uma conquista ainda jovem, trazida por nossa Constituição Cidadã de 1988, e que, apesar de seus 30 anos de vigência, a evolução de sua aplicação tem sido (ou aparenta ser) constante a cada dia.

A fundamentalidade do direito, isto é, sua relação com os princípios que sustentam o nosso ordenamento, deságua em inúmeros debates que comprometem olhares diferentes. A relação obrigacional (Estado e cidadão), por exemplo, é um desses paradigmas que devem ser enfrentados com muito cuidado.

Embora consigamos extrair importantes ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, considera-se que falar sobre saúde e questões obrigacionais que envolvem o Estado é, de fato, um grande desafio.

Em primeiro lugar, notamos obstáculos impostos pela própria Administração Pública que corroboram com uma das vertentes de nossa comunidade jurídica. Há muitos estudos que discutem sobre a judicialização da saúde sem, sequer, olhar as diferenças individuais, econômicas e culturais que nosso país possui.

A obrigação do Estado, nesse viés, acaba sendo discutida, mas sempre prevalece a ideia de que, o direito de um não pode comprometer o direito dos outros. Os óbices – ou as desculpas fundadas nas ações burocráticas – inclinam-se para a proteção da comunidade. Todavia, acabam ferindo a ela mesma (a comunidade) quando um cidadão, seu integrante, é preterido em receber a medicação que lhe preservaria a vida, até sua morte.

O direito social, como o próprio nome sugere, é um direito difuso, exercido por um e por todos.

Além dessas considerações pontuais, sentimos, também, a necessidade de discutir sobre outras questões de forma mais aprofundada. O tratamento isonômico que mais parece alastrar as desigualdades com relação ao acesso a medicamentos de alto custo; os possíveis motivos que fazem o cidadão esperar meses ou anos para receber os medicamentos a ele indispensáveis; as ações cabíveis e a garantia do mínimo existencial em sua literalidade.

Por fim, considerando o *status* preconizado no art. 1º da Lei Maior e a origem do poder do Estado (art. 1º, p. único da CF/88), inferimos que sua missão – obrigação de fazer, na realidade – não só visa garantir a dignidade das pessoas, como também objetiva seus ideais. Encarado como filantropia ou não, o ‘dever’ assumido pelo Estado nos faz agora admitir que: Cidadão com saúde resulta em Estado saudável!

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código civil e normas correlatas**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DOU. Brasília, DF, 20 set. 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Princípios do SUS**. 2013. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos** (Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998). Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 271286 AgR** (2ªT), Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Data de publicação DJ 24/11/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855178 RG/SE**, Relator Min. Luiz Fux. Data de publicação DJE 16/03/2015 ATA Nº 15/2015 - DJE nº 50, divulgado em 13/03/2015.

BRASÍLIA. Defensoria Pública da União (DPU). Assessoria de Comunicação Social. **DPU junta atestado de óbito a processo em que paciente requeria medicamento**. 2018. Disponível em: <<http://dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/43718-dpu-junta-atestado-de-obito-a-processo-no-stf-em-que-paciente-requeria-medicamento>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. (Livro digital).

NUNES, Rizzatto, **Manual de introdução ao estudo do direito**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. (Livro digital).

OLIVEIRA, Roberta; RIBEIRO, Palmira. **Mineira que lutava para receber remédio de alto custo do Estado morre após seis anos esperando decisão que ainda tramita no STF**. Globo.com, Minas Gerais, 05 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/mineira-que-lutava-para-receber-remedio-de-alto-custo-do-estado-morre-apos-seis-anos-esperando-decisao-que-ainda-tramita-no-stf.ghml>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**.1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 3 out. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 10 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Brasília. STF, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2009a.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b.