

DIREITO À SAÚDE: GARANTIA E PROTEÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

THE RIGHT TO HEALTH

Euclides Benedito de Oliveira^()*

RESUMO

O presente estudo trata do direito da pessoa humana à saúde como consectário do direito à vida. Analisa a garantia desse direito pelo Estado, por decorrência de convenções internacionais de direitos humanos e normas constitucionais e legais em vigor no Brasil.

O autor argumenta com a necessidade de atendimento sanitário integral à população, incluindo medidas preventivas, tratamento médico-hospitalar e fornecimento gratuito de medicação à pessoa doente.

A exposição doutrinária se completa com invocação de precedentes jurisprudenciais que apontam a responsabilidade do Estado pela efetivação do direito à saúde nos casos individuais trazidos à apreciação do Judiciário.

Palavras-chave:

Direito à Saúde, Direitos Humanos, Jurisprudência, Medicamentos.

ABSTRACT

The present study relates to how human have the according rights to the health as they do their lives. It analyses the guarantee of these rights by the State, as a result of the international conventions of Human Rights and constitutional and legal norms in force in Brazil.

The author argues with the necessity of the integral sanitary care to the population, including preventive measures, hospital medical treatment and free supply of medication to the ill individual.

The doctrinarian exposition is completed with the invocation of jurisprudential precedents which adduces to the responsibility of the State by taking

(*) O autor é Juiz de Direito aposentado, advogado e doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

effect of the right to health on individual cases brought per appreciation of the Judiciary.

Keywords

Rigth to the Health, Human Rigths Precedent, Medicine.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA: PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COM O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Para os fins deste estudo, propõe-se demonstrar a relevância do direito à saúde como componente do direito à vida e à subsistência da pessoa humana em condições de dignidade.

Em se tratando de direito fundamental das pessoas, a saúde deve merecer proteção integral por parte do Estado, mediante assistência que garanta a efetividade daquele direito em todos os planos, sejam preventivos, de manutenção e de recuperação (cura).

Destaca-se, como proposta de estudo, a assistência não apenas médico-hospitalar mas, especificamente, a sua indispensável e necessária complementação com o fornecimento de medicamentos exigidos para o tratamento da pessoa vitimada, especialmente quando se evidencie a sua hipossuficiência econômica.

2. CONCEITO DE SAÚDE. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Entende-se por saúde da pessoa não apenas o equilíbrio somato-psíquico, definido pelos romanos sob o aforisma *mens sana in corpore sano*. Também não se trata simplesmente de ausência de doença. O conceito mais abrangente, preciso e objetivo é dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua constituição, datada de 26 de julho de 1946, ao considerar como saúde “o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”.

Significa dizer que se reconhece sadia e saudável não apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de hígidez física e mental, mas aquela que se acha integrada na convivência social, como elemento participante e receptivo dos benefícios da vida comunitária⁽¹⁾.

(1) A afirmação atende ao reconhecido conceito de que “nenhum homem é uma ilha”, ou de que “o homem isolado é uma abstração” (Von Wiese). **Ao invés, a pessoa humana revela natureza eminentemente gregária, como um verdadeiro “animal político” (Aristóteles).**

Tem sido constante e natural preocupação histórica dos povos a busca de um ideal de saúde, para o fortalecimento do grupo e até mesmo por instinto de preservação da espécie humana, tantas vezes ameaçada por lutas fratricidas, guerras de conquista e epidemias de caráter destrutivo.

O surgimento de médicos, ao lado dos “mágicos”, curandeiros ou feitiçeiros, data dos primórdios da humanidade, com notícias que remontam ao ano de 4.000 a.C., entre os Sumérios, na Mesopotâmia.

Bem se conhece, pelos relatos bíblicos, o cuidado dos judeus com a circuncisão dos infantes, que, ao lado de preceito religioso, apresenta indisfarçável preocupação higiênica e preventiva.

Entre os gregos, o incentivo a práticas desportivas certamente se liga à idéia de equilíbrio orgânico, pelos elementos “força” e “beleza”, para o almejado equilíbrio entre corpo e alma, a que se somaram os conhecimentos científicos e a notória atuação empírica do mestre Hipócrates (o “Pai da Medicina”).

Das mais remotas origens, perpassando pelo período algo trevoso da Idade Média, ressurgiu com mais vigor o trato da saúde das pessoas como componente de força do trabalho, desde que instaurada a sociedade industrial, nos tempos modernos.

Sobre o alvo da medicina “curativa” aliou-se o ideal da “prevenção”, que tomou corpo com o chamado “Estado do bem-estar social” (*welfare state*), para garantia de iguais condições de digna existência a todos os membros da sociedade.

Daí nasceu, como órgão integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, passando a influenciar positivamente nas legislações próprias de cada Estado.

O atual conceito de saúde, como já visto, alarga-se da definição puramente somato-psíquica para fundamentar-se em um objetivo de “qualidade de vida” que depende de todo um conjunto de direitos inerentes às pessoas humanas e ao ambiente em que se situam. Há um bloco sistêmico de condições a preservar para que se alcance o bem-estar individual e social.

Com esses parâmetros, conclui *Germano Schwartz*, em preciosa monografia sobre o tema, que a saúde pode ser conceituada como:

“um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar”⁽²⁾.

(2) Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

3. DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS REFERENTES À SAÚDE

Nos textos mais antigos de declaração de direitos, como no *Bill of Rights* e estatutos semelhantes, nada se encontra com respeito à proteção sanitária. As preocupações da época cingiam-se ao plano político das limitações de poder do Soberano.

A mesma situação se vislumbra na Declaração de Direitos da Revolução Francesa, não obstante a consagração dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade em contraponto ao regime absolutista que veio a ruir com a Tomada da Bastilha.

Foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta do seu artigo 25:

“Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”⁽³⁾.

No mesmo tom, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuida do direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício⁽⁴⁾.

Nesse sentido as disposições de seu artigo 12:

“Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Para o alcance dessa proteção integral à saúde das pessoas, o Pacto estabelece a obrigação de os Estados adotarem medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

(3) Declaração proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, com adesão pelo Brasil.

(4) Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de novembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

No mesmo ideal de proteção sanitária a proclamação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica⁽⁵⁾.

No seu artigo 4º afirma-se o direito à vida, desde o momento da concepção. E no artigo 5º é referido o direito à integridade pessoal:

“Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Embora o Brasil tenha sido signatário da Declaração Universal e dos Pactos acima referidos, demorou-se a tomar providências legislativas internas que assegurassem aqueles direitos declarados como dignos de proteção. Essa omissão decorreu do inadmissível retardamento da ratificação do Pacto no âmbito interno, somente ocorrida no ano de 1992.

Nesse intermédio de torpor legislativo, cresceu, no entanto, a movimentação na esfera jurídico-social pela implantação de um sistema de reforma sanitária, no que merece especial destaque o trabalho desenvolvido desde a década de 80 por SUELI GANDOLFI DALLARI, a sustentar que a saúde constitui direito fundamental do homem, demandando providências legais e administrativas para assegurar a sua efetiva proteção nos planos preventivo e de sanção das moléstias que põem em risco não apenas a rigidez individual mas a própria segurança da coletividade afetada⁽⁶⁾.

4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Conseqüência natural do mais relevante dos direitos humanos, que é o direito à vida, situa-se em plano de igual importância o direito à saúde, nos seus aspectos individual e social.

Em ligeiro retrospecto legislativo, no que concerne especificamente ao direito à saúde, verifica-se inexistência de disposições próprias no texto das Constituições brasileiras de 1824 e de 1891.

Na Carta de 1934, que tem notório fundo social, surgiram indicações de preocupação sanitária, com a previsão de competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para adoção de “medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade dos in-

(5) Adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

(6) Trabalhos diversos sobre temas ligados ao direito sanitário, mencionando-se, dentre outros: O Direito à Saúde, *in* Revista de Saúde Pública, São Paulo, 1988, n. 22, pp. 57 a 63; A Saúde do Brasileiro, 9ª ed., São Paulo, Moderna, 1987; A Responsabilidade pela Saúde, *in* Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1988, n. 83, pp. 44 a 53.

fantes; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” (artigo 138, letra “f”).

Não se reproduziram iguais referências, contudo, na Constituição imposta ao País em 1937. E tampouco na Carta votada em 1946, embora o elenco de direitos individuais do seu artigo 141 contemple a “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”, e normas de cunho protetivo ao trabalhador, no artigo 157, com menção à higiene e segurança do trabalho (inciso VIII), assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante (inciso XIV). Nas normas institucionais impingidas por governo de força em 1967 (por isso impropriamente chamadas de “Constituição”), vale referência ao disposto em seu artigo 8º, inciso XIV, onde se delegava à União competência para “estabelecer planos nacionais de educação e saúde”.

A Constituição Federal de 1988, após colocar como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inc. III), enuncia o elenco dos direitos e garantias fundamentais a partir da “inviolabilidade do direito à vida” (artigo 5º, *caput*). E, na seqüência, a Constituição proclama o rol dos direitos sociais, neles incluindo a “saúde” (artigo 6º), cujos lineamentos constam de outras disposições em título próprio.

Trata-se de louvável inovação do legislador constituinte. Nas anteriores Constituições do País, conforme já visto, a proteção da saúde só aparecia incidentalmente, ou em capítulo referente aos trabalhadores. Como assinala Dalmo de Abreu Dallari, em comentário da época, “embora se diga que existe o direito à higiene e segurança do trabalho e à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, o conjunto dos dispositivos torna muito precários esses direitos”. Daí sua conclusão, válida para o contexto legislativo anterior a 1988: “Por tudo isso, não se pode dizer que o direito à proteção da saúde esteja assegurado às pessoas na Constituição brasileira”⁽⁷⁾.

A situação agora é totalmente diversa. A expressa referência da Constituição de 1988 à saúde como direito social do trabalhador constitui necessário reflexo da proteção à vida das pessoas, no sentido de sua preservação para uma existência digna. Faz parte dos direitos sociais, em complemento aos direitos individuais, com igual respaldo constitucional de garantias por parte do Estado⁽⁸⁾.

Ainda na mesma linha de proteção, dispõe nossa Carta Magna, nos artigos 194 e seguintes, sob a rubrica “Da ordem social”, que “a seguridade

(7) O que são direitos da pessoa, 2ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1982, pp. 57 e 58.

(8) Note-se que os “direitos e garantias fundamentais” constam do Título II da Constituição Federal de 1988, subdividindo-se em “direitos e deveres individuais e coletivos” (capítulo I) e em “direitos sociais” (capítulo II).

social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Não se trata de mero plano de intenções, mas afirmativa solene de proteção às pessoas, reconhecendo que possuem direito público subjetivo à saúde e que o Estado tem a obrigação de garantir sua efetividade. Nesse tom, proclama o artigo 196 da Constituição que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. O artigo se completa com a afirmação de que esse direito é “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

No capítulo referente à família, a Constituição reforça a preocupação com a questão sanitária ao dispor que “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente...” (artigo 227, § 1º). Os cuidados atinentes aos filhos se repetem com relação aos pais, que haverão de ser amparados “na velhice, carência ou enfermidade” (artigo 229). Esse dever assistencial, que não é só do Estado, mas também da família e da sociedade, visa assegurar às pessoas idosas “sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (artigo 230).

Está consagrado, portanto, em dispositivos explícitos de nosso ordenamento maior, que se garante o direito humano à saúde, cumprindo ao Estado dar efetividade a esse direito em todos os seus planos, seja com medidas de cunho preventivo como em medidas de recuperação da pessoa agravada em suas condições físicas ou psíquicas inerentes a uma existência digna.

Nessa contextura, anote-se, também, a previsão constitucional assecuratória de proteção ao meio ambiente, para atingimento de uma “sadia qualidade de vida”. Está dito no seu artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Pela tutela do meio ambiente atinge-se, de forma indireta mas obrigatoriamente conseqüente, o bem-estar e a saúde da população, pela melhor qualidade de vida que se lhe propicia.

Importante salientar esse aspecto de íntima relação entre o meio ambiente e a saúde pública, conforme estudado por Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, no afirmar que “a batalha se trava em várias frentes — curar as doenças, assim como a prevenção e educação em saúde. Saneamento básico, moradia e alimentação, por exemplo, previnem uma infinidade de

doenças. Por outro lado, hábitos higiênicos, harmoniosa relação trabalho-lazer, ambiente tranqüilo, relações afetivas estáveis e gratificantes, estabilidade profissional e do país — eis outras variáveis não menos importantes para a manutenção da saúde”⁽⁹⁾.

A “saúde pública”, que em verdade resulta da somatória da “saúde individual” de cada um dos membros da sociedade, está forçosamente ligada a comportamentos de cunho preventivo, exigindo uma estratégia em que se estudem as causas de surgimento das moléstias, especialmente aquelas de cunho endêmico, sejam assentados os objetivos a atingir para evitar a eclosão dos males e se estabeleçam efetivos meios de ação, mediante recursos financeiros destinados a esse propósito e o equipamento estrutural indispensável para sua execução, compreendendo instalações e material humano habilitado ao seu desempenho.

5. LEI ORGÂNICA DA SAÚDE: LEI N. 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990

Compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre a defesa da saúde e sua proteção, bem como sobre o meio ambiente (artigo 24, VI, VIII e XII, da Constituição Federal de 1988). Cabe aos Estados, naturalmente, a edição de legislação complementar à firmada pela União, em apoio à solução dos problemas sanitários. Reserva-se aos Municípios, como de tradição, legislar sobre assuntos de natureza local (art. 30, I) e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, respeitando a ambas (art. 30, III).

O dever genérico de proteção à saúde é do Estado, não assim compreendido apenas o Estado-membro da Federação, mas o Estado em todos os seus níveis, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cada um na medida de suas atribuições.

Na esteira da rede protetora estendida pela Constituição Federal alinham-se análogos regramentos infraconstitucionais, a partir das Constituições de cada Estado da Federação. Assim é que a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 219, parágrafo único, inciso 4, garante o “atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde”. Na seqüência, diz o artigo 222, inciso V, que deve ser observada a “gratuidade dos serviços prestados, vedada a cobrança de despesas e taxas, sob qualquer título”. Tudo isso dentro do que dispõe o artigo 223, inciso I, da Carta paulista, ou seja, “assistência integral à saúde, res-

(9) Crimes contra o meio ambiente, 2ª ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 93.

peitadas as necessidades específicas de todos os segmentos da população”.

A regulamentação federal da matéria consta de uma série de normas legais, decretos, resoluções e portarias, a partir do texto básico da Lei 8.080/90, que veio a ser apelidada de “Lei Orgânica da Saúde”, pela abrangência do seu conteúdo normativo.

Referida lei dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), previsto no artigo 198 da Constituição Federal, dando-lhe a necessária implementação para funcionamento garantidor da proteção à saúde. Seu artigo 2º reafirma o preceito constitucional de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Explicita o § 1º desse artigo que “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso único e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Estão aí presentes, portanto, os objetivos de um sistema protetivo integrado, que se aparelhe com medidas preventivas, protetivas e recuperatórias, visando a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Para tanto é que se ordenou o citado “Sistema Único de Saúde”, como um conjunto de ações e serviços sanitários a cargo de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e de fundações mantidas pelo Poder Público (artigo 4º).

Dentre as atribuições do SUS, a par da vigilância sanitária e epidemiológica, situa-se também a preservação da saúde do trabalhador e a prestação de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, inciso I, letra “d”).

O artigo 6º, § 3º, da comentada Lei traz um conceito de saúde do trabalhador que, na verdade, abrange uma série de atividades destinadas à promoção e proteção de sua rigidez física e mental, assim como sua integração na vivência social.

Interessante frisar, como diretriz da ação conjunta dos órgãos integrantes do SUS, a conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos dos três níveis de Poder para a prestação dos serviços de saúde (art. 7º, XI). Sem esse suporte material e humano, com destaque para os recursos orçamentários, resultaria inócua a previsão de esforço concentrado para a meta de preservação da saúde da população. Faz parte, essa

implementação de cunho material, do sistema protetivo, a fim de dar efetividade em cumprimento ao mandamento constitucional de garantia do direito em exame. Sobre as fontes dos recursos e a gestão financeira do SUS dispõem os artigos 31 a 35 da Lei n. 8.080/90.

O artigo 43 da mesma Lei afirma a gratuidade da assistência devida pelo Estado, em termos incisivos: “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

Outros diplomas legais relacionados a questões de saúde podem ser citados (sem intuito exaustivo), tais como:

- Lei n. 7.802/89, sobre o controle de agrotóxicos;
- Lei n. 9.273/96, que torna obrigatória a inclusão de dispositivo de segurança para evitar a reutilização das seringas descartáveis;
- Lei n. 9.313/96, sobre distribuição gratuita de medicamentos aos portadores e doentes de AIDS;
- Lei n. 9.431/97, relativa a programas de controle de infecções hospitalares;
- Lei n. 9.434/97, sobre remoção de órgãos e transplantes;
- Lei n. 9.656/98, modificada por medidas provisórias de sucessivas reedições, dispendo sobre atividades suplementares e o ressarcimento de operadoras privadas de saúde;
- Lei n. 9.797/99, estabelecendo obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede do SUS;
- Lei n. 9.961/00, que regula a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Os princípios e regras basilares da Constituição Federal constam, igualmente e em caráter suplementar, das Constituições Estaduais e de Códigos de Saúde estaduais e municipais, além de vasta legislação esparsa sobre normas de caráter sanitário.

6. GARANTIA DE PROTEÇÃO À SAÚDE

A extensa e firme normatização constitucional e infraconstitucional sobre o direito à saúde, sua proteção e garantias, exige efetiva implementação com instrumentos hábeis ao alcance dos seus fins.

Não se cuida de regras de mera intenção ou de normas programáticas, que a nada levariam no plano concreto de atendimento aos carentes. A doença, quando não prevenida a contento, exige pronto remédio. E o Estado vê-se obrigado a essa prestação em garantia e salvaguarda do direito violado.

A saúde constitui direito social, como já assinalado, estando circunscrita ao título constitucional de direitos e garantias fundamentais. É direito público subjetivo, portanto, podendo ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados, quando falhe o Poder Público, que não pode agir discricionariamente no atendimento a esse dever assistencial.

Assim sendo, o dispositivo do artigo 196 da Constituição Federal, repisado no artigo 2º da Lei 8.080/90, apresenta-se de pronto “judicializável”, uma vez que seu descumprimento pode ser objeto de ação assecuratória de cumprimento do direito fundamental eventualmente posto em xeque pela omissão dos órgãos encarregados de sua execução.

Esvai-se nas brumas do tempo a teoria de normas constitucionais meramente programáticas. Predomina o entendimento de que todas elas, ao ditar direitos fundamentais das pessoas, se tornam *self-executing*, por não admitirem normas em contrário e nem complacência com seu descumprimento.

Com efeito, não mais se admitem as normas meramente “programáticas”, que seriam princípios gerais a serem observados na pendência de regulamentação futura. Normas dessa natureza teriam eficácia limitada, sem força suficiente para sua pronta aplicação, a dar-se apenas com sua viabilização por lei complementar⁽¹⁰⁾.

Ao contrário, conforme lições de eminentes constitucionalistas como *José Joaquim Gomes Canotilho*, em Portugal, e *Dalmo de Abreu Dallari*, entre nós, todas as normas constitucionais se revestem de eficácia imediata e plena, sendo portanto judiciáveis ou judicializáveis pelos instrumentos próprios de garantia dos direitos fundamentais das pessoas, e não admitindo, de outra parte, qualquer norma em contrário no plano da legislação infraconstitucional.

Assinala *Paulo Bonavides* que “a nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios de Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual ilusória a dignidade da pessoa humana, não passando de mera abstração”⁽¹¹⁾.

(10) V. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 138.

(11) *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 793.

Na mesma linha de entendimento a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, no afirmar que o caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas neles 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”⁽¹²⁾.

Veja-se que a mesma Constituição contém regra expressa, no § 1º do artigo 5º, de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Enquadram-se como tais, de igual modo, os direitos sociais proclamados no artigo 6º da Constituição, onde incluído o direito à saúde, pois são autênticos direitos fundamentais das pessoas (abrangência no mesmo Título que encabeça citados artigos, sob essa precisa denominação).

Como bem sintetiza *Germano Schwartz*, em precisa análise do tema: “Com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é *direito fundamental do homem*, temos que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de *aplicabilidade imediata e de eficácia plena...*”⁽¹³⁾.

7. PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO. AÇÕES JUDICIAIS

Sendo a saúde um direito fundamental das pessoas e considerando-se a auto-aplicabilidade dos regramentos protetivos ditados pela Constituição Federal, mais o comando advindo de expressas e claras disposições de normas infraconstitucionais, tem-se por necessária conclusão que, falhando o Poder Público na prestação dos serviços assistenciais que lhe competem, haverá de se garantir a efetivação daquele direito mediante o instrumental jurídico da alçada do Poder Judiciário.

São regras basilares de nosso Direito Positivo, inerentes ao sagrado direito de acesso à Justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal), porquanto “a todo direito corresponde uma ação que o assegura” (artigo 75 do Código Civil de 1916).

Os meios legais de proteção judicial do direito à saúde compreendem a plenitude dos remédios constitucionais e processuais, sejam individuais ou coletivos, no intuito de obter plena e efetiva assistência.

(12) RE 271.286-RS, rel. Min. Celso de Mello.

(13) Direito à Saúde, *op. cit.*, p. 63.

Cumpra repisar que a saúde é um direito público subjetivo, com característica marcadamente individual. “Daí que todas as garantias individuais concernentes a direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor”⁽¹⁴⁾.

Podem ser enumerados, dentre outros e sem pretensão de esgotar a casuística, os seguintes meios judiciais de acesso à proteção merecida pelo direito à saúde:

- direito de petição (artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal), para o reclamo administrativo da assistência devida ao prejudicado,
- mandado de segurança (individual — artigo 5º, LXIX, da Constituição, ou coletivo — artigo 5º, LXX, da Constituição), para proteção de direito líquido e certo em caso de lesão do direito à saúde por inércia que se caracterize como ilegalidade ou abuso de poder por parte do agente público,
- mandado de injunção (artigo 5º, LXXI, da Constituição), para implementação prática da norma legal protetiva do direito à saúde, quando se mostrem falhos os mecanismos existentes,
- ação civil pública (Lei 7.347/85), para suprir omissões no cumprimento de serviços assistenciais em casos de direitos ou interesses difusos e coletivos,
- medida cautelar inominada (artigo 798 do Código de Processo Civil), quando houver fundado receio de que a omissão de assistência pelo Poder Público, até que seja compelido por ação ordinária, cause ao prejudicado lesão grave ou de difícil reparação,
- ação ordinária, com possível observância do procedimento sumário (artigos 274 e 275, inciso I, do Código de Processo Civil), declaratória do reconhecimento do direito do doente à assistência integral pelo Estado, com preceito cominatório para sua prestação (artigo 287 do Código de Processo Civil),
- tutela antecipada (artigo 273 do Código de Processo Civil), para que se obtenha desde logo a prestação da assistência reclamada, evitando-se o perecimento do direito.

Assume papel de relevo a Defensoria Pública (ou Procuradoria da Assistência Judiciária, em São Paulo), pela sua atuação permanente e gratuita na defesa judicial dos interesses da população carente.

(14) Germano Schwartz, *op. cit.*, p. 121.

No mesmo plano, cumpre ressaltar a importância da atuação do Ministério Público (artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal), na promoção do inquérito civil para apuração de responsabilidades públicas e de particulares nos serviços de saúde, podendo celebrar termos de ajustamento de conduta ou, quando necessário, ajuizar ação civil pública em defesa de direito difuso e coletivo.

Também as organizações não governamentais (ONG's), com participação de voluntários sem interesses de lucro, possuem espaço ativo para atuação em defesa da saúde da população, suprimindo lacunas da providência estatal.

8. PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE MEDIANTE O FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO AO DOENTE. ESTUDO DE UM CASO

Põe-se em destaque a situação do fornecimento de medicamentos essenciais ao tratamento de pessoa enferma. Trata-se de ponto nevrálgico da assistência devida pelo Estado, em necessário complemento à assistência médico-hospitalar.

Bem se conhece a dificuldade enfrentada pelo doente no tratamento recuperatório de sua saúde. Pode ter obtido regular assistência do profissional médico, assim como a preciosa infra-estrutura hospitalar em casos de cirurgia e internação. A disponibilização de tais serviços, que pode advir do próprio Estado, por prestação direta ou conveniada, ou de entidades particulares que integram os chamados "planos de saúde", nem sempre é seguida do indispensável acompanhamento doméstico, quando o doente fica à mercê de seus recursos financeiros para a compra dos medicamentos, que muitas vezes são de elevado custo. Para os carentes, nesse caso, coloca-se a prática impossibilidade de aquisição dos produtos, pondo em risco o tratamento a que se acham obrigados. Vem daí, por conseqüência, o indeclinável dever do Estado de prestar, dentro da integralidade que lhe compete, assistência também no fornecimento dos remédios exigidos para a proteção da saúde da pessoa atingida.

8.1. Moléstias graves

Como exemplos de moléstias graves, que exigem longo e custoso tratamento extra-hospitalar, por ministração de remédios de difícil e onerosa aquisição, mencionam-se os casos de AIDS (ou SIDA — síndrome da imuno-deficiência adquirida), deficiências renais, tumores cancerígenos, cardiopatias agudas ou crônicas e as situações de esclerose, das

quais se destaca, pelo caráter insidioso, maligno e letal, a “esclerose lateral amiotrófica” (E.L.A.).

Trata-se, essa espécie de esclerose, de doença neurodegenerativa, progressiva, irreversível, fatal, que afeta os neurônios que controlam os movimentos voluntários da pessoa. Os sintomas mais evidentes são limitações físicas inerentes à debilitação orgânica, com nocivas conseqüências sobre toda a musculatura, inclusive dos membros superiores e inferiores, instrumentos da fala, da deglutição e da respiração⁽¹⁵⁾.

Após a manifestação dos sintomas de “E.L.A.”, o período de sobrevivência da pessoa tem-se mostrado muito reduzido. A única forma de prolongamento para conter a progressividade da moléstia dá-se por meio da ingestão diária de medicamento apropriado e sessões fisioterápicas.

O tratamento da referida enfermidade demanda um coquetel de medicamentos específicos, ainda em caráter experimental, dentre eles o denominado RILUTEK (nome genérico Riluzole) e o NEURONTIN 400. Seu custo é bastante significativo e certamente fora do alcance da maioria dos doentes, tendo-se em consideração, ainda, que se exige consumo diário e prolongado dos medicamentos no intuito de preservar a abalada saúde da vítima.

Diante da situação que impossibilite o doente de custear o dispendioso tratamento, outra alternativa não lhe resta senão a de reclamar junto aos órgãos de saúde do Estado o fornecimento gratuito dos remédios necessários por atestação médica, salientando a urgência no tratamento e seu caráter emergencial em vista do caráter degenerativo e progressivo da doença.

8.2. Direito à assistência integral pelo Estado: fornecimento de medicamentos

É inquestionável esse direito da pessoa doente. Cabe-lhe obter a integral assistência do Estado, que lhe garanta o direito de prorrogar o período de vida com melhor qualidade. Sendo constitucionalmente garantido o direito à vida (artigo 5º da Constituição) e à saúde do indivíduo, compete ao Estado o indeclinável dever de lhe proporcionar tais bens jurídicos.

As respostas negativas que eventualmente sejam dadas pelo órgão estatal sanitário não satisfazem e nem podem satisfazer ao prejudicado. Soam como negativas ao seu direito de ver-se assistido pelo Poder Público, que, por sua vez, tem como dever assegurar-lhe a saúde. Dão causa a uma terrível sensação de impotência e angústia, visto que cada dia sem tratamento

(15) Também se conhece como “doença de Lou Gehrig”, por ter afetado o famoso desportista norte-americano na década de 30, ocasionando sua morte prematura aos 36 anos de idade. Por ser de rara incidência, ainda é pouco conhecido esse terrível mal, muitas vezes confundido, pela similaridade de certos sintomas, como a “doença de Parkinson” ou com o “mal de Alzheimer”.

ocasiona irreversível piora no estado de saúde e uma diminuição do tempo de sobrevida.

Conforme assinalado nos itens precedentes, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, a quem compete a prestação de atendimento integral ao doente, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

O preceito é de meridiana clareza, ao dispor sobre o dever estatal de assistência a todas as pessoas, em garantia ao direito de saúde, por instrumentos sociais e econômicos. Isso significa a prestação de auxílio direto, inclusive com medicamentos de alto custo não só para o combate à doença como também para a redução dos riscos de sua incidência.

Nas palavras do eminente constitucionalista José Afonso da Silva:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo”⁽¹⁶⁾.

No mesmo sentido as disposições, antes analisadas, da Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, com regulamentação do sistema único de saúde e a reiteração do preceito de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Seu artigo 6º, inciso I, letra “d”, expressamente inclui, como parte desse atendimento, a execução de ações “*de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica*” (grifamos).

Está muito clara, portanto, a previsão legal, com a menção de que, dentre outras formas de assistência à saúde, compete ao Estado a prestação de assistência farmacêutica, onde se inclui, naturalmente, o fornecimento de medicamentos, em especial quando não sejam disponíveis no local, e principalmente, como na espécie, quando se mostrarem indispensáveis à saúde e à sobrevida do doente.

É de todo irrelevante o fato de os medicamentos reclamados pelo doente não constarem do rol de Programa instituído pelo Ministério da Saúde.

(16) Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 698/699.

Se o Estado tem um elenco de medicamentos a fornecer, é porque reconhece seu dever assistencial, não lhe sendo lícito, como é curial, limitar a assistência apenas aos casos antes programados. Surgindo nova necessidade de salvar a espécie, claro está que o Estado tem o dever de atualizar seus programas assistenciais, para inclusão do novo atendimento que se mostre relevante e necessário.

8.3. Precedentes jurisprudenciais

Em casos análogos ao presente os tribunais vêm reconhecendo esse dever do Estado de dar atendimento à saúde de pessoas atingidas por doenças que ponham em risco sua saúde e a própria vida.

Além de liminares em medidas cautelares e em mandados de segurança, a declaração desse direito vem de ser proclamada igualmente em ações ordinárias, tornando definitiva a obrigação assistencial do ente público.

Nesse tom, dentre outras, menciona-se decisão prolatada pela Juíza Simone Gomes Rodrigues Casoretti (proc. 1360/053.00.021729-3 da 14ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo), confirmando liminar que ordenara ao Estado fornecer medicamentos essenciais a pessoa gravemente enferma (portadora de E.L.A.), com rejeição de alegações fazendárias de suposta violação ao princípio de separação dos poderes e a regras de previsão orçamentária:

“Não há que se falar em gestão do erário público por parte do Poder Judiciário, sobretudo considerando que é a vida de um cidadão que está em jogo em face de sua impossibilidade de prover a aquisição de medicamentos essenciais a sua sobrevivência.

É cediço o entendimento de que não é permitido ao Judiciário determinar as prioridades orçamentárias da Administração. Mas, no caso, ao impor à Administração a aquisição de medicamentos essenciais à autora este Juízo simplesmente atendeu a um princípio fundamental que é a valorização da vida humana, e, acatar o argumento de que o direito à vida deveria estar subordinado à discricionariedade da Administração em proceder à aplicação dos recursos estipulados na lei orçamentária implicaria em desrespeitar o direito à vida.

A Constituição Federal estabelece no artigo 2º que ‘são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’. A divisão de poderes, segundo José Afonso da Silva, fundamenta-se em dois elementos: a) especialização funcional – cada órgão é especializado no exercício de uma função; b) independência orgânica – cada órgão deve ser efetivamente independente afastando

a subordinação entre si” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, São Paulo, RT, p. 96).

De modo igualmente enfático, a Magistrada sentenciante asseverou acerca da alegada falta de previsão orçamentária que:

“Se de um lado é possível admitir a necessidade de obediência a eventuais restrições impostas pela lei orçamentária, de outro, devem ser garantidos o direito à vida e à saúde, pois decorrem de preceitos constitucionais.

Diante desse contexto, entrando em conflito o dogma da separação de poderes e o direito fundamental de proteção à vida, considerando as regras especiais de interpretação do texto constitucional, forçoso considerar que há valores que se sobrepõem a outros. Fica patente que o bem jurídico de maior relevância a ser tutelado é a vida, que está assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal”.

Com efeito, a peculiaridade e a urgência das hipóteses em exame tornam totalmente dispensáveis a previsão orçamentária e o procedimento licitatório, para o fim de se adquirir os medicamentos indispensáveis à saúde e à subsistência da apelada, consoante disposto no art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93, aplicável por analogia:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”.

Ressalte-se, ademais, que, se fosse preciso aguardar toda a burocracia da administração pública, o tardio fornecimento dos medicamentos tornaria a medida absolutamente inócua, considerando-se a dolorosa situação da vítima de doença grave, de rápida e fatal evolução.

Outros precedentes se referem também a doenças graves de diversa natureza, como a “AIDS”, aplicando-se por iguais fundamentos à terrível doença destacada em tópicos anteriores (“ELA”):

“SAÚDE. PROMOÇÃO, MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento,

pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da imunodeficiência Adquirida⁽¹⁷⁾.

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, e não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade⁽¹⁸⁾.

“MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE PÚBLICA. MEDICAMENTOS. É direito do cidadão exigir, e dever do Estado fornecer, medicamentos excepcionais e indispensáveis à sobrevivência quando não puder prover o sustento próprio sem privações. Segurança concedida⁽¹⁹⁾.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que, diante da negativa/omissão do Estado em “prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência”, deve o Judiciário emitir preceitos através dos quais possam os necessitados alcançar o benefício almejado⁽²⁰⁾.

Decidiu-se pela dispensa das formalidades burocráticas da licitação, em face da urgência que se apresentava no atendimento à pessoa gravemente enferma:

“Aguardar a licitação para atender as necessidades prementes da vida de um ser humano é, sobretudo, conduta desumana incompatível com o alcance e princípio de qualquer regra jurídica e o hermeneuta e aplicador da lei tem o dever, como Magistrado, de interpretar a norma atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, segundo dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁽²¹⁾.

(17) STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 238.328-0, Rio Grande do Sul, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. em 16.11.1999.

(18) STF, Recurso Extraordinário 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF n. 210, p. 3.

(19) TJRS, Mandado de Segurança n. 70000696104, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Arno Werlang, j. em 05.05.2000.

(20) STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11183/PR, Rel. Min. José Delgado. Os acórdãos *supra* foram transcritos da citada obra de Germano Schwartz, com análise de outros precedentes, pp. 84 e 170.

(21) RSTJ 106/109.

Do Tribunal de Justiça de São Paulo, mostrando a forte tendência pacificadora quanto ao tema da responsabilidade do Estado em fornecer medicamentos para portadores de doença de risco, recente acórdão publicado na JTJ 228/9, proclamando cuidar-se de dever decorrente de normas constitucionais e legais, salientando, por outro lado que:

“Inexiste qualquer elemento nos autos a indicar a inexistência de verba para a aquisição urgente de medicamentos necessários para salvar a vida dos autores. Ademais, a emergência na compra de medicamentos poderá até ensejar a dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, IV, da Lei 8.666, de 21.06.93”⁽²²⁾.

Do mesmo Tribunal, acórdão decidiu ser aplicável à Fazenda Pública a cominação de multa:

“Agravo de Instrumento. Execução de sentença. Obrigação de fazer. Cominação de multa à Fazenda Pública. Admissibilidade. Art. 644 do CPC. A Fazenda não é imune à cominação de multa nas obrigações de fazer, cujo cumprimento se verificou indevidamente retardado. Recurso improvido”⁽²³⁾.

Sob outro aspecto, foi dada ênfase à concessão de liminar, com observação de que “nada há de excepcional em impor o juiz liminarmente o dever que a Carta Política da Nação atribui perenemente”:

“Ação Cautelar – Liminar contra o Estado – Fornecimento de ‘coquetel’ de medicamento para o tratamento de AIDS. Estando presentes as condições especiais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas do réu, é dever do Estado custeá-la. Inteligência do art. 196 da Constituição Federal. Liminar mantida – recurso não provido”⁽²⁴⁾.

De igual fonte pretoriana, alinham-se mais precedentes:

“Mandado de Segurança. Fornecimento pelo Estado do chamado ‘coquetel’ de medicamentos para o tratamento da AIDS, gratuitamente, de imediato e por tempo indeterminado. Admissibilidade. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Proteção à vida. Segurança concedida. Recurso não provido”⁽²⁵⁾.

(22) TJSP, Apelação Cível n. 51.493-5, 8ª Câmara. Dir. Público, v.u., j. em 2.02.2000. No mesmo sentido, Agravo de Instrumento n. 134.507-5, 1ª Câmara. Dir. Público, Rel. Des. Demóstenes Braga, v.u., j. em 9.11.1999.

(23) TJSP, Agravo de Instrumento n. 118.993-5, 8ª Câmara. Dir. Público, Rel. Des. José Santana, v.u., j. em 30.06.1999.

(24) AI 22.239-5 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Felipe Ferreira – 18.12.96 – v.u. – JTJ 188/227.

(25) Ap. 39.440-5, 6ª Câmara., Rel. Des. Afonso Faro, j. em 14.07.98, v.u.

Para assistência a doente renal:

“Responsabilidade do Estado em fornecer medicamento à paciente, comprovada a sua hipossuficiência financeira para aquisição: não sendo medicamento padronizado pela Secretaria Estadual de Saúde, deve o próprio médico ou o próprio Departamento de Planejamento e Avaliação fornecer o similar para que o tratamento médico da paciente não seja interrompido, já que cabe ao Estado suprir o atendimento de conformidade com o que prescrevem os arts. 196 e ss. da Carta Magna, artigos 220 e 223 da Constituição do Estado e a Lei 8.080, de 1990”⁽²⁶⁾.

Desse acórdão vale realçar bem fundamentada declaração de voto vencedor do Des. FERREIRA CONTI, fazendo citação de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. GARCIA VIEIRA, no REsp n. 127.604-RS (cuja ementa já mencionamos), com destaque para o seguinte trecho:

“Assegurar-se direito à vida de uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivie até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível não é antecipar a tutela jurisdicional através de medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência”.

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, igual posicionamento:

“Fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento de pessoas portadoras do Vírus da Imuno-deficiência Adquirida (AIDS) — Legitimidade passiva do estado a teor do art. 198 da Constituição Federal. A Lei n. 9.313/96 garante a distribuição dos medicamentos, cabendo ao médico, que assiste ao paciente, determiná-los, não podendo ficar adstrito à Lista do Ministério da Saúde. Desprovisamento do apelo. Manutenção da decisão monocrática, sujeita a recurso obrigatório, na forma do inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil”⁽²⁷⁾.

Por fim, extraindo fecho do mesmo julgado, preciosa citação de palavras do Min. CELSO DE MELLO, do colendo Supremo Tribunal Federal, em medida liminar intentada pelo Estado de Santa Catarina (Petição n. 1.246-1), que nos permitimos grifar:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida que se classifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou prevalecer direito secundário do Estado,

(26) Ap. 67.374-5, 6ª Câm., Rel. Vallim Bellochi, j. 29.03.99, maioria — JTJ 223/31.

(27) TJRJ - 8ª Cam. Cível; Rel. Desa. Leticia Sardas; j. 03.11.1999; v.u.; ementa — Bol. AASP n. 2166, p. 292-e.

entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

9. CONCLUSÃO

Constitui cânone constitucional o direito à saúde, a merecer integral proteção do Estado.

A previsão se contém no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, seguida de disposições específicas nos artigos 196 a 200.

Trata-se de direito fundamental das pessoas, outorgando-lhes o direito público subjetivo de obter assistência sanitária por parte do Poder Público.

Legislação especial, com destaque para a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, afirma as condições para atuação do Estado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

No elenco das atividades concernentes à atuação estatal, sob os aspectos preventivo e repressivo da doença, cabe assistência plena, tanto médica quanto hospitalar, e, também, o fornecimento gratuito da medicação essencial ao tratamento da pessoa vitimada.

Para a hipótese de omissão ou lacuna da Administração no cumprimento do seu encargo assistencial, a pessoa prejudicada tem acesso ao Poder Judiciário, valendo-se do instrumento jurídico apto a compelir o agente público à prestação necessária, sem que tal signifique indébita intromissão entre os Poderes do Estado.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. A proteção internacional dos Direitos Humanos. São Paulo, Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed., Coimbra, Coimbra, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos da pessoa. 2ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1982.

_____. Direitos humanos e cidadania. São Paulo, Moderna, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. São Paulo, Revista de Saúde Pública, 1988, n. 22, pp. 57 a 63.

_____. A Saúde do Brasileiro. 9ª ed., São Paulo, Moderna, 1987.

_____. A Responsabilidade pela Saúde. São Paulo, Revista da Faculdade de Direito da USP, 1988, n. 83, pp. 44 a 53.

GOMES, Luiz Flávio, e PIOVESAN, Flávia (e outros). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

PEREIRA GOMES, Celeste Leite dos Santos. Crimes contra o Meio Ambiente. 2ª ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, Centro de Estudos. Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 1996.

SCHWARTS, Germano. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

SWINARSKI, Christophe. Direito Internacional Humanitário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.