

O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Lúcia Léa Guimarães Tavares*

O artigo 196 da Constituição Federal, de 1988, estabelece:

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

O Estado do Rio de Janeiro, ao longo desses anos, quando se viu confrontado, em Juízo, com pedidos de fornecimento de medicamentos, encaminhou a sua resposta apoiado no argumento de que o direito à saúde é um direito social que não faz nascer, em contrapartida, uma obrigação, uma relação jurídica, um vínculo obrigacional (no sentido jurídico do termo) entre os cidadãos e as pessoas jurídicas de direito público.

O direito que assiste aos cidadãos seria, pois, de outra natureza, posição que o Estado vem defendendo apoiado em doutrinadores respeitados, a exemplo de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹, *verbis*:

*“Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta **duas vertentes**, conforme anotam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: ‘uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas’. Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo ‘que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), de cujo cumprimento depende a própria realização do direito’, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à **ação de inconstitucionalidade por omissão** (arts.*

* Advogada e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

¹ *In Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª edição, Malheiros, 2000, p. 312

102, I, a, e 103, § 2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, **in concreto**, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de **injunção** (art. 5º, LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado.” (grifos do Autor)

Semelhante é a lição de J. CRETELLA JR.,² *verbis*:

“Observe-se que o vocábulo **dever** designa exigência que se situa no **campo ético**, não no **âmbito jurídico**. Neste, fala-se em **obrigação**, traduzida em **prestação** pleiteável em juízo. **Dever é exigência moral**. ‘Obrigação’ é ‘exigência jurídica’. A **sanção** pelo não cumprimento do **dever** emana do **forum internum**, da consciência do devedor, unilateralmente. A **sanção da obrigação jurídica** é do **forum externum**, sendo bilateral, obrigando A para com B, desde que haja relação jurídica entre ambos, regulada pelo Direito... **omissis**.... A **educação**, como a saúde é dever do Estado (art. 205, educação; art. 196, saúde). Ao mesmo tempo, a **saúde é direito de todos** (art. 196), assim como a **educação** (art. 205). Ao **direito** não se contrapõe o **dever**, mas a **obrigação**. A Carta Política dá, por um lado, um **direito** e, por outro lado, dá ao titular do direito um **dever** - o **dever de exigir** do Estado a **prestação de saúde**. ‘A **saúde** dos habitantes e a proteção da saúde, quaisquer que sejam as possíveis origens das doenças e dos elementos nocivos ao desenvolvimento físico e psíquico dos que habitam no território do Brasil, ou a ele vêm, duradoura ou transitoriamente, são objeto de planificações que incumbem à União. Com isso, não se pré-excluem as planificações infra-estaduais, ou os convênios intermunicipais. O que dissermos a respeito dos Estados-membros e dos Municípios também se estende quanto ao Distrito Federal e aos Territórios. Pode surgir discrepância entre as medidas federais e as medidas locais, no tocante ao plano federal de saúde e ao plano local. A lei federal passa à frente, mas tem de respeitar os princípios constitucionais, respeitados os dispositivos referentes à legislação do trabalho, os da saúde do trabalhador. Se a medida é diferente, por entender a

2 In *Comentários à Constituição Federal*, vol. VIII, Editora Forense Universitária, 1ª ed. 1993, pp. 4.333/4

entidade estatal que a imposição pela outra é contra a ciência, o assunto é para ação declaratória, em que se faça a prova e se exerça o preceito contra a entidade responsável (PONTES DE MIRANDA, in *Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, vol. II, pp. 38-39)” (Grifos do autor).

Essa linha de defesa do ESTADO parte do pressuposto de que a Constituição Federal explicita que tais direitos serão garantidos por políticas sociais e econômicas que visem:

- a – à redução do risco de doença e de outros agravos; e
- b – ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto o ESTADO, para atender ao disposto no artigo 196 da Constituição Federal, seria obrigado a colocar em prática políticas sociais e econômicas para atingir os fins nele relacionados. E tanto seria assim que o artigo 200 da mesma Constituição relaciona as atribuições do Sistema Único de Saúde, todas elas no sentido de organizar, fiscalizar, controlar e incentivar ações na área de saúde, o que, aliás, é a característica de um “Sistema” unificado, voltado para gerenciar uma política nacional.

Nesse meio tempo, em 1996, a Lei nº 9.313 tornou obrigatória, para o Sistema Único de Saúde, a entrega gratuita dos medicamentos para o combate à AIDS. O § 1º do art. 1º da Lei em questão determinou que o Poder Executivo (Federal), através do Ministério da Saúde, padronizasse os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, “com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do SUS”.

Limitou-se, ao que parece, a obrigação do SUS, ao fornecimento daqueles medicamentos constantes da lista oficial editada de acordo com a Lei nº 9.313, de 1996 (Portaria nº 862 de 3 de julho de 1997), lista esta que, de acordo com o § 2º do artigo 1º da citada lei, é anualmente revista, ou sempre que se fizer necessário, “para adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de nossos medicamentos”.

Esta padronização é necessária não só para melhor aproveitamento dos escassos recursos públicos, possibilitando o adequado planejamento com vistas ao intransponível processo licitatório para sua aquisição, como também para possibilitar a maior eficácia no tratamento, já que decorrente do consenso dos melhores especialistas do país.

Ao mesmo tempo, para implantar uma política nacional de distribuição de medicamentos, a União Federal, em conjunto com as Secretarias de Saúde dos Estados e dos Municípios, vem, ao longo dos anos, desenvolvendo um trabalho de sistematização que, muito resumidamente, pode ser assim explicado³:

1 – a grande maioria dos recursos para a aquisição dos medicamentos pertence à União Federal, arcando o Estado e os Municípios com parte bem menor do investimento;

2 – no Programa Nacional de AIDS, pneumologia sanitária, dermatologia sanitária, sangue e hemoderivados, diabetes e de endemias focais, a União adquire os medicamentos e os distribui para as Secretarias de Saúde, que os entregam aos Municípios;

3 – no Programa de Assistência Farmacêutica Básica, cada ente da Federação colabora com parte dos recursos e há remédios que são distribuídos pelo ESTADO e outros pelos Municípios;

4 – no Plano Estadual de Assistência Farmacêutica em Saúde Mental os medicamentos são custeados pela União e pelo ESTADO, mas entregues aos Municípios para distribuição;

5 – os medicamentos para Infecções oportunistas (programa DST/AIDS) são adquiridos e distribuídos pelo Estado aos Municípios, bem como os medicamentos para os Programas de Meningite e de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Criança e do Adolescente, de vez que, nesses casos, não houve definição sobre as responsabilidades de cada um dos entes da Federação;

6 – os medicamentos enquadrados como relativos a Procedimentos de Alta Complexidade são adquiridos e distribuídos, pelo ESTADO, aos pacientes cadastrados e seu custo é reembolsado pela União Federal.

Além disso, muitas vezes são procurados medicamentos que não se encontram contemplados na grade de medicamentos básicos e um grande número se refere às prescrições de medicamentos não padronizados pela rede de saúde do ESTADO.

A verdade, no entanto, é que, não só para o Estado do Rio de Janeiro como para os demais Estados e entes da Federação, a utilização desses dados e dessa linha de defesa não teve muito sucesso. O Tribunal de

³ Deve-se salientar, contudo, que os Tribunais não se mostram, nem de longe, sensíveis a essa organização burocrática, insistindo em que a União, os Estados e os Municípios são solidários nesta questão e o doente pode exigir de cada um deles, de todos, ou de alguns, todos os remédios.

Justiça do Estado, bem como os tribunais superiores, passaram a julgar, na maioria absoluta dos casos, seja quando o pedido de medicamentos está relacionado com a AIDS, como também quando se pretende obter medicamentos para variados tipos de doenças, no sentido de proteger o direito à vida, superior, segundo afirmam os acórdãos, aos demais e desconsiderando os argumentos do Poder Público. O Poder Judiciário também considera sem importância os argumentos relativos à escassez de recursos orçamentários e à invasão da competência do Poder Executivo.

O que se verifica de um rápido levantamento das decisões existentes sobre essa matéria é que elas são, na sua quase totalidade, no sentido de que o Poder Público está constitucionalmente obrigado a garantir a saúde de seus cidadãos; que o direito à vida prevalece sobre os demais; que os entes federativos são responsáveis solidários no que se refere à obrigação de fornecer remédios àqueles que dele necessitam.

Apenas para exemplificar, confirmam-se as decisões abaixo, originadas de recursos que tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Acórdão que impôs ao Estado o dever de informar e fornecer a menor pobre, acometido de doença rara, medicamento indicado ao seu tratamento, de origem estranha ao mercado nacional. Alegada ofensa ao inc. LXIX do art. 5º, I, e ao art. 196, ambos da Constituição Federal.

A primeira norma invocada não se presta para suporte de recurso extraordinário, posto que o direito líquido e certo, pressuposto constitucional de admissibilidade de mandado de segurança, é requisito de ordem processual atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se buscou a pretensão do impetrante e não a procedência desta, matéria de mérito. Precedente do STF (RE nº 117.936, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A segunda questão, de sua vez, não chegou a ser ventilada no acórdão, incidindo as Súmulas 282 e 346. Recurso não conhecido”⁴.

“Administrativo. Estado do Rio Grande do Sul. Doente portador do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição dos

⁴ RE 195.186/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, em 04.05.99, 1ª Turma, publicado no DJ de 13.08.99, pp. 17 (precedente publicado na RTJ 133/1314).

medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos arts. 5º, I, e 196 da Constituição Federal.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei nº 9.906/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso conhecido”⁵

“Mandado de Segurança. Adequação. Inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

Saúde. Aquisição e fornecimento de medicamentos. Doença rara. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”⁶

“Competência. Agravo de Instrumento. Trânsito do Extraordinário. A teor do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do artigo 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada.

Saúde. Promoção. Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento,

5 RE 242.859, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, em 29.06.99, publicado no DJ de 17.09.99, p. 61, unânime. No mesmo sentido RE nº 248.326-5 -- RS - Rel. Min. MOREIRA ALVES - 1ª T. do STF - em 09.11.99 - DJ em 10.12.99 - p. 36; RE nº 248.778-3 nº RS - Rel. Min. ILMAR GALVÃO - 1ª T. do STF - em 28.09.99 - DJ em 19.11.99 - p. 73.

6 RE 195.192/RS, - 2ª T. Unânime, do STF, Rel: Min. MARCO AURÉLIO, publicado no DJ 31.03.00, p. 60, EMENT. VOL.-1985-02, p. 266, em 22.02.2000.

pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”⁷

“Processual civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento para fazer subir Recurso Especial. Fornecimento gratuito de medicamentos.

Responsabilidade solidária do Estado e Município. Decisão una de Relator. Art. 557 do CPC, e art. 38 da Lei nº 8.038/90. Precedentes.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial ajuizado, negando-lhe, assim, provimento.

2. São responsáveis, solidariamente, o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doentes de AIDS e portadores do vírus HIV.

3. Desde a nova sistemática inserida no Código de Processo Civil, em seu art. 557, através da Lei nº 9.139, de 30.11.95, passando pela recente Lei nº 9.756, de 17.12.98, assim como o comando expresso no art. 38 da Lei nº 8.038/90 (Lei dos Recursos no STF e STJ), assegurou-se ao relator o condão de negar ‘seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’.

4. Este comando tem aplicação, unicamente, quando a matéria discutida estiver sumulada ou a jurisprudência predominantemente reiterada nos órgãos colegiados, mesmo existindo desarmonia isolada, no seio do respectivo Tribunal, do Colendo STF e nos Tribunais Superiores. Precedentes.

5. Teses desenvolvidas pelo agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

6. Agravo regimental improvido”⁸

7 Ag. Reg. em AI. 238.328, 2ª T. do STF . Min. MARCO AURÉLIO, unânime, publicado no DJ de 18.02.00, p. 59, EMENT. VOL.-1971-05 p. 976, em 16.11.1999.

8 Ag. Reg. no AI 1999/0066949-5, 1ª T. do STJ, Unânime, publicado no DJ de 28.02.2000, p. 71.

“Administrativo. Medicamentos para tratamento da Aids. Fornecimento pelo Estado. Obrigatoriedade. Afastamento da delimitação constante da Lei nº 9.313/96. Dever constitucional. Precedentes.

Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à Aids, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.

É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da Aids.

Pela peculiaridade de cada caso e em face de sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.

A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica não padece de ilegalidade.

Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes fosse procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.

Recurso Improvido”⁹

⁹ Resp. 325.337 – RJ, 1ª T. do STJ, Unânime, Rel: Min. José Delgado, em 21.06.01, publicado no DJ de 3 de setembro de 2001, p. 159.

“Ação ordinária. Pedido visando o fornecimento de medicamentos contra AIDS, cumulado com danos morais. Sentença acolhendo apenas o primeiro, mas condenando, fora do pedido, o Município a proceder exames e intervenções médico-hospitalares. Agravo retido sem reiteração. Provimento parcial do 2º apelo, para afastar da condenação as verbas não pleiteadas na inicial. Inocorrência de dano moral. Desprovimento do 1º recurso.”¹⁰

“Apelação Cível. Fornecimento de Medicamento pelo Estado aos Portadores de AIDS. Rejeição das Preliminares e Provimento Parcial do Recurso.

Preliminares atinentes à nulidade do decisum, necessidade de prova pericial, ilegitimidade ad causam passiva do Estado, impossibilidade jurídica do pedido, rejeitadas.

As alegações inseridas no mérito do recurso não abalam o inegável dever do Estado de cumprir as normas infraconstitucionais e as garantias da Lex Fundamentalís, que asseguram aos cidadãos, in casu, portadores do vírus HIV o direito de ter o tratamento e os remédios necessários ao controle da doença.

Rejeição das preliminares, e no mérito provimento parcial do recurso para afastar a incidência dos honorários advocatícios.”¹¹

Os acórdãos em sentido oposto tornam-se cada vez mais raros: tão raros que não vale a pena citá-los.

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são “seletivas” no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo.

Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio

¹⁰ Ap. Civ. nº 13.520/1999 – Rel. Des. MARCUS FAVER – 5ª CC – TJ/RJ – em 16.11.99 – DJ de 23.03.2000 p. 253.

¹¹ Ap. Civ. nº 7.109/98 – Rel. Des. ALBANO MATTOS CORRÊA, TJ/RJ, 6ª Câmara Cível, em 27.04.99.

do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário:

“Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognóstico de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar?...omissis... Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem, ou uma negação total aos direitos individuais.”¹²

Essa discussão ainda está para ser travada, no âmbito dos Tribunais. Mas o sentimento geral é de que a simples circunstância de que os portadores do HIV, de câncer, glaucoma, pacientes renais e outros portadores de síndromes dolorosas devam ser obrigados a ir a Juízo para obter os medicamentos necessários ao seu tratamento é uma manifestação de incompetência, despreparo e desorganização do Estado.

De toda forma, verifica-se que o Poder Judiciário vem desempenhando um papel relevante, possibilitando que os doentes tenham acesso aos medicamentos necessários à defesa de sua saúde e de sua vida, e obrigando o Poder Público a equipar-se para atender a uma demanda que, há pouco mais de dez anos era, se não ignorada, pelo menos muito mal assistida. Não é à-toa que, recentemente, o controle da disseminação da Aids, no Brasil, foi atribuído “a vigilância da população, dos especialistas e dos serviços saúde pública”, e comparando o tratamento dispensado aos doentes no Brasil e na China, concluiu o articulista:

“Surgirão, decerto, estudos sobre as diferenças históricas, culturais e sociais que explicam a situação diversa da Aids no Brasil e na China. No entanto, será difícil escapar de uma evidência

12 GUSTAVO AMARAL, in *Direito, Escassez & Escolha*, Editora Renovar, 2001, Rio de Janeiro/São Paulo, p. 37.

crystalina: a praga está sendo mais contida aqui porque o Brasil é uma democracia e a China uma ditadura.”¹³

Nessa “vigilância”, o papel do Judiciário tem sido crucial e ele só pode desempenhá-lo, a contento, se o jogo democrático se desenrolar segundo as regras estabelecidas pela Constituição. Cabe ao Poder Executivo acatar as decisões dos Tribunais.

13 LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO, in VEJA, edição 1.716, ano 34, nº 35, p. 22 “A Aids no Brasil e na China”.