

# O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

André da Silva Ordacgy \*

“Pouca saúde e muita saúva os males do Brasil são”. Macunaíma (Mário de Andrade)<sup>1</sup>

## 1. Introdução: a saúde como direito humano fundamental

O direito à saúde insere-se numa dimensão social, fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional.<sup>2</sup>

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, a saúde é direito social fundamental, a ser exercido pelo Estado (e não contra o Estado), através da implementação de políticas públicas e sociais que propiciem seu gozo efetivo.

## 2. Evolução histórica

Para melhor entender o direito à saúde como sendo um direito humano, é preciso acompanhar a evolução histórica na área da saúde pública, motivo pelo qual se faz necessária a citação de GEORGE ROSEN:

\* Coordenador Estadual-RJ do Instituto Brasileiro dos Advogados Públicos - IBAP. Defensor Público da União titular do Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva do Núcleo do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* - UMSA, em Buenos Aires. Mestre em Estado, Direito e Justiça pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Pós-Graduado em Direito Civil pela UNESA-RJ. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da OAB/RJ e da UNESA-RJ.

<sup>1</sup> ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*, 25ª ed. Itatiaia, Belo Horizonte. (Coleção Buriti n. 41), 1988. A mensagem principal do discurso do anti-herói nacional Macunaíma, criação folclórica do escritor Mário de Andrade, revela uma mordaz crítica ao discurso sanitarista daquele tempo (O *slogan* “pouca saúde e muita saúva os males do Brasil são” é de Monteiro Lobato), ao ressaltar a demagogia política que envolve o sistema de saúde pública e a fome gerada pela praga da época (as vorazes formigas saúvas, que devoravam toda plantação). A realidade do Brasil contemporâneo não é muito diferente, visto que a intencional falência do sistema de saúde pública e o problema da fome continuam sendo grandes obstáculos ao desenvolvimento nacional, sendo certo que as “saúvas” de hoje são aqueles administradores mal intencionados e corruptos, que estão a sangrar as verbas públicas da saúde, desviando-as para os seus próprios bolsos em detrimento do bem-estar da população.

<sup>2</sup> Os direitos humanos fundamentais preexistem à normatização estatal, de modo que a sua positivação no ordenamento jurídico não os cria; apenas os reconhece.

Ao longo da história humana, os maiores problemas de saúde que os homens enfrentaram estiveram relacionados com a natureza da vida comunitária, como o controle das doenças transmissíveis, o controle e a melhoria do ambiente físico (saneamento), a provisão de água e comida puras, a assistência médica, e o alívio da incapacidade e do desamparo. A ênfase relativa sobre cada um desses problemas variou no tempo. E de sua inter-relação se originou a Saúde Pública como a conhecemos hoje.<sup>3</sup>

Aliás, a preocupação com a saúde remonta aos idos bíblicos, constando registrados nas Sagradas Escrituras os diversos milagres realizados por homens de Deus, profetas, apóstolos e, notadamente, pelo Filho de Deus, Jesus Cristo, visto que a cura foi uma das características marcantes do seu santo ministério aqui na Terra.

IEDA CURY faz um excelente apanhado histórico da evolução da saúde pública:<sup>4</sup>

(...) A reunião de certas comunidades que se esforçavam em aplicar uma política de saúde era usualmente indicada pela expressão “saúde pública”. Tais políticas comunitárias de saúde se esforçavam, por exemplo, na prevenção de doenças, no prolongamento da vida e na promoção do bem-estar, nos esforços de sanitização do ambiente, no controle das infecções, na educação sobre os princípios de higiene, na organização dos serviços médicos e de enfermagem para propiciar um diagnóstico mais rápido e preventivo no tratamento de doenças e no desenvolvimento de mecanismos sociais que visassem assegurar um padrão de vida adequado à manutenção da saúde ...

Através dos anos, as civilizações se conscientizaram de que a correta sanitização seria o principal fator para se melhorar a saúde humana. Foram tomadas diversas medidas para melhorar a higiene, especialmente nas cidades. A preocupação dos governantes com a água e com os dejetos, associando-os à saúde das populações, data da Anti guidade.

A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca. (...).

Entre as glórias de Roma, esteve a criação de serviços públicos de saúde, sob a administração de Augusto, em um sistema administrativo eficiente que continuou a funcionar mesmo quando o Império decaiu e se desintegrou.

Dessa forma, a saúde pública evoluiu no tempo até atingir ao estágio atual, guardadas as peculiaridades entre os sistemas de saúde de cada país (diferenças culturais, econômicas, sociais, etc), mas sempre explicitando a necessidade de intervenção estatal assecuratória de um mínimo de dignidade humana, através do reconhecimento dos direitos humanos e sociais por parte do Estado.

<sup>3</sup> ROSEN, George. *Uma história de saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994, p. 31.

<sup>4</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 30-1.

### 3. A saúde pública no plano internacional

No plano internacional, foi de fundamental importância a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, com funcionamento a partir de 1948. Além da OMS, outros organismos internacionais atuam na área da saúde, como por exemplo a OIT e a UNESCO. Cumpre destacar também o relevante papel desenvolvido pela instituição Cruz Vermelha.

O primeiro instrumento internacional a citar o direito à saúde foi a Constituição da OMS. Subseqüentemente, diversos instrumentos importantes passaram a fazer menção expressa ao direito à saúde, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC).

O texto do preâmbulo da Constituição da OMS apresenta uma definição conceitual ampla e irrestrita, quando afirma que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Abandona, assim, a definição negativa de saúde (ausência de doença) para adotar um conceito de sentido amplo e positivo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua, em seu artigo III, que “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, ou seja, o direito à saúde qualifica-se como direito humano fundamental justamente porque representa consequência indissociável do direito à vida. Mais adiante, no artigo XXV, inc. 1, dispõe que: “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

### 4. A saúde pública no direito interno e a teoria do mínimo existencial de dignidade da pessoa humana

No plano do direito interno, de tal importância a saúde apresentou-se ao poder constituinte, que a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, além de incluí-la entre os direitos sociais, dedicou seção exclusiva ao tema (Título VIII, Capítulo II, Seção II, arts. 196 ao 200). O art. 196 assim expressa: “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”.

A Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

É a consagração da *teoria do mínimo existencial de dignidade humana*. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que

fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.

LUIS ROBERTO BARROSO<sup>5</sup> leciona que o art. 196 da Constituição da República, garantidor do direito à saúde, é norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: “Aqui, ao contrário da hipótese anterior, o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196) ...”.

A norma transcrita enuncia direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, consoante disposto no art. 5º, §1º, da Constituição, independentemente de qualquer ato legislativo ou de previsão orçamentária, o que implica na sua pronta efetivação pela administração pública.

A Constituição fixa quatro pontos de extrema relevância no tocante à área da saúde: 1) prestação do serviço de saneamento básico (arts. 23, IX, 198, II, e 200, IV); 2) atendimento materno-infantil (art. 227, I); 3) ações de medicina preventiva (art. 198, II); e, 4) ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).<sup>6</sup>

Assim sendo, a Carta Maior impõe o acesso à saúde como prestação positiva do Estado, sendo tal direito emoldurado como de segunda geração, diretamente relacionado aos direitos de primeira geração, visto que umbilicalmente ligado ao direito à vida, consoante a tradicional classificação das gerações de direitos do renomado jurista NORBERTO BOBBIO.<sup>7</sup>

No plano infraconstitucional, a saúde encontra regulamentação na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que cria o Sistema Único de Saúde - SUS, no qual as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, orientando-se pelos princípios do acesso universal, da integralidade e da igualdade de assistência. Esse sistema é financiado com recursos orçamentários da seguridade social, dos entes federativos e de outras fontes de custeio (arts. 31 e 32, com seus incisos e parágrafos, da Lei nº 8.080/90).

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>6</sup> Ieda Cury (ob. cit., p. 95), com espeque na doutrina especializada, apresenta esses quatro pontos prioritários, destacando ainda que “o saneamento básico é isoladamente a medida de saúde pública mais importante. Estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade mundiais decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado”. A questão assume ainda maior relevância no contexto da saúde, visto que a ONU lançou oficialmente 2008 como o *Ano Internacional do Saneamento*, com base em estimativas de que cerca de 2,6 bilhões de pessoas carecem de estruturas de saneamento adequadas em todo o mundo, e de que 1,5 milhão de crianças morrem anualmente no mundo em consequência da falta de água potável, de saneamento e de higiene.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Norberto Bobbio levantou a questão dos direitos fundamentais, os quais, para fins de didática, têm sido agrupados em gerações representativas dos avanços sociais. Entretanto, a doutrina mais moderna tem preferido o uso da expressão “dimensão de direitos”, ao invés de “geração de direitos”, visto que o emprego desta última pode passar a idéia de que os direitos foram sendo substituídos ao longo do tempo, de modo que as gerações de direitos anteriores não estariam mais em vigor, o que seria obviamente um raciocínio equivocado. Porém, por se tratar de expressão clássica cunhada pelo célebre jurista Norberto Bobbio, cujo uso já se encontra consagrado no meio acadêmico, optou-se pela manutenção do emprego de “geração de direitos”.

O Brasil adota um sistema misto de saúde (público e privado), visto que a assistência à saúde é livremente assegurada à iniciativa privada, de forma complementar, por força do art. 199 da Constituição. Infelizmente, a má-gestão administrativa e financeira do SUS, o sucateamento dos grandes hospitais públicos, a escassez de profissionais médicos e o desvio de verbas da saúde têm prejudicado demasiadamente o sistema público de saúde, ao ponto de sua inoperância servir como veículo de propaganda em favor dos planos privados de saúde.

O art. 3º e seu parágrafo único, da Lei nº 8.080/90, trazem um conceito amplo de saúde, ao relacioná-la com qualquer condição de bem-estar físico, mental e social, diretamente implicado com os fatores da alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços essenciais.

## 5. Saúde pública e sua relação com o meio ambiente saudável

Vale destacar a relação intrínseca que a saúde mantém com o direito ao meio ambiente saudável (art. 225 da Constituição), visto que este último é considerado patrimônio de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.<sup>8</sup> Isso porque o incremento da produção industrial e agrícola, a urbanização acelerada, o aumento populacional e seu empobrecimento, causaram expressivo impacto negativo ao meio ambiente, gerando diversas doenças e enfermidades (respiratórias, circulatórias, musculares, psíquicas), decorrentes da poluição da água e do ar atmosférico, do desmatamento, da contaminação, da desertificação, das emissões de gás carbônico, do ritmo acelerado de vida urbana.

O constituinte considerou de tal importância a questão ambiental, que outorgou a qualquer cidadão o manejo da ação popular, relevante instrumento processual de defesa da coletividade, que tem entre os seus objetivos o de anular ato lesivo ao meio ambiente (art. 5º, LXXIII).

## 6. Experimentos de novos medicamentos e patentes farmacêuticas

Questão importante que se coloca, a exigir uma maior fiscalização da ANVISA, do Conselho Nacional de Saúde – CNS e do Conselho Nacional de Ética em Pesquisas - CONEP, é a ocorrência de experimentos com novos medicamentos em solo nacional, notadamente por multinacionais estrangeiras fabricantes de remédios (indústria farmacêutica), que têm procurado testar seus novos medicamentos em “cobaias humanas” dos países em desenvolvimento, parte das vezes de modo ilegal.

Sobre o assunto, a oportuna lição de ELIDA SÉGUIN: “Contudo, ainda é nebulosa a amplitude do dever de zelar preventivamente pela saúde coletiva e pública. Quando a questão envolve a pesquisa científica, em especial usando como cobaias minorias, o respeito à dignidade humana se torna extremamente importante como um direito coletivo e difuso a ser preservado para as futuras gerações”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

<sup>9</sup> SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 4-5.

Para regulamentar o uso de “cobaias humanas” nos experimentos científicos de novos medicamentos, o Conselho Nacional de Saúde baixou a Resolução nº 196/96, que proíbe o pagamento em dinheiro para participar das experiências.<sup>10</sup> Essa medida objetiva evitar o surgimento de “cobaias profissionais”, que se envolvem em diversos projetos científicos, por vezes simultaneamente, colocando em risco a própria vida em troca do recebimento de remuneração financeira. Os Estados Unidos respondem por 48,7% das pesquisas com seres humanos, assumindo o primeiro lugar no *ranking*, visto que adota o pagamento de remuneração aos participantes.

Relevante, também, é a questão das patentes dos produtos farmacêuticos, que objetivam a proteção da criação e o incentivo às invenções e ao desenvolvimento científico, terminando por conferir às empresas detentoras o monopólio sobre seus produtos e processos por extensos períodos. Ocorre que grande parte dos medicamentos de maior tecnologia científica é produzida pela indústria farmacêutica no exterior, em países desenvolvidos, que cobram altíssimo preço pelos seus produtos nos países em desenvolvimento.

A solução adotada pelos países em desenvolvimento (incluindo o Brasil), no sentido de equilibrar as desigualdades tecnológicas e de flexibilizar o rígido sistema de patentes, foi o de investir na fabricação de medicamentos genéricos, no registro e fiscalização de preços e, como medida extrema, na concessão de licenças compulsórias em situação de emergência nacional ou de interesse público.<sup>11</sup>

## 7. Natureza multidisciplinar da prestação à saúde

Outro aspecto de nodal importância na questão da saúde é a natureza multidisciplinar de que se deve revestir o atendimento prestado ao paciente, devendo envolver a cooperação das diversas áreas de atuação, tais como a médica, a psicológica, a assistência social e a jurídica, consoante demonstrado abaixo.

Ora, a relação médico-paciente merece elevado destaque, visto que o profissional da área médica será o primeiro elo de contato com o paciente, ao qual este confia a sua própria vida. Entre os deveres médicos encontram-se o dever de informação (art. 7º, inc. V, da Lei nº 8.080/90) e o dever específico de aconselhamento, os quais consistem na transmissão de um conteúdo de informações sobre o próprio tratamento e o estado de saúde do paciente, inclusive consubstanciando obrigação médica o dever de orientar o

<sup>10</sup> O art. II.10 da Resolução nº 196/96, que denomina tecnicamente a “cobaia humana” de “sujeito de pesquisa”, incentiva o caráter altruístico da medida, ao deixar expresso o caráter voluntário do participante e vedar qualquer forma de remuneração, com exceção de assistência médica (para toda vida), transporte e alimentação durante os testes. Num país com bolsões de extrema pobreza, como no Brasil, essa medida parece ser a mais adequada. Entretanto, a não-remuneração dos “sujeitos de pesquisa” é apontada como um sério entrave para os experimentos científicos que necessitam de voluntários sadios.

<sup>11</sup> O art. 68 e seguintes, da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), prevêm o licenciamento compulsório, como forma de evitar abusos decorrentes do monopólio de patentes. Isso permite que o Poder Público licencie compulsoriamente o objeto da patente, ao retirar do titular o direito de fabricação do medicamento e o transferir para outra empresa ou laboratório oficial. Para um melhor aprofundamento do assunto, sugerimos a leitura da excelente obra *Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública*, Maristela Basso *et al.*. São Paulo: IDCID, 2007.

hipossuficiente econômico quanto ao seu direito de obter gratuitamente os medicamentos junto às repartições públicas de saúde. Aliás, seria extremamente importante que o Conselho Federal de Medicina - CFM baixasse resolução normativa nesse sentido, com o objetivo de orientar os profissionais de saúde.

MARLON ALBERTO WEICHERT<sup>12</sup> leciona que “(...) Dessa forma, todas as informações sobre o estado de saúde e o tratamento realizado devem ser facultadas ao paciente ou seu responsável. O próprio prontuário médico – hospitalar ou não – deve ser de livre acesso ao paciente. Não pode o médico sonegar dados ou omitir fatos sobre o real estado de saúde do paciente. (...) Este princípio encontra suporte constitucional no direito à informação e à intimidade, autorizando, inclusive, a adoção de medidas judiciais para a obtenção de informações e documentos”.

A área psicológica tem o seu propósito definido para garantir ou, se for o caso, restabelecer o necessário equilíbrio emocional ao paciente, o qual, muitas das vezes, encontra-se desgastado emocionalmente com a própria enfermidade e com a demora na obtenção gratuita dos medicamentos, o que resulta num fator de maior angústia.

Dentro desse enfoque multidisciplinar, deve ser estimulada a formação de oficinas e cursos para os pacientes, inclusive mediante um trabalho de cooperação científica entre os hospitais, universidades, associações de pacientes, secretarias de saúde, defensoria pública e ministério público, além de outros órgãos públicos e privados, tais como: oficinas de memória e de correção da postura corporal, assistência social e re-inserção no mercado de trabalho, cursos de pintura, informática, ginástica e outras atividades de aperfeiçoamento e lazer, que visam proporcionar inegável bem-estar físico e mental ao enfermo, satisfazendo assim o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup>

Nesse contexto, destaca-se ainda a atuação dos diversos grupos de apoio aos pacientes (ONGs, associações, fundações, etc.), que costumam desenvolver essas atividades multidisciplinares de humanização, aperfeiçoamento e inclusão social, sendo relevante a conscientização das pessoas enfermas quanto à necessidade de se associarem, em busca de melhores condições para o próprio grupo. Ademais, as associações detêm, via de regra, preenchidos os requisitos legais<sup>14</sup>, a legitimidade processual para a propositura de importante instrumento judicial em prol dos seus associados, qual seja, a ação civil pública.

<sup>12</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 183-4.

<sup>13</sup> Não poderíamos deixar de louvar o engajamento social e a persistência da jovem paciente renal crônica Iva Rosa Coppede, assistida pela Defensoria Pública da União-RJ, que recebe os seus medicamentos judicialmente. Serve de exemplo pela sua constante luta, não só contra a doença, mas também contra a dificultosa burocracia do sistema administrativo de saúde. Longe de se entregar, exerce as suas atividades como arquiteta, seu hobby como pintora de quadros, e ainda escreveu uma singela obra sobre direito à saúde, com o patrocínio de uma ONG.

<sup>14</sup> O art. 5º, *caput* e incs. I e II, e par. 4º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), traça dois requisitos: a) a pré-constituição mínima de 1 ano da associação (que pode ser dispensado pelo magistrado na hipótese do par. 4º do citado dispositivo); e, b) a finalidade institucional pertinente (ex.: *in casu*, uma associações de pacientes crônicos de determinada doença). Percebe-se um papel ainda muito tímido por parte das associações civis, que ao invés de exercerem o seu poder legal de ajuizar uma tutela coletiva, na maioria das vezes limitam-se a formular representação no Ministério Público, para que este promova uma ação civil pública.

A atuação jurídica sempre se fará necessária quando existir risco à vida ou à higidez física ou psíquica do paciente, em virtude da não obtenção gratuita dos medicamentos ou da não realização do tratamento médico necessário. Neste caso, em se tratando de paciente hipossuficiente, poderá contar com assistência jurídica integral e gratuita, a ser prestada pela Defensoria Pública, para a satisfação plena do seu direito individual à saúde.<sup>15</sup>

## 8. Tutela coletiva da saúde

Sob a ótica da defesa dos interesses da coletividade, o Ministério Público desenvolve importante missão institucional de defesa dos interesses da coletividade, com poderes para a elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e de realização do inquérito civil, detendo ainda legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública (ACP), na defesa dos direitos e interesses transindividuais. Nas ações coletivas em que não for parte, será necessariamente fiscal da lei.

Tradicionalmente conhecido por suas atribuições institucionais no campo da acusação penal e da tutela da coletividade, o Ministério Público veio ganhando outros contornos, tal qual a legitimidade para propor ação individual em situações excepcionais, desde que previamente autorizado por lei. HUMBERTO DALLA aponta a ocorrência de uma dessas hipóteses excepcionais na defesa do interesse individual do idoso: "(...) O Estatuto do Idoso vai além e prevê a legitimidade para a defesa de um direito individual indisponível, que não seja homogêneo; em outras palavras, um direito essencialmente individual".<sup>16</sup>

Com base no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), o Ministério Público tem ajuizado ações civis públicas para proteger os direitos individuais indisponíveis da pessoa idosa, inclusive no que concerne à tutela de medicamentos, encontrando respaldo na jurisprudência dos Tribunais Superiores: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. IDOSO. Tal quanto objetiva proteger o interesse individual do menor carente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei nº 8.069/1990), o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública diante da hipótese de aplicação do Estatuto do Idoso (arts. 15, 74 e 79 da Lei nº 10.741/2003). No caso, cuidava-se de fornecimento de remédio". Precedentes citados: STJ, REsp 688.052-RS, DJ 17/8/2006 e STJ, REsp 790.920-RS, DJ 4/9/2006. STJ, REsp 855.739-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21/9/2006, Informativo nº 297, disponível em <http://www.stj.gov.br>.

Entretanto, cumpre frisar que o Ministério Público somente poderá propor demanda judicial em favor de apenas um indivíduo caso se enquadre nas hipóteses excepcionais previstas em lei. Fora desses casos, o jurisdicionado deverá procurar a assistência da Defensoria Pública ou o patrocínio de um advogado.

<sup>15</sup> Art. 134 da Constituição da República de 1988: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

<sup>16</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 347.

Instrumento coletivo tão eficaz como a ação civil pública, somente reforça a idéia de se ampliar o seu rol de legitimados, o que tem levado a sociedade em geral, a comunidade jurídica e o Legislativo a refletir sobre a necessidade de se conferir igual legitimidade, na defesa do interesse da coletividade, a outras pessoas jurídicas de direito público ou privado, e até mesmo pessoas físicas ou entes despersonalizados.<sup>17</sup>

Nesse passo, foi considerado muito oportuno o advento da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que fez a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, haja vista a credibilidade e o prestígio de que essa instituição goza junto à população em geral.

A inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.448/07, encontra eco nos reclames de uma efetiva propiciação do acesso à justiça, potencializando o âmbito de ação da Defensoria na defesa dos interesses individuais dos necessitados e da coletividade. Outrossim, representa a valorização Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na forma dos arts. 5º, LXXIV, e 134, *caput*, da Constituição, consistindo em verdadeira integralização da assistência jurídica, antes restrita à esfera individual do jurisdicionado, com exceção do direito consumerista.<sup>18</sup>

Os benefícios desta novel legitimação da Defensoria Pública são gigantescos para a sociedade, visto que não mais será necessário ajuizar demandas individuais repetidamente (pulverização de ações), podendo haver a substituição de milhares de ações individuais por uma única tutela coletiva. A utilização da ação civil pública pela defensoria acarretará no combate à exclusão social, através da propiciação de efetivo acesso à justiça, e em significativa desburocratização do órgão estatal judiciário, através da diminuição das demandas individuais, com o conseqüente desafogamento de processos.

Portanto, com a edição da Lei nº 11.448/07, não há dúvida de que o atendimento à população está sendo realizado de forma mais abrangente, uniformizadora e potencializadora das atividades do defensor público. Prova disso são as numerosas ações civis públicas promovidas pelas Defensorias Públicas, objetivando a implementação de políticas públicas de saúde.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> O art. 20, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos do Ministério da Justiça, faz previsão, nos incisos I e II, de outorga da legitimidade ativa para pessoas físicas ou membros de grupo, categoria ou classe. O promotor de justiça Eurico Ferraresi faz boa defesa da legitimidade ativa da pessoa física para as ações coletivas (*in* A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, pp. 136-146).

<sup>18</sup> A Defensoria Pública detém legitimação para as ações coletivas de defesa do consumidor desde 1990, por força do disposto no art. 82, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

<sup>19</sup> Somente para exemplificar, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro já promoveu, no prazo de pouco mais de um ano a contar da edição da novel lei, cinco ações civis públicas relacionadas à questão da saúde pública: a) uma objetivando o fornecimento do leite medicamentoso PKU (tipos 1, 2 e 3) para os pacientes de fenilcetonúria clássica, com liminar deferida para todo o Estado do RJ; b) outra para o reaparelhamento de seis hospitais públicos, municipais e federais, na Cidade do Rio de Janeiro, com sentença procedente e liminar deferida; c) outra, ainda, objetivando o tratamento de doenças relacionadas à exposição à fibra do amianto, com pedido de fornecimento de medicamentos; d) outra, com liminar deferida, para determinar o funcionamento dos postos de saúde, em regime de 24 horas ininterruptas, na Cidade do Rio de Janeiro, para atendimento à epidemia de dengue; e, e) por fim, a última, para aumento do número de leitos no Instituto Estadual de Infectologia São Sebastião (Rio de Janeiro).

## 9. Aspectos jurídico-processuais das tutelas de saúde

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos pelos órgãos públicos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se das tutelas judiciais de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da saúde.

Conferindo efetividade máxima à Constituição da República, o Pretório Excelso, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273834 (DJ 02/02/2001), de relatoria do Min. Celso de Mello, reconheceu o Direito à Saúde, conforme ementa a seguir transcrita:

“SAÚDE. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS . DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. CF/88, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196. PRECEDENTES DO STF”.

É inquestionável que esse direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de risco à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve também abranger a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública da União (Núcleo de Florianópolis - SC) garantiu, através de medida judicial proposta nos juizados especiais federais, o fornecimento do medicamento Viagra a um paciente tetraplégico (sítio [www.dpu.gov.br](http://www.dpu.gov.br). Acesso a Internet em 08/05/2006).

Dessa forma, incluem-se no direito fundamental à saúde até mesmo aqueles medicamentos ou tratamentos médicos não contemplados administrativamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS, visto que a norma constitucional do art. 196 tem natureza elástica e caráter imperativo sobre as normas regulamentares administrativas baixadas pelo Poder Executivo. O Estado deve desenvolver as atividades de saúde dos níveis mais básicos de cuidado até os mais complexos. Isso deve incluir até o sistema de serviço de saúde domiciliar (*home care*), nos casos em que não for viável a internação do paciente, mas este precisar de assistência médica integral e contínua no seu próprio domicílio.

Aliás, o sistema de *home care* (serviço de saúde domiciliar), acompanha a atual tendência mundial de desospitalização, consistindo em estratégia que diminuirá os riscos da contração de infecção intra-hospitalar e possibilitará uma otimização dos leitos hospitalares, além de proporcionar um melhor atendimento das necessidades terapêuticas do paciente, integrando a promoção da saúde com os fatores ambientais, psicosociais, econômicos e culturais que afetam o bem-estar da pessoa e de sua família.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Para um melhor aprofundamento no tema, sugerimos a leitura do trabalho “Enfermagem em *Home Care* e sua Inserção nos Níveis de Atenção à Saúde: a experiência da Escola de Enfermagem da Universidade Federal Fluminense”, de autoria conjunta de Isabel Cristina Fonseca da Cruz, Sílvia Regina Teodoro Pinheiro de Barros e Helen Campos Ferreira, que foi publicado na revista *Enfermagem Atual*, vol. 1, n. 4, pp. 35-8, 2001. Disponível na internet no endereço eletrônico [www.uff.br/nepae/experienciahcsus.doc](http://www.uff.br/nepae/experienciahcsus.doc).

## 9.1. Competência

Quanto à competência para a propositura da medida judicial cabível, esta pode ser de alçada da Justiça Federal ou Estadual, dependendo da pessoa jurídica de direito público que praticou a lesão ao direito à saúde do jurisdicionado. De qualquer forma, quando se tratar do fornecimento de medicamentos, o jurisdicionado pode optar em promover a ação na Justiça Estadual, caso deseje receber os remédios do Estado e/ou do Município, ou então na Justiça Federal, em face de todas as esferas do Poder Executivo, visto que o Sistema Único de Saúde (SUS) abrange todos os entes federativos (responsabilidade solidária), inclusive a União Federal, cuja presença por si só desloca a competência para o foro federal (art. 109, I e § 2º, da CRFB/1988).

## 9.2. Solidariedade passiva

A solidariedade passiva dos entes públicos (União, Estado e Município) resta evidente na leitura do art. 198, caput e parágrafo único, da CRFB/1988, quando afirma que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” e que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da “seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Como a solidariedade passiva implica na possibilidade de o credor cobrar de todos ou de qualquer um dos devedores (arts. 264 e 275 do Novo Código Civil), não há que se falar em quinhão de responsabilidade da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município no fornecimento gratuito de medicamentos ou de tratamento médico. Nessa orientação, o lapidar aresto do E. STJ (RESP 325337/RJ; RECURSO ESPECIAL 2001/0067327-4. DJ DATA: 03/09/2001, p.159, Rel. Min. JOSÉ DELGADO. Julg. em 21/06/2001. PRIMEIRA TURMA. No mesmo sentido: STJ - AGA 253938-RS, AGA 246642-RS e STF - PETMC 1246-SC).

Os municípios, principalmente os menores, têm criticado esse posicionamento da jurisprudência quanto à existência de responsabilidade solidária na saúde, visto que, por vezes, são demandados isoladamente para responder por medicamentos ou tratamentos médicos de alto custo financeiro, que seriam de atribuição do Estado ou da União, de acordo com a divisão administrativa de atribuições do SUS. Entretanto, isso não configura razão suficiente para elidir a responsabilidade municipal. O ideal seria a criação de um sistema de compensação financeira entre os integrantes do SUS, de modo que o ente público que suportou o ônus financeiro de atribuição do outro viesse a ser posteriormente ressarcido por quem restou indevidamente beneficiado em sua omissão. Uma outra opção, para as despesas de grande vulto em que o município não tenha condições orçamentárias e financeiras de arcar sozinho, pode ser a utilização da verba do Fundo Nacio-

nal de Saúde, administrado pelo Ministério da Saúde, que deduziria posteriormente do repasse a ser feito ao ente público responsável (art. 33, §§ 1º e 4º, da Lei nº 8.080/90).

Outra crítica que costuma ser feita à solidariedade passiva ocorre quanto à possibilidade de eventual duplicidade no fornecimento dos medicamentos ao paciente, visto que a decisão judicial, via de regra, determina que os três entes públicos (União, Estado e Município) estão obrigados a fornecer os remédios necessários, o que pode ocasionar o recebimento indevido de medicação e, em alguns casos, a estocagem e formação de uma rede ilegal de alienação dos medicamentos. Entretanto, tal receio pode ser facilmente afugentado pela formação de uma rede de comunicação entre os entes públicos, através da elaboração de um sistema de informática de consulta em tempo real. Inclusive, a própria Lei do SUS (art. 39, § 8º, da Lei nº 8.080/90) já faz tipo de previsão similar.<sup>21</sup>

### 9.3. O pedido e suas especificações

Ainda dentro da esfera judicial, cumpre analisar o pedido e suas especificações quando da propositura da ação. É de curial sabença que, em tratamentos médicos continuados, o uso da medicação pode sofrer diversas modificações através da substituição ou acréscimo de outros remédios, até porque a medicina evolui rapidamente, notadamente no campo de fabricação de novos medicamentos, sempre mais eficazes que os anteriores, inclusive os genéricos, que são muito utilizados pelos hipossuficientes, devido ao seu baixo custo econômico. Há ainda que se considerar a compatibilidade do paciente com o medicamento utilizado, o que pode demandar a substituição do remédio anteriormente utilizado. Também é muito comum o vírus, a bactéria ou o tumor presente nas pessoas enfermas adquirirem resistência ao medicamento, sendo necessário a sua substituição.

Portanto, o jurisdicionado somente precisa especificar na peça exordial a sua enfermidade e os medicamentos dos quais se utiliza no momento da propositura da ação, não constituindo pedido genérico o uso da expressão "..., bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade", desde que, como já frisado, em combinação com a especificação dos medicamentos dos quais já necessita. O pedido formulado dessa maneira encontra respaldo nos princípios da economia processual, da efetividade do processo e do acesso à justiça.

Entendimento contrário ao exposto acima implicaria na obrigação de ter que se propor uma nova ação judicial a cada vez que houvesse modificação ou acréscimo nos medicamentos postulados para o tratamento contínuo da doença. Em última análise, poder-se-ia chegar ao número de dezenas de ações para atender a uma mesma enfer-

<sup>21</sup> "Art. 39, § 8º. O acesso aos serviços de informática e base de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerência informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares".

midade do jurisdicionado, ferindo de morte o princípio da economia processual. Sobre o assunto, já se manifestou recentemente o E. Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o pedido de fornecimento de todos os medicamentos necessários a um determinado tratamento de saúde não constitui pedido genérico ou incerto (RESP 714165-RJ, 2ª Turma, julg. em 01/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 287).

#### 9.4. Prioridade no trâmite processual

Cumpra ainda frisar que é perfeitamente aplicável às hipóteses de tutela de saúde a prioridade no trâmite processual, prevista no art. 1211-A, do Código de Processo Civil.<sup>22</sup> Embora o dispositivo processual refira-se apenas ao idoso, certamente que a intenção do legislador deu-se com base no critério da saúde, na maior incidência de doenças crônicas e de deficiências visual, auditiva e locomotora que costumam acometer a terceira idade. Dessa forma, a urgência de que necessita a tutela de saúde revela-se lógica, sob pena de se colocar em risco a saúde e a vida do paciente.

#### 9.5. Idoso e saúde

ROBSON RENAULT GODINHO destaca que o conceito de idoso saudável encontra-se ligado a critérios funcionais, haja vista a sua vulnerabilidade específica, o que recomenda um tratamento diferenciado por parte do sistema de saúde, que deve tratar das causas de déficit cognitivo e da perda de independência no dia-a-dia da população crescente de idosos:<sup>23</sup>

Assim, o conceito clássico de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS) mostra-se inadequado para descrever o universo de saúde dos idosos, já que a ausência de doenças é privilégio de poucos, e o completo bem-estar pode ser atingido por muitos, independentemente da presença ou não de doenças. Saúde na velhice é autonomia, ou seja, a capacidade de determinar e executar seus próprios desígnios. A capacidade funcional surge como um novo paradigma de saúde para o idoso.

Como forma de proteger o idoso, a Lei nº 10.741/03 demonstra extrema preocupação com a questão da saúde, de modo que confere obrigações ao Poder Público e

<sup>22</sup> O art. 1.211-A encontra-se tacitamente revogado pelo art. 71 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que é norma legal específica e posterior, com redação mais benéfica, que diminui a idade da pessoa idosa para sessenta anos, além de não estar restrita ao âmbito processual, visto que se aplica também aos procedimentos administrativos: "Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância".

<sup>23</sup> GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos – Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21.

até mesmo aos particulares, tais como: políticas de descontos especiais nos preços dos medicamentos, visto que o idoso gasta em média 15% do seu orçamento com saúde, consoante estatísticas fidedignas; o tratamento domiciliar, em substituição à internação hospitalar (art. 15, inc. IV, da Lei nº 10.741/03); a proibição de aumento dos valores cobrados pelos planos de saúde por critério etário (art. 15, par. 3º); dentre outros.

## 9.6. Efetivação ou execução da liminar de saúde: meios de coerção judicial

Entretanto, a maior dificuldade pela qual passa atualmente a tutela de saúde não é a sua concessão liminar, já amplamente reconhecida pelos tribunais pátrios, mas sim o aspecto prático de sua efetivação. Os entes públicos criam obstáculos variados para o cumprimento das liminares judiciais de saúde, o que traz inestimável angústia ao jurisdicionado enfermo e, não raro, até mesmo o advento do óbito ante o tempo demasiado de espera.

Dessa forma, é necessário que o Poder Judiciário utilize-se de todo poder de coerção que a sua função e a legislação lhe disponibilizam, adotando as medidas pertinentes, quais sejam: busca e apreensão dos medicamentos, equipamentos ou materiais cirúrgicos; aplicação de multa pessoal e diária a incidir sobre a autoridade responsável, como forma de coerção indireta (*astreintes*)<sup>24</sup>; responsabilização por improbidade administrativa, passível de apenação com a perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos (art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92), proibição de contratar com a Administração Pública e dever de indenização pelos prejuízos eventualmente verificados; além das sanções de cunho político, com apenação por crime de responsabilidade (art. 85, incs. III e VII, da Constituição; art. 4º da Lei nº 1.079/50; e art. 1º, inc. XIV, do Decreto-Lei nº 201/67), inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90) e decretação de intervenção federal nos Estados e estadual nos Municípios (arts. 34 e 35 da Constituição).<sup>25</sup>

MARCOS MASELLI GOUVÊA apresenta interessante solução para o problema do cumprimento da liminar, embora ele mesmo reconheça que poucos magistrados arcaíam com o ônus político e funcional de tal medida, com sujeição a controle por corregedorias e tribunais de contas:

<sup>24</sup> Anote-se que, para que a multa pecuniária atinja a sua finalidade, a sua incidência não pode recair sobre a pessoa jurídica de direito público, visto que terá pouco efeito intimidatório, além do que será certamente paga com o dinheiro da arrecadação dos impostos cobrados da sociedade; deve, antes, recair na pessoa do administrador público (pessoa física), o qual se sentirá compelido a cumprir prontamente a ordem judicial.

<sup>25</sup> É possível a decretação de intervenção nas hipóteses de violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, b, da Constituição) e de omissão na aplicação do mínimo de receita exigido constitucionalmente para manutenção e desenvolvimento do ensino e da saúde (art. 34, VII, "e"). Entretanto, a experiência demonstrou que as diversas implicações políticas fizeram com que esse instituto da intervenção caísse em descrédito, sem muita utilidade. Cumpre assinalar que em 2005, mediante o Decreto presidencial nº 5.392/05, a título de estado de calamidade pública, o Governo Federal tentou realizar uma camuflada intervenção federal no Município do Rio, através da requisição dos serviços públicos municipais de saúde, o que foi prontamente rechaçado pelo Plenário do STF, por unanimidade, na concessão da segurança do MS 25295-RJ, haja vista os gritantes vícios formais e materiais de constitucionalidade.

Dificilmente uma empresa concordaria em fornecer medicamentos para posterior cobrança, em face do Estado, a não ser que tivesse dívidas que pudesse abater contra este. Não seria inviável - tendo em vista a essencialidade da prestação em tela, repita-se à exaustão - que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa específica (art. 170 do Código Tributário Nacional), mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação.<sup>26</sup>

Outrossim, segundo o entendimento do E. STJ, é possível ao julgador, além de determinar as medidas coercitivas já expostas, adotar também medidas executivas assecuratórias do cumprimento liminar da tutela judicial de saúde, tais como as que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas públicas, haja vista o perigo iminente de grave lesão à saúde ou à vida do paciente. Dessa forma, o bloqueio ou seqüestro do numerário equivalente pode ser utilizado por ato de império do Poder Judiciário, para a compra de medicamentos ou a realização de tratamento médico-cirúrgico (Informativo nº 0281 do STJ. REsp 746.781-RS, 1ª Turma, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 18/4/2006. Precedente: REsp 735.378-RS). Inclusive, o Judiciário pode, em situações extremas, determinar o seqüestro mensal da verba pública, para fins de tratamento de doença crônica, com a obrigação de o paciente periodicamente apresentar a necessária prestação de contas.

### 9.7. Aspectos penais do direito à saúde e responsabilização criminal pelo descumprimento da liminar judicial

Em última análise, cabe ainda a responsabilização criminal do administrador público da saúde pelas omissões perpetradas quanto ao descumprimento do provimento jurisdicional antecipatório ou final, inclusive com a prisão em flagrante pela prática em tese do crime de desobediência (art. 330, CP).<sup>27</sup>

Nesse tocante, convém trazer à colação as preciosas anotações de MASELLI GOUVÊA sobre o direito comparado na *common law*:<sup>28</sup>

<sup>26</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.233. O referido autor ainda apresenta a alternativa de já existirem ONGs que concordariam em adiantar o numerário para a compra dos medicamentos, aguardando posterior reembolso quando da liberação dos recursos públicos.

<sup>27</sup> A doutrina discute se o funcionário público pode responder pelo delito de desobediência, visto que este se insere no rol dos "Crimes praticados pelo particular contra a Administração em geral" (Capítulo II, do Título XI, da Parte Especial do Código Penal). Devido a isso, vários doutrinadores têm entendido de que a correta capitulação do ilícito seria a de prevaricação, que por possuir procedimento especial (crime praticado por funcionário público) afastaria as benesses da Lei nº 9.099/95. O problema é a grande dificuldade prática para configurar o elemento subjetivo específico (vontade de "satisfazer interesse ou sentimento pessoal"), exigido para caracterizar a prevaricação (art. 319, CP).

<sup>28</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.239.

A possibilidade de prisão da autoridade inadimplente é sem dúvida a questão que mais desperta paixões e curiosidades, quando se trata da entrega de medicamentos. No direito anglo-americano, desenvolveu-se no seio da jurisdição de equidade o *judicial injunction*, remédio processual de cunho mandamental, pelo qual o juiz determina condutas ativas e abstenções sob pena de multa ou, o que é muito comum, de prisão por desrespeito à ordem do tribunal (*contempt of court*).

Esta prisão coercitiva tornou-se a principal cominação quando da implementação de políticas públicas pelo Judiciário norte-americano, notadamente nos *prison reform cases*.

Aliás, sobre o aspecto penal do descumprimento das tutelas de saúde, há algumas considerações de relevância a se fazer. Demonstra-se lógico que não se pode conferir ao descumprimento de uma ordem judicial relativa ao direito à saúde o mesmo peso que é atribuído à mera desobediência de uma ordem legal qualquer emanada de um funcionário público (em tese, crime de desobediência).

Isso porque o delito de desobediência encontra-se tipificado no art. 330 do Código Penal Brasileiro, consistindo na desobediência à ordem legal de qualquer funcionário público no exercício de suas funções, com cominação de pena de detenção de quinze dias a seis meses e multa. Devido a sua baixa potencialidade, o delito de desobediência é considerado infração penal de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95), inclusive cabendo proposta de transação penal e de suspensão do processo (*sursis* processual), além de admitir, em tese, liberdade provisória sem necessidade sequer do pagamento de fiança. Em outras palavras, a atitude verdadeiramente criminosa do administrador público em não cumprir ou retardar o cumprimento da tutela judicial de saúde, o que pode resultar até no óbito do paciente, na pior das hipóteses somente acarretará na obrigação mensal de entregar cesta básica alimentícia.

Entretanto, o descumprimento de uma ordem judicial que tutela interesse indisponível (direito à saúde), cuja ofensa pode levar ao resultado lesão corporal ou morte, deve ser necessariamente punido com maior rigor, ao invés de ser enquadrado na “vala comum” dos delitos de desobediência. Dessa forma, até mesmo como medida profilática, deve o legislador providenciar as alterações legais necessárias de modo a tornar mais efetiva a punição criminal desse tipo de conduta, como, por exemplo, instituindo uma qualificadora que venha a agravar a pena para esses casos, se possível com a exclusão da competência dos Juizados Especiais Criminais e das benesses instituídas pela Lei nº 9.099/95 (suspensão do processo e proposta de transação penal).<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Embora, aparentemente, esta sugestão possa estar indo contra a tendência atual do moderno direito penal, que é a intervenção mínima do aparato estatal repressor no seio da sociedade, se possível com a descriminalização de condutas que não contenham maior gravidade, na realidade, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, a desobediência de uma ordem judicial que garante o direito à saúde não é de menor importância; pelo contrário, essa odiosa conduta acaba por lesionar o direito primordial à vida (maior bem jurídico tutelado pelo direito penal), o que justifica o endurecimento da sanção penal.

De qualquer forma, em que pesem as dificuldades de ordem prática acima apontadas no campo da persecução penal, a sanção indireta de prisão em flagrante ou de determinação de abertura de inquérito tem se revelado eficaz, certamente pelo receio de um constrangimento público a que as autoridades da saúde não querem se sujeitar.<sup>30</sup>

Por fim, cumpre destacar que o Código Penal brasileiro reserva todo um capítulo (Cap. III, do Título VIII – arts. 267 ao 285, CP/1940) para a tipificação e cominação de pena para os denominados crimes contra a saúde pública. Dois destes foram elevados à categoria de crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90, portanto insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança: causar epidemia com resultado morte (art. 267, par. 1º, CP); e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e pars. 1º, 1º-A e 1º-B, CP).

## 9.8. Suspensões de liminares de saúde pelo STF

Fatos recentes têm causado extremo alvoroço no campo da tutela judicial da saúde. Tratam-se das recentes decisões, aparentemente controvertidas, proferidas pela presidência do Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e de Suspensão da Segurança (SS). Tudo começou com a STA nº 91, na qual a presidência do STF suspendeu o fornecimento de medicamentos, afirmando que o direito à saúde não se realiza individualmente, mas por meio da efetivação de políticas públicas que beneficiam a população como um todo. Dessa forma, somente teriam caráter obrigatório os medicamentos que constassem na lista do SUS.

A decisão supracitada gerou uma corrida das secretarias de saúde para o Supremo Tribunal Federal, com base na STA nº 91. Entretanto, decisões mais recentes da própria presidência do STF deixaram claro que o raciocínio jurídico empregado na STA nº 91 trata-se de medida tópica, pontual, não se aplicando a todos os casos, sendo certo que cada processo judicial deve ser analisado individualmente, de forma concreta, e não abstrata e genericamente. As decisões favoráveis à manutenção do fornecimento dos medicamentos tiveram embasamentos diversos: hipossuficiência dos pacientes; gravidade das enfermidades; continuidade do tratamento e efeitos deletérios de sua interrupção.

Poder-se-ia pensar que a motivação da decisão na STA nº 91, prejudicial ao direito dos pacientes, deveu-se ao fato de se tratar de uma ação civil pública (tutela coletiva), cujo impacto financeiro poderia afetar drasticamente o sistema público de saúde, daí a necessidade de um maior rigor nos casos de tutela coletiva, restringindo-se as suas possibilidades somente aos medicamentos presentes na listagem do SUS.<sup>31</sup> Entretanto,

<sup>30</sup> Marcos Maselli Gouvêa (ob. cit., p. 243) destaca a necessidade de se aprofundar a discussão acerca da incorporação de uma prisão processual civil (de natureza não-penal), como o *contempt of court*, no sistema brasileiro. Acrescenta, ainda, que o instituto da prisão por descumprimento de ordem judicial é empregado nos países de tradição anglo-saxônica e, também, no sistema germânico. Além desses, a doutrina italiana tem defendido enfaticamente a adoção desse mesmo mecanismo.

<sup>31</sup> Tal raciocínio deve ser abominado, visto que a ação civil pública constitui importante instrumento de efetivação dos direitos sociais e de defesa da coletividade, evitando a pulverização das demandas e desafogando o próprio Poder Judiciário.

a presidência do STF utilizou-se dos mesmos fundamentos para suspender direito individual à medicação (Suspensão da Segurança nº 3.073, julg. em 9/2/2007), o que fez novamente pairar uma nebulosidade quanto aos critérios a serem seguidos para determinar a obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos. Dessa forma, torna-se desejável que sejam fixados critérios mais claros e racionais para que cada situação assemelhada receba idêntico tratamento.

## 10. Princípio da reserva do possível

Por derradeiro, os entes públicos muito têm criticado a “judicialização” da saúde, principalmente sob a alegação de que essa “intromissão indevida” do Judiciário irá acarretar, num futuro próximo, na inoperância total do sistema público de saúde, haja vista os representativos gastos financeiros disponibilizados para a cobertura das decisões judiciais, que consomem uma boa parte do orçamento da Saúde. Realmente, há de se convir que o ideal seria que o sistema funcionasse adequadamente na esfera administrativa. Afinal, nenhum paciente gosta de enfrentar as agruras de um processo judicial para conseguir fazer valer o seu direito. Entretanto, a solução administrativa não é o que vem ocorrendo de praxe. Muito pelo contrário, os entes públicos revelam-se os maiores descumpridores das tutelas judiciais de saúde, o que não dizer então do seu adequado funcionamento administrativo.

Nas tutelas de saúde, o Estado tem alegado em sua defesa o princípio da “reserva do possível”, que consiste na idéia de que os recursos públicos são limitados, enquanto que as demandas sociais são ilimitadas. Com base nisso, o Estado teria discricionariedade para eleger as políticas públicas que deseja implementar. Não merece prosperar tal argumentação, visto que o direito à saúde constitui o direito mais básico e essencial do ser humano, razão de ser da própria criação do Estado, motivo pelo qual merece máxima prioridade, devendo sobrepor-se a outras destinações orçamentárias, tais como: verbas para propaganda governamental, verbas de representação, dentre outras. Aliás, para uma perfeita prestação de saúde pública, faz-se necessário um adequado controle das verbas orçamentárias, em todos os níveis (não só na execução das verbas, mas também na elaboração do orçamento). O Pretório Excelso já se posicionou sobre o assunto, na ADPF nº 45-9/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, entendendo pela preservação do núcleo essencial “mínimo existencial”, *verbis*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POS-

SÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

## 11. Conclusão

*Ad conclusio*, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, o poder público não pode mostrar-se insensível ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que pela via da omissão, em grave comportamento inconstitucional, consoante já bem pontuado pelo E. STF.

## 12. Referências Bibliográficas

ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*, 25ª ed. Itatiaia, Belo Horizonte. (Coleção Buriti n. 41), 1988.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASSO, Maristela et ali. *Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública*. São Paulo: IDCID, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, coord.: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007.

GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos – Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. A Efetividade dos Direitos Sociais*, coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSEN, George. *Uma história de saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva. São Paulo: UNESP, 1994.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.