

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

GABRIEL DE SOUSA BRITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO**

SOUSA

2018

GABRIEL DE SOUSA BRITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Ms. Iarley Pereira de Sousa

Assinatura do Orientador

SOUSA
2018

GABRIEL DE SOUSA BRITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 07/03/2018

Orientador

Primeiro Examinador

Segundo Examinador

SOUSA

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, acima de tudo, por nunca me desamparar. Aos meus pais, Márcia e Josemar (*in memorian*). Especialmente a minha mãe, meu TUDO, pois sem ela nada disso seria possível. Uma mãe sempre presente e que me ensinou a ser o homem que sou, mesmo diante de todas as dificuldades, principalmente pela ausência de uma figura paterna. Hoje sou advogado e devo isso à senhora. Te amo muito.

Minhas avós Gercina (*in memorian*) e Rita, obrigado pelo carinho e por me fazerem entender e sentir em dobro o que significa o amor de mãe.

Ao meu orientador, Prof. Iarley Pereira de Sousa, muito obrigado pelos seus ensinamentos e pela disponibilidade que teve comigo e com todos os seus orientandos.

A toda minha família, meu bem mais precioso, não poderia ter família melhor. Sou abençoada por tê-los em minha vida.

Aos amigos de tempos de escola, que resistem até hoje e levarei pro resto da vida: Pablo, Esdras e Amanda, em especial esta última, que além de amiga, é minha namorada e grande companheira de curso e de vida, com quem compartilho alegrias e frustrações diárias há quase 7 anos. Obrigado pelo companheirismo, amor e dedicação que tem para comigo.

Aos grandes amigos que adquiri no decorrer da vida acadêmica, tanto na UEPB - Guarabira quanto na UFCG - Sousa, obrigado por tornarem a experiência acadêmica a mais prazerosa da minha vida.

Aos meus professores, que tanto me ensinaram, muito obrigado. Esse momento é muito importante pra mim e por isso quero compartilhar com todos que amo e que de alguma maneira me ajudaram a chegar até aqui.

A todos, muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos de valor elevado. A problemática acerca da pesquisa diz respeito à obrigatoriedade do Estado em assegurar a saúde do indivíduo, através do fornecimento de medicamentos de valor elevado, sejam eles de uso contínuo ou não, tendo como plano de fundo a grande divergência doutrinária sobre a aplicação da reserva do possível frente ao mínimo existencial. A hipótese apresentada é a de que é possível, em certos casos, a responsabilidade estatal no provimento da medicação, pois o demandante possui proteção da Constituição Federal, que assegura ao mesmo, principalmente, o direito à saúde, direitos fundamental público subjetivo. Tem como objetivo geral discutir o processo de fornecimento de medicamentos de valor elevado pelo Estado diante de sua responsabilidade e suas omissões. Os objetivos específicos de tal pesquisa são: analisar os argumentos e fundamentos utilizados pelo Estado para se eximir da obrigação da prestação dos medicamentos de valor elevado aos indivíduos que mais necessitam; expor o que entende a doutrina a respeito da matéria e qual o posicionamento pacificado; investigar o processo de judicialização para a obtenção dos medicamentos e o posicionamento dos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, foi feita uma análise abrangente da responsabilidade civil a partir de sua evolução histórica no direito positivo brasileiro. Ao elaborar esta pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dialético. Em relação ao método de procedimento, o método utilizado foi o histórico e a forma de abordagem do problema foi na modalidade qualitativa/explicativa. A respeito do procedimento técnico, optou-se pelo bibliográfico-documental, pois a elaboração se deu a partir de leis, livros, internet e artigos de periódicos, com análise de conteúdo, com trato direto e indireto das fontes. Quanto à sua natureza, é de natureza aplicada. No decorrer do trabalho, foi feito um breve estudo dos princípios constitucionais do direito à vida, dignidade da pessoa humana e, principalmente, direito à saúde. Mais além, há uma explanação rápida a respeito da conduta omissiva do Estado diante da prestação de medicamentos. Finalizando, tem-se que o objeto do presente estudo está nas decisões judiciais, que têm sido alvo de grande debate entre os elaboradores e executores das políticas públicas no provimento de medicamentos de valor elevado e o posicionamento jurisprudencial dos tribunais. Ao fim deste trabalho, a conclusão foi a de que o direito do indivíduo ao fornecimento da medicação depende do caso concreto e deve ser analisado detalhadamente, de acordo com os parâmetros estabelecidos, sendo, na maioria das vezes, concedido ao demandante.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Direito Subjetivo Público. Direito à Saúde. Medicamento de Valor Elevado. Judicialização.

ABSTRACT

The present work has the civil responsibility of the State in the supply of medicines of high value. The research problem concerns the obligation of the State to ensure the health of the individual through the provision of high-value drugs, whether they are of continuous use or not, having as background the great doctrinal divergence on the application of the reserve of the possible to the existential minimum. The hypothesis presented is that, in certain cases, it is possible to have state responsibility for the provision of medication, since the plaintiff is protected by the Federal Constitution, which guarantees the right to health, fundamental public subjective rights. Its general objective is to discuss the process of supplying medicines of high value by the State in the face of its responsibility and its omissions. The specific objectives of such research are: to analyze the arguments and grounds used by the State to exempt itself from the obligation to provide high-value medicines to the individuals who most need them; to explain what the doctrine understands about the matter and what the position is pacified; to investigate the process of judicialization to obtain the medicines and the position of the Courts, especially the Federal Supreme Court. Initially, a comprehensive analysis of civil liability was made based on its historical evolution in Brazilian positive law. In the elaboration of this research, the method of dialectical approach was used. Regarding the procedure method, the method used was the history and the approach of the problem was in the qualitative / explanatory modality. Regarding the technical procedure, the bibliographical-documentary was chosen, since the elaboration took place from laws, books, internet and articles of periodicals, with analysis of content, with direct and indirect treatment of the sources. As regards its nature, it is of an applied nature. In the course of the study, a brief study was made of the constitutional principles of the right to life, dignity of the human person and, above all, the right to health. Further, there is a rapid explanation of the State's omissive conduct in relation to the provision of medicines. Finally, the object of the present study is the judicial decisions that have been the subject of a great debate between the elaborators and executors of the public policies in the provision of high value drugs and the jurisprudential positioning of the courts. At the end of this study, the conclusion was that the individual's right to provide medication depends on the specific case and must be analyzed in detail, according to the established parameters, and, in most cases, granted to the complainant.

Keywords: Civil Liability. State. Public Subjective Right. Right to Health. High Value Medicine. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 HISTORICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO	9
1.1 Aspectos históricos da responsabilidade estatal.....	9
1.2 Princípios norteadores da responsabilidade civil do Estado	11
1.2.1 Princípio do direito à vida.....	11
1.2.2 Princípio do direito à saúde	14
1.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	19
2 AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROBLEMÁTICA DO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	23
2.1 Teoria da irresponsabilidade	23
2.2 Teorias de Direito Civil	24
2.2.1 Culpa Anônima	25
2.3 Teorias de Direito Público.....	26
2.3.1 Teoria do risco administrativo	26
2.3.2 Teoria do risco integral	27
2.4 Bases legais para a temática do fornecimento de medicamentos de valor elevado no ordenamento jurídico brasileiro.....	28
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO E O SEU PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO	34
3.1 Responsabilidade Civil estatal por atos omissivos	34
3.1.1 Pressupostos	34
3.1.2 Responsabilidade estatal subjetiva e objetiva por atos omissivos.....	35
3.1.3 A omissão estatal e os medicamentos de valor elevado	38
3.2 O fornecimento estatal de medicamentos de valor elevado	39
3.3 A ponderação entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial no abastecimento de medicação de valor elevado.....	41
3.4 A judicialização como meio para obtenção de medicamentos de valor elevado.....	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	4951

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos de valor elevado. A problemática acerca da pesquisa diz respeito à obrigatoriedade do Estado em assegurar a saúde do indivíduo, através do fornecimento de medicamentos de valor elevado, sejam eles de uso contínuo ou não, tendo como plano de fundo a grande divergência doutrinária sobre a aplicação da reserva do possível frente ao mínimo existencial. A hipótese apresentada é a de que é possível, em certos casos, a responsabilidade estatal no provimento da medicação, pois o demandante possui proteção da Constituição Federal, que assegura ao mesmo, principalmente, o direito à saúde, direitos fundamental público subjetivo, que deve ser assegurado pelo Estado, mesmo quando o Poder Público alegar ausência de recursos financeiros.

O trabalho apresenta como objetivo geral: discutir o processo de fornecimento de medicamentos de valor elevado pelo Estado diante de sua responsabilidade e suas omissões.

Os objetivos específicos de tal pesquisa são: analisar os argumentos e fundamentos utilizados pelo Estado para se eximir da obrigação da prestação dos medicamentos de valor elevado aos indivíduos que mais necessitam; expor o que entende a doutrina a respeito da matéria e qual o posicionamento pacificado; investigar o processo de judicialização para a obtenção dos medicamentos e o posicionamento dos Tribunais, especialmente, do Supremo Tribunal Federal.

Este estudo monográfico é baseado em três capítulos: o primeiro, intitulado “Historicidade da responsabilidade civil do Estado e fundamentação principiológica no fornecimento de medicamentos de valor elevado” discorre sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, que acontece a partir do surgimento de sociedades primitivas em que imperavam a reparação do dano através de violência grupal contra o agente causador do dano, até chegar ao que hoje é pacífico no ordenamento jurídico pátrio: a responsabilidade objetiva, ocasionando ao autor do dano a responsabilidade, sem a necessidade da análise do elemento dano. Além disso, disserta a respeito dos princípios constitucionais que devem reger a temática.

A partir desta análise, o segundo capítulo, cujo título é: “As teorias da responsabilidade do Estado e a problemática do não fornecimento de medicamentos”, dissertará sobre as inúmeras teorias que foram produzidas sobre a

responsabilidade civil do Estado, a começar pela teoria da irresponsabilidade, que vigorou por muito tempo e foi fruto do Absolutismo, até alcançar os dias de hoje, em que impera a teoria da responsabilidade objetiva. O capítulo trata, ainda, de forma inicial – que será aprofundada no capítulo subsequente – sobre as questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos de valor elevado pelo Estado e sua responsabilidade, com a apresentação de todos os elementos normativos pátrios sobre a matéria.

Por fim, o terceiro capítulo denominado: “A reponsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos de valor elevado e o seu processo de judicialização” apreciará a responsabilidade civil do Estado diante de atos omissivos, nas suas modalidades subjetiva e objetiva, analisando as situações em que a omissão estatal é capaz de ensejar a sua responsabilização pelo não provimento de medicamentos de alto valor. Trata, também, de como se dá a distribuição de medicamentos no Estado brasileiro de acordo com o Sistema Único de Saúde e qual a atribuição dos entes federativos neste caso. Posteriormente, aborda o embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial como fundamentos para a concessão e não concessão dos medicamentos. Finalmente, dispõe sobre o crescente processo de judicialização como uma saída para a obtenção de medicamentos em caso de negativa pela via administrativa, à luz, principalmente, das jurisprudências do STF.

Ao elaborar esta pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dialético. Em relação ao método de procedimento, o método utilizado foi o histórico e a forma de abordagem do problema foi na modalidade qualitativa/explicativa. A respeito do procedimento técnico, optou-se pelo bibliográfico-documental, pois a elaboração se deu a partir de leis, livros, internet e artigos de periódicos, com análise de conteúdo, com trato direto e indireto das fontes. Quanto à sua natureza, é de natureza aplicada.

1 HISTORICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO

1.1 Aspectos históricos da responsabilidade estatal

A noção de ver o agente causador de um dano ser responsabilizado, sempre existiu desde o princípio da humanidade, mais especificamente no início da constituição das sociedades primitivas, no período Paleolítico. A reparação do dano acontecia através da violência coletiva, de forma que o grupo em que o agente era membro, como modo de reparação do dano, fazia justiça com as próprias mãos contra o indivíduo.

Porém, em tal época tão primitiva, o dano causado a outrem ocasionava uma reação imediata que chegava a ser desumano. A lesão sofrida era desproporcional ao dano causado. De acordo com José de Aguiar Dias, tais represálias aconteciam na fase da vingança privada, pois era uma forma arcaica e brutal de reação do homem para reparar o mal sofrido¹.

Superado o período da vingança privada, outro ponto histórico importante para o entendimento da responsabilidade civil foi a criação da Lei de Talião. A lei baseava-se na severa proporção do crime à pena. É constantemente lembrada pela frase: “olho por olho, dente por dente”. Na aludida lei, não constava a responsabilidade do causador do dano, posto que a culpa era tida como insignificante para a determinação da responsabilidade.

Foi em Roma, em meados do século V a.c., que se estabeleceu uma fase na qual as vítimas começaram a notar que as agressões pelas quais passavam os seus ofensores não possuíam nenhum resultado prático, dado que não havia a reparação do dano. José da Aguiar Dias conclui ser mais vantajoso para a vítima tentar um acordo com o autor da ofensa, pois assim a reparação seria bem mais provável do que se agredi-lo, não possuindo nenhum benefício, sendo a composição sua melhor opção, uma vez que poderá ter seu dano reparado, e pode até vir a conceder o perdão ao ofendido².

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

² *Ibidem*, p. 20.

À medida em que a composição voluntária vai se disseminando pela população, o legislador vai entendendo como obrigatória a sua observância, proibindo a justiça com as próprias mãos. Alvino Lima esclarece que essa é a época da composição tarifada, instituído compulsoriamente pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor³.

A maior evolução do instituto da responsabilidade civil ocorreu no século II a.c., com a criação da Lei Aquiliana. Foi a partir desta que começaram a surgir as primeiras noções sobre a ocorrência da culpa, começando a responsabilidade a ganhar aspectos subjetivos.

A lei aquiliana, em seu terceiro capítulo, dissertava sobre a *damnum injuria datum*, que concede ao proprietário que se sentiu ofendido o direito de receber uma quantia correspondente ao dano que lhe foi causado. Primordialmente, apenas o ofendido tinha o direito de receber a quantia equivalente ao dano sofrido. No entanto, o instituto evoluiu a ponto do benefício poder ser pago tanto ao possuidor direto, bem como o indireto e seus detentores.

Alvino Lima entende que o benefício se estendeu também aos casos de ferimentos em homens livres, nas hipóteses em que a lei se referia às coisas e ao escravo, bem como às coisas imóveis à destruição de um ato instrumentário, desde que não houvesse outro meio de prova⁴.

Desde então, despontou o elemento subjetivo culpa, ou seja, a responsabilidade atribuída a alguém por um ato que ocasionou dano moral ou material a outrem. A culpa é o desrespeito a uma regra que proporciona prejuízo aos direitos de outros, através da imprudência, negligência ou imperícia, isto é, o erro não proposital em função da ausência de cuidado objetivo.

O direito francês se incumbiu de determinar, de forma precisa, a responsabilidade civil, submetendo à reparação toda e qualquer modalidade culposa, inclusive a leve. Distinguiu, ainda, a responsabilidade civil da responsabilidade penal e ainda admitia o cumprimento da obrigação de fazer, a denominada culpa contratual.

O Código Criminal do Brasil Colônia garantia que o dano deveria ser analisado ante todos os seus elementos e resultados. Se surgissem dúvidas,

³ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

⁴ *Idem*, p. 23.

questionamentos, que fossem favoráveis ao lesado. O dano deveria ser reparado pelo seu correspondente.

O progresso tecnológico e industrial provocou um crescimento significativo no número de casos de danos, além do nascimento de algumas teorias que objetivam a completa indenização do ofendido, como por exemplo, a teoria do risco⁵, que ganhou grande notoriedade. A partir de tal teoria aflora a noção do perigo como motivo para a responsabilização de danos ocasionados a terceiros.

Hodiernamente, a responsabilidade é analisada também de ponto de vista objetivo, acarretando ao causador do dano a responsabilização independentemente de culpa. O grande pensamento é compatibilizar a responsabilidade subjetiva, ou seja, precedida de culpa, com a responsabilidade objetiva, sem esquecer-se da teoria do risco.

1.2 Princípios norteadores da responsabilidade civil do Estado

1.2.1 Princípio do direito à vida

O legislador constitucional pátrio, acertadamente, elegeu o direito à vida como um dos direitos fundamentais básicos insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, juntamente com o direito a liberdade, igualdade, segurança e propriedade, expondo que todos são iguais perante a lei, independentemente de raça, cor, credo. É assegurado, ainda, a inviolabilidade do direito à vida a todos que aqui estejam.

O art. 5º, XXXVIII⁶, estabelece que os crimes que atentem contra vida devem ser julgados pelo tribunal do júri. O art. 227 da Carta Magna prega ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito à vida⁷.

Ao se discutir o direito à vida no Brasil, é imprescindível mencionar os tratados internacionais nos quais o país é signatário. A Convenção Americana de

⁵ A teoria do risco foi criada com o objetivo de fundamentar o estudo da responsabilidade objetiva e entende que, se algum indivíduo exerce uma função que pode gerar riscos, deve este ser responsabilizado pelos danos causados a outrem.

⁶BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

⁷ Idem.

Direitos Humanos⁸ declara que toda pessoa deve ter o seu direito à vida respeitado e protegido por lei desde o momento de sua concepção, não podendo ninguém ter sua vida ceifada arbitrariamente. Na mesma direção, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas⁹, de 1968, diz ser o direito à vida inerente à pessoa humana, devendo este ser protegido por lei, pois ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida.

A vida, no âmbito constitucional do seu art. 5º, de acordo com José Afonso da Silva,

Não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte¹⁰.

A conceituação do autor explicita a imensa dificuldade de se conceituar o que é vida. Contudo, não é impedimento para o Direito, em sua tarefa de guiar a sociedade, poder de alguma forma, oferecer um maior resguardo àquilo intimamente ligado ao ser humano, que é a vida.

Jacques Robert, dissertando sobre o direito, assegura que o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias da nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa, por exemplo, a não aceitação ao suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, nem da de outrem, e até o presente, o feto é considerado como um ser humano¹¹.

A vida, objeto de preservação por tal princípio constitucional, é toda a vida humana. O direito à vida é intrínseco ao ser humano, desde o surgimento até o seu óbito. Diz respeito a um direito que deve ser observado, tendo em vista a sua dignidade, que surge, inicialmente, pelo respeito à sua própria existência.

⁸ CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

⁹ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, p. 197, 2005.

¹¹ ROBERT, Jacques. apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, p.198, 2005.

Dessa maneira, o direito à vida deve ser entendido de forma que os seus titulares sejam tratados com o devido respeito e sem nenhuma discriminação. Se todo ser humano é único por uma dignidade personalíssima e indisponível, a todo ele deve ser garantido a titularidade do direito mais básico e característico de tal dignidade: o direito de existir. A noção de igual dignidade a todos os indivíduos ganharia descrédito se algumas pessoas tivessem mais direito que as outras por fatores pessoais da vida de cada um. Seja por questões étnicas, geográficas, culturais, etárias ou relacionadas a gênero, não há justificativa plausível para que seja tolhida de um indivíduo o seu direito à vida. Portanto, se a Lei Maior estabelece como princípio basilar a dignidade da pessoa humana e a igualdade como fruto, o direito à vida seria uma determinação lógica.

O direito à vida não pode ser restrito a alguns, em função de determinado estágio de desenvolvimento biológico do indivíduo, nem restringi-lo em virtude de impossibilidade de exercer determinados atos da vida civil. Tal direito não pode ser objeto do legislador infraconstitucional, sob risco de a Constituição ser interpretada de acordo com a legislação infraconstitucional, de modo que a legislação ordinária não possui a amplitude que requer o respeito ao direito à vida. Se houver vida, é indiferente o seu estágio de desenvolvimento e o que prega a legislação infraconstitucional, o direito à vida deve ser respeitado.

O direito à vida possui um aspecto característico de direito de defesa, com o objetivo de inibir que o poder estatal realize atos atentatórios à existência de qualquer indivíduo. Incidindo, ainda, contra os demais indivíduos, que possuem o dever de não agredir o bem jurídico vida.

Para essa característica negativa, a de não agir, possui uma positiva, que se trata do dever de proteção do direito à vida pelo Estado, que obrigará este a fomentar os serviços de polícia, de um sistema prisional, de uma organização judiciária, dentre outros. Podendo, ainda, na prestação de um dever positivo, fornecer medicamentos de elevado valor à população que destes necessitam, com jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Em recurso proferido pelo Tribunal, o relator, Min. Celso de Melo, entende que

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada

têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade¹².

Muitas vezes o direito à vida é entendido de forma mais abrangente, ampliando sua definição para além da preservação da realidade física, incluindo em seu entendimento o direito a uma vida digna, que engloba o direito a alimentação adequada, moradia, vestuário, educação, entre outros.

1.2.2 Princípio do direito à saúde

Hodiernamente, os significativos avanços da Medicina trouxeram novas descobertas e uma gama de alternativas para o tratamento das mais variadas doenças. É de grande benesse para a população o desenvolvimento da área médica, porém o custo desse progresso não pode ser bancado por todos, essencialmente nos países menos desenvolvidos, o que dificulta bastante para a população de tais países terem acesso a essas inovações da área.

O direito à vida possui como um dos seus pressupostos, uma saúde de qualidade para toda a população, sendo um direito fundamental qualificado pela doutrina como cláusula pétrea, cláusulas estas que não permitem a modificação de determinado texto constitucional através do meio adequado de seu processo legislativo, as emendas constitucionais, por entenderem a importância do tema e a sua preservação no corpo constitucional.

Continuando com a exposição de alguns tópicos importantes da dogmática constitucional que se entrelaçam com o direito à saúde, é interessante salientar, a classificação existente para os direitos fundamentais em direitos positivos e direitos negativos, uma vez que, conforme o caso em que esteja envolvido, o direito à saúde pode possuir as duas classificações, com consequências importantes para sua eficácia e efetividade.

Sendo entendido como um direito negativo, o direito à saúde assume a obrigação de ser um direito à proteção da saúde, preservando o seu titular de possíveis lesões ou ameaças a seu direito, sejam elas advindas do Estado ou de particulares. Como um direito positivo, o direito à saúde presume a promoção de atividades, por quem tem o dever jurídico de prestá-lo, seja o Estado ou algum

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgR- RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Melo, DJ de 24-11-2000.

particular, que garantam o usufruto de tal direito. Em suma, abarca a realização de medidas para proteger a própria saúde dos indivíduos (direito negativo), do mesmo modo que viabilizar serviços, ações, que sem as quais teriam o exercício de tal direito inviabilizado (direito positivo).

A saúde é, reconhecidamente, um bem imprescindível da e para a pessoa e, por tal motivo, tem sido tutelada tanto pelos direitos humanos quanto pelos direitos fundamentais, seja no âmbito do direito internacional, bem como no direito interno dos Estados. Juntamente com os demais direitos sociais, o direito à saúde também é consagrado pela Constituição como um direito fundamental, a reparar pelos arts. 6^o¹³ e 196 da *Lex Major*. Entretanto, não se pode esquecer que a saúde também é um dever fundamental. A assertiva tem fulcro no texto constitucional, que em seu art. 196¹⁴, prescreve ser 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, reafirmando o dever originário que possui o Estado de proteger e efetivar tal direito.

Na interpretação do referido texto constitucional é possível perceber tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Tratar o citado artigo apenas como uma norma programática – aquela que para possuir plenos efeitos depende de esforços por parte do poder público – é retirar todo o poder da Constituição de estar no topo do nosso ordenamento jurídico.

Em julgado supracitado, o Min. Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, legitima como direito público subjetivo garantido a todos, que transforma a relação particular-Estado em uma relação de obrigação jurídica deste perante aquele. De acordo com o Ministro

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197) ¹⁵.

¹³ BRASIL, Op. Cit. Art. “6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁴ BRASIL. Op. Cit., 1988.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. Cit.

O caráter essencial do direito à saúde deu legitimidade ao Poder Judiciário para, quando necessário, agir nas ocasiões em que a Administração Pública desrespeitasse o referido texto constitucional.

O direito à saúde, por ser um direito subjetivo público, é totalmente dependente da implementação de políticas públicas. Assim, não é um direito absoluto e alheio a qualquer procedimento para sua execução, pois possui relações de dependências para com as políticas públicas para a promoção, proteção e efetivação da saúde.

Clarisse Seixas Duarte define direito público subjetivo como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve. Ainda, segundo a autora:

Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo)¹⁶.

Iarley Pereira de Sousa, corroborando com o entendimento da autora, entende que um direito fundamental social, como o direito à saúde,

[...] Não é algo de dimensão individual, mas coletiva, abarcando em si, interesses de toda a sociedade, do presente e, até mesmo, do futuro. Dessa forma, proteger este bem jurídico é ter em tela, interesses coletivos, supra-individuais. E isso justifica a sua interpretação como direito público subjetivo¹⁷.

O Estado tem, portanto, o dever de oferecer uma saúde de qualidade a todos e de forma universal, em condições de igualdade. Dessa maneira, o indivíduo que não tiver o seu direito respeitado, poderá exigir do Estado a sua prestação.

A concretização do direito à saúde por meio de políticas públicas passa pela igualitária distribuição de recursos pelos entes federativos, que possuem tal dever, pois o Estado citado no art. 196 envolve a União, Estados, Distrito Federal e

¹⁶ DUARTE, Clarisse Seixas. **Direito Público Subjetivo e Perspectivas Educacionais**. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

¹⁷ SOUSA, Iarley Pereira de. **A Prestação Estatal da Educação Inclusiva como Obrigação Político-jurídica**. Disponível em <<http://www.cj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2014/iarley-pereira-de-sousa.pdf>> Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

Municípios. Além disso, o próprio desenvolvimento da Medicina atribui ao direito à saúde um caráter programático, dado que sempre haverá inovações na área.

Estas políticas possuem como objetivo precípua de causar a diminuição do risco de doenças, caracterizando, assim, sua personalidade preventiva, bem acentuada na Constituição, que em seu art. 198, II, que explicita ser as ações e serviços públicos de saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com algumas diretrizes, dentre elas o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas¹⁸.

Enxergando tais problemas, observa-se a urgência de se estabelecerem paradigmas das atividades da administração pública perante os serviços de saúde por ele fornecidos e especialmente a perspectiva da administração poder ser imputada pela inobservância dos seus deveres constitucionais, nessa situação a obrigação de prestar um serviço digno de saúde a todos os indivíduos.

A vida digna no Brasil é reflexo da compulsoriedade que possuem o Estado e a sociedade, na promoção de serviços integrados para a efetivação da Seguridade Social, com o propósito de garantir o cumprimento dos direitos referentes à Saúde, Previdência e Assistência social. Nesse quadro é possível citar ações na seara da saúde, promovidas através de políticas sociais e econômicas que pretendem diminuir, gradualmente, os riscos de doenças, assegurando o acesso universal e igualitário de todos os indivíduos a hospitais e outras entidades com o mesmo objetivo.

O Min. Celso de Mello, em aludido julgado, dispõe que

O direito à saúde representa uma consequência constitucional inseparável do direito a vida. Deve o Poder Público, independente da sua esfera de atuação no plano da organização federativa brasileira, garantir a saúde da população, este não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde existente na sociedade sob pena de incidir, em grave comportamento inconstitucional, ainda que agindo de maneira omissa¹⁹.

Faz-se mister salientar, que o direito a uma saúde digna não diz respeito apenas ao acesso a métodos terapêuticos que garantam a proteção de sua vida, e sim à distribuição de medicamentos que se fizerem indispensáveis para a conservação de sua vida.

¹⁸ BRASIL. Op. Cit., 1988.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. Cit.

A Lei nº 8.080/90 estabelece o direito à saúde em relação ao fornecimento de medicamentos e explica que é obrigação do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Explica ainda que é dever da união a distribuição gratuita de medicamentos àqueles hipossuficientes economicamente, por imposição constitucional e da referida lei.

Segundo Sérgio Pinto Martins,

Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo que pode ser exigido do estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano. A ação do Estado deve ser preventiva e curativa, de recuperar a pessoa²⁰.

Conclui-se, assim, que o valor da vida é inestimável, até para uma sociedade que vai perdendo seus princípios, seus valores, principalmente o da solidariedade. Os indivíduos possuem direito à saúde, a uma vida digna, não por benevolência que a sociedade precisa ter, mas sim por imposição constitucional, da legislação de maior poder, em um país democrático. Em função disto, seria atitude irresponsável por parte do Estado, negar legitimidade a tal direito sob o argumento de problemas financeiros.

Em julgamento de RE n. 195.192-3/RS²¹, a 2ª Turma do STF, tendo como relator mais uma vez o Min. Celso de Melo, firmou entendimento de que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente, como ocorre nos casos de fornecimento de medicamentos de valor elevado para indivíduos que não podem custeá-los.

A análise feita sob o direito à saúde no Brasil traz um entendimento de que as dificuldades práticas para a aplicação de tal direito fundamental diz respeito, basicamente, a matérias relacionadas à realização e continuidade das políticas públicas de saúde já criadas – algo que afeta também as planilhas orçamentárias dos entes federativos – e não apenas a ausência de legislação própria para o tema, ou seja, os maiores obstáculos não são a ausência de políticas públicas – pois as políticas existem – mas sim a inexecução de tais pelos entes federativos.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto, **Fundamentos do Direito da Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 156.

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE n. 195.192-3/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 22 fev. 2000. DJ de 31.03.2000.

O direito à saúde deve se estabelecer como direito fundamental através de ações próprias, de ordem individual, e de políticas públicas mais abrangentes, de ordem coletiva, que objetivem a redução do risco de doenças e outros agravos. Sob essa ótica, as presunções já elaboradas e as que ainda serão tanto poderão se referir a atos concretos como a políticas sociais que colaborem com os avanços do sistema de saúde.

1.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A aclamação da dignidade da pessoa humana passa pelo entendimento de que o homem, e não os outros seres, como o núcleo fundamental do ordenamento jurídico. Essa garantia, que não faz distinção de indivíduos, abarca todos os seres humanos e cada um na sua individualidade, do modo que os efeitos jurídicos, a princípio, não possam ser distintos entre dois indivíduos com a mesma garantia.

A partir de então, surgem duas implicações: inicialmente, a obrigação do poder público de assegurar a igualdade entre todos os indivíduos, tanto na elaboração das leis, como na sua aplicação prática, sendo todos iguais perante a mesma. Porém, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada ²².

Deve-se ter em mente, ainda, que o respeito à pessoa humana precisa ser compreendido como um conceito dotado de universalidade. Desarrazoada, portanto, qualquer atitude que vá de encontro a distinguir nacionais e estrangeiros, com exceção daqueles vinculados ao exercício da cidadania. José Afonso da Silva, equivocadamente, propôs a limitação dos destinatários dos direitos individuais pelo Constituinte de 1988, a exemplo das cláusulas constantes nas constituições pretéritas²³.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fonte normativa estruturante do direito pátrio e de relevância maior ainda no direito constitucional aqui estudado.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. Revista dos Tribunais, 2. ed., São Paulo, p. 49, 1984.

²³ Op. Cit. p. 177.

Está insculpido na Constituição Federal como um princípio fundamental, previsto no art. 1º, III²⁴.

É peça fundamental, no direito brasileiro contemporâneo e, gradualmente, conquistando mais espaço nos embates jurídicos tanto de direito interno quanto no direito internacional. Importante frisar que, a dignidade é algo intrínseco ao ser humano, que já nasce titular do direito a dignidade, sendo de valor inestimável.

Um importante conceito dado à dignidade da pessoa humana foi elaborado por Alexandre de Moraes. Para ele, a dignidade

É um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil²⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo combater qualquer modo de discriminação entre os indivíduos, garantindo a todos o direito a uma vida digna e justa, entendendo o indivíduo como o ser que está no topo do ordenamento jurídico, o transformando em uma importante base do ordenamento.

A legitimação jurídica da dignidade da pessoa humana acarreta a proteção dos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, se configuram como um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa, incidentes sobre a sua vida, saúde e integridade física, honra, liberdades física e psicológica, nome, imagem e reserva sobre a intimidade de sua vida privada²⁶. A partir de tal conceito, surgem questões relacionadas à vida, como por exemplo, a relacionada ao fornecimento de medicamentos.

Os direitos da personalidade se destacam por serem de caráter extrapatrimonial. Porém, a agressão a tal direito pode provocar reflexos econômicos;

²⁴ BRASIL. Op. Cit., 1988. "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;"

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 207.

são direitos com eficácia *erga omnes*, oponíveis contra todos, seja contra o Estado ou contra particulares. São absolutos em sua natureza; irrenunciáveis, impossibilitando o seu titular de renegá-los; intransmissíveis, de forma que o seu titular não poderá ceder tal direito a outro indivíduo, onerosa ou gratuitamente; além do mais são imprescritíveis, não se precluindo pelo transcurso do tempo.

De todas as particularidades que compõem os direitos da personalidade, há duas que possuem muita proximidade com a temática em questão: a irrenunciabilidade e o caráter absoluto dos direitos da personalidade, pois tais propriedades impossibilitam que os atos volitivos do titular possam consagrar uma afronta à condição humana do indivíduo. Contudo, isso não traduz o consentimento nos direitos da personalidade como insignificante. Somente restringe a liberdade de consentimento nos casos em que ela for oposta ao interesse público, que deve prevalecer. A título de exemplo, de nada vale o consentimento de alguém ordenando que sua vida seja ceifada, ao contrário de alguém que, voluntariamente, consente que sua integridade física seja posta em risco ao necessitar passar por algum procedimento cirúrgico.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana pode ser compreendido de duas maneiras, segundo a Carta Magna. Inicialmente, dispõe acerca de um direito individual de proteção, quer diga respeito ao Estado, quer diga respeito ao particular. Posteriormente, determina uma obrigação fundamental de tratamento igualitário entre todos os indivíduos. Esse dever caracteriza-se pela imposição ao indivíduo de ter que respeitar a dignidade de seu próximo, assim como é assegurado pela Lei Maior que a sua própria dignidade deve ser respeitada.

Citando mais uma vez Alexandre de Moraes, para o mesmo, o conceito de dever fundamental vincula-se a três princípios do direito romano, quais sejam:

Honestere vivere (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A II da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo²⁷.

²⁷ MORAES, Op. Cit. p. 61.

Além dos aspectos ora analisados, a legitimação constitucional da dignidade da pessoa humana enseja o dever do Estado de garantir aos indivíduos o mínimo de recursos para sua subsistência. Porém, a dignidade diz respeito também à obrigação de prestações positivas, como por exemplo, aquela que a Constituição instituiu ao Estado e à sociedade 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, previsto no art. 194, caput²⁸.

Em decorrência de tal dever, cabe ao Estado, por exemplo, coordenar e preservar ações na seara da saúde, através de políticas públicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, como dispõe o art. 196.

Assimilando o conceito de dignidade da pessoa humana, enxerga-se, claramente, quais resultados jurídicos esse princípio pode ocasionar para o Estado, para a sociedade e para o indivíduo, particularmente. Para o Estado e a sociedade surgem como impeditivos, de forma que o interesse de ambos não se sobressaiam às liberdades de cada indivíduo, de forma que este ser possua um tratamento igualitário do Poder Público, da sociedade e de seu próximo. Surge também para o indivíduo a obrigação de respeitar a dignidade dos demais seres.

Ante o exposto, verifica-se que o legislador constitucional de 1988 pautou-se por reconhecer o indivíduo como o objetivo primordial do ordenamento jurídico, à luz do Estado Democrático de Direito, de caráter republicano. O princípio reflete a aversão constitucional às ações, atribuídas aos poderes públicos ou aos particulares, que objetivem tratar o ser humano, nessa condição, distintamente diante os demais, de forma a desvalorizá-lo como pessoa, ou então o privando dos meios necessários à sua manutenção.

²⁸ BRASIL. Op. Cit. 1988. “Art. 194. A seguridade 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.”

2 AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROBLEMÁTICA DO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Incontáveis teorias têm sido criadas a respeito da responsabilidade civil do Estado, não possuindo nenhum regime jurídico que abarque todas elas. No sistema jurídico anglo-saxão, por exemplo, predomina os princípios de direito privado. Já no sistema europeu-continental, adere-se ao regime publicista.

A irresponsabilidade, em um grande período de tempo, foi a aplicada. Posteriormente, foi substituída pela responsabilidade subjetiva, que ainda hoje é adotada em vários casos, até chegar à teoria, hoje em voga, da responsabilidade objetiva.

2.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade do Estado tem origem no final da Idade Média (séculos XIV e XV) e começo do Absolutismo, principalmente na Europa, período caracterizado pela centralização de poderes do Estado, na figura do rei, um ser soberano, impassível de erros. O Estado, na pessoa do monarca, desfrutava de poder inquestionável perante seus súditos, possuindo, assim, a figura do direito, da justiça, não podendo atuar contra ele próprio.

Algumas máximas absolutistas expõem a força da soberania estatal ao longo de tal época, como por exemplo, a de que o rei nada faz de errado (*“the king can do no wrong”*). A irresponsabilidade que possuía os atos do rei era revestida de uma teoria divina que pregava ser o soberano um ser enviado por Deus e todos os seus atos eram frutos da vontade celestial e, portanto, inquestionáveis.

Predominava a noção de completa irresponsabilidade do Estado no entendimento do Estado moderno. A reparação por eventuais danos que o Estado vinha a causar a um particular era totalmente descartada pelo Absolutismo. Porém, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que

Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações²⁹.

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 699.

Assim, com o absolutismo em processo de declínio e o crescimento das ideias liberais, a proteção que detinha o Estado vai perdendo a sua força. Como bem explica Antônio Lago Júnior, a

Jurisprudência foi responsável pela transformação deste estado de coisas, ao perceber que o Estado, nas suas diversas formas de atuação, poderia ser percebido de duas formas: ou a Administração estava exercendo seu “jus imperii” e, nesses casos, procedia na qualidade de Estado no exercício de seu poder soberano; ou, por outro lado, atuava na gestão de seus negócios, exercendo atos “iure gestionis”, pelo que se igualava ao indivíduo comum. A partir dessa concepção bipartida, admitia-se que, no primeiro caso, a Administração pública era imune; no segundo, atuando de igual sorte que o particular, sujeitava-se à reparação dos danos que eventualmente causasse a outrem. Era o início da responsabilização civil da Administração. Contudo, esta visão bipartida do Estado único, segundo De Page, citado por Caio Mário da Silva Pereira, não passava de uma construção teórica e que, portanto, gerava sérias dificuldades de aplicação prática, com reflexos negativos na jurisprudência³⁰.

Destarte, a responsabilidade civil do Estado passou a ganhar notoriedade e reconhecimento.

2.2 Teorias de Direito Civil

Superada a fase de irresponsabilidade estatal, as primeiras ideias relacionadas à responsabilidade do Estado tinham por base princípios do Direito Civil, principalmente a noção de culpa. Partiu-se, então, para a aplicação da responsabilidade subjetiva. Embasava-se na culpa que possuía o funcionário para a responsabilização estatal.

A partir do século XIX, os atos do Estado eram divididos em atos de império e atos de gestão, com o intuito da responsabilização. Os atos de império eram aqueles em que a administração se eximia de qualquer responsabilidade. Já os atos de gestão eram passíveis de responsabilidade do Estado quando danosos ao particular.

A distinção dos atos da administração, contudo, foi alvo de muitas críticas, pois era, praticamente, impossível ao lesado distinguir os atos de império dos atos de gestão, praticados pelo Estado. Além disso, era dever do particular demonstrar a culpa do Estado para obter a sua devida reparação.

³⁰ LAGO JÚNIOR, Antônio. A Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente de Trabalho. In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coords.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71-72.

A teoria da distinção, assim, entrou em desuso e, paulatinamente, a doutrina civilista passou a adotar a tese da responsabilidade do Estado análoga à do patrão perante seus empregados, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Ana Cecília Rosário Ribeiro destaca que bastava o particular para demonstrar o dano, o comportamento do funcionário e o nexo de causalidade, entre ambos, visto que o agente é considerado instrumento do Estado. Desse modo, resta evidenciado a influência da teoria do órgão, pela qual o funcionário passou a ser compreendido como ato da Administração³¹.

2.2.1 Culpa Anônima

A teoria da culpa anônima tem por pressuposto garantir a reparação do dano ao lesado mesmo na hipótese da não identificação do agente responsável pela administração pública. De acordo com tal teoria, a causa geradora da responsabilidade não advém apenas da ação de um funcionário em especial, mas sim de toda a administração pública, que assume a culpa em função do mau ou não funcionamento de determinado serviço.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, com base em princípios publicísticos, a responsabilidade civil evoluiu da culpa subjetiva para a culpa anônima ou impessoal. A noção civilista de culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço, que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. O dever de indenizar do Estado decorre da culpa do serviço, não do servidor especificamente. Bastará a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes aos administrados³².

Faz-se mister salientar que a presunção de culpa da administração ainda é rotulada como responsabilidade por falta do serviço devido a extrema dificuldade, por vezes insuperável, de se comprovar que o serviço funcionou aquém do esperado. São situações que causam a inversão do ônus da prova para o Estado, que tem o dever de provar que o serviço foi prestado corretamente, sob pena de não conseguir afastar sua responsabilidade e arcar com a devida reparação de danos.

³¹ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais**, São Paulo: LTr, 2003, p. 24.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 255.

2.2.2 Responsabilidade Objetiva

Com o desenvolvimento progressivo das teorias civilistas surgiu a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco, em que a noção de culpa é excluída e dá lugar ao nexos de causalidade como elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade. Para tanto, é necessário apenas que haja relação de causalidade entre a ação estatal e o dano para que reste configurada a obrigatoriedade da reparação. É, atualmente, a teoria em voga no nosso ordenamento jurídico.

A base principiológica da teoria se fixa no princípio da igualdade, de forma que todos possam suportar os encargos sociais de maneira justa, equilibrada, pois assim como os benefícios sociais devem ser usufruídos de maneira igual por todos, os prejuízos devem ser administrados de tal maneira. A partir do momento em que alguém sofre um ônus maior do que o suportável pelas outras, o equilíbrio foi quebrado e só poderá ser reparado mediante indenização estatal.

É desprezada nessa teoria qualquer possibilidade de responsabilização por culpa do agente prestador do serviço, por falta do serviço ou culpa anônima da administração, pois o Estado é responsável pelo simples fato de haver nexos causal entre a sua atividade e o dano.

2.3 Teorias de Direito Público

As teorias publicistas divergem das teorias de Direito Civil pela não aplicação da responsabilidade advinda de culpa, ou seja, a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade baseada no nexos causal entre o dano e a ação estatal, responsabilidade objetiva, é a sustentada pelas teorias que se baseiam no direito público.

2.3.1 Teoria do risco administrativo

A administração pública cria riscos para os seus administrados, sendo esse risco interpretado como a possibilidade de dano que os indivíduos da sociedade podem vir a sofrer em função das atividades do Estado. Haja vista que tais ações estatais devem ser desempenhadas em favor do coletivo, os ônus devem ser

distribuídos de igual forma. Sendo assim, independentemente da culpa de seus agentes, o Estado deve suportar os encargos de sua atividade.

A teoria do risco administrativo visa responsabilizar o Estado pelo risco que a sua atividade administrativa produz. Como toda atividade administrativa do Estado se presume que acarrete um risco para o administrado, a responsabilidade estatal independe de culpa, sendo a responsabilidade, portanto, objetiva. Para tanto, é preciso que ocorra apenas o nexo causal entre a lesão sofrida e a ação estatal, estando configurada a possibilidade de indenização ao particular. Sílvio de Salvo Venosa esclarece que em tal teoria

Surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão-só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço, enquanto no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço. A demonstração da culpa da vítima exclui a responsabilidade civil da Administração. A culpa concorrente, do agente e do particular, autoriza uma indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa³³.

A aplicação de tal teoria não significa que o Estado terá o dever de indenizar toda e qualquer ação. Quando a ação não tiver nexo de causalidade entre a ação estatal e o administrado, o Estado se eximirá da responsabilidade. São casos de fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior. O Estado não pode ser responsabilizado por atividades de terceiros ou da própria vítima, muito menos por fenômenos da natureza.

2.3.2 Teoria do risco integral

A teoria do risco integral é uma versão extremamente rígida da teoria do risco administrativo para fundamentar a obrigação da reparação de danos até nas hipóteses em que o Estado estaria isento de responsabilização, como a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. A aplicação da teoria do risco integral implicaria para a administração pública uma obrigação de reparar o dano em toda e qualquer situação, mesmo que não tenha concorrido para o dano.

A ausência de relação de causalidade não pode ser alegada pela administração pública, pois para a mencionada teoria é irrelevante, haja vista que

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2001, v.1, p. 275-6.

não importa a situação, sempre haverá o dever de indenizar, algo dissonante no que se refere à responsabilidade objetiva, que pressupõe o dano aonexo causal.

2.4 Bases legais para a temática do fornecimento de medicamentos de valor elevado no ordenamento jurídico brasileiro

O art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público, por conduta danosa de seu agente, ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que são prestadoras de serviço público irão responder pelos prejuízos que os seus agentes, em tal qualidade, ocasionarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³⁴.

O direito à vida é direito fundamental assegurado pelo art. 5º da Constituição Federal, e dispõe que todos são iguais perante a lei, garantindo-se entre outros direitos, o direito à vida³⁵. O direito à saúde está previsto constitucionalmente no art. 6º, sendo caracterizado também como garantia fundamental³⁶.

Está insculpido na Constituição Federal de 1988, seção II do Capítulo II – Da Saúde, o direito a uma saúde de qualidade. Os arts. 196 a 200 pregam o papel do Estado perante a assistência à saúde. A saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida a todo cidadão através de políticas sociais e econômicas, como estabelece o art. 196³⁷. Contudo, o art. 198, que dispõe sobre o SUS (Sistema Único de Saúde), determina em seu inciso II, entre outros objetivos, a prestação integral, com prioridade para as atividades preventivas, à população do atendimento à saúde³⁸. Assim, depreende-se que o atendimento individualizado a cada cidadão deve ser a prioridade da administração pública na excelência de sua prestação de serviço. A obrigação do Estado é compreendida, inicialmente, como uma obrigação perante todos os administrados coletivamente, para em seguida haver a prestação integral por parte do SUS.

³⁴BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 5 de fevereiro de 2018.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

O art. 198, §1º, estabelece de onde o Estado extrairá recursos para o SUS, que será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios³⁹. À primeira vista, pode parecer irrelevante a informação para o assunto discutido neste trabalho. Porém, é de suma importância, tendo em vista que inibe a administração pública de se declarar irresponsável pelo fornecimento de medicamentos argumento não ser parte legítima no caso. Todos os entes federativos possuem responsabilidade. Corrobora para o entendimento o disposto no art. 23 da Constituição, que assevera ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde⁴⁰.

A legislação infraconstitucional brasileira também apresenta provas claras da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros, mais especificamente ao tratar da problemática do presente trabalho, pelo não fornecimento de medicamentos de alto custo a quem deles necessitam. O Código Civil em seu art. 927, parágrafo único, reza que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem⁴¹.

O art. 43 do Código Civil prevê ainda que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que causem danos a terceiros, ressalvado direito de regresso, se houver, por parte destes, culpa ou dolo⁴².

O artigo em comento não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, como também prevê o supracitado art. 37, §6º da Constituição, o que de certa maneira é um atraso para a legislação civil.

A Lei Federal nº 8.080/90 é um marco legislativo para a defesa e promoção dos direitos relativos à saúde no Brasil. Os arts. 196 a 200 da Constituição Federal, que versam sobre os direitos e garantias de todo cidadão à saúde, foram regidos pela referida lei. A Lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 22 de novembro de 2017.

⁴² *Idem*.

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O Título I da Lei nº 8.080/90 ratifica a saúde como direito e dever do Estado, de tal maneira que garanta acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. De acordo com o art. 2º, “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício⁴³”. Ao se elevar o direito à saúde ao status de direito fundamental, as suas ideias estarão atreladas aos aspectos peculiares que norteiam os direitos fundamentais, como por exemplo, a imprescritibilidade (incapacidade de incidir prazo prescricional ao direito discutido), inalienabilidade (impossibilidade de dispor de direito de forma a poder renunciá-lo), direito oponível erga omnes (contra todos), além de ser intitulado pela doutrina constitucionalista como um direito fundamental de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que depende de uma maior intervenção estatal para a garantia de tais direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no art. 7º, III, ao dispor que as ações e serviços públicos de saúde que integram o SUS são desenvolvidos obedecendo, dentre outros princípios, ao da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral⁴⁴.

O acesso universal e igualitário está previsto mais especificamente no §1º do art. 2º. É nítida a atenção especial que a Lei dá às medidas preventivas e à assistência curativa. As medidas preventivas quando se fala da criação e realização de políticas econômicas e sociais que tenham por objetivo a redução do risco de doenças. A assistência curativa na passagem que cita o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação⁴⁵. O art. 5º, III, da Lei ainda assegura como um dos objetivos do SUS “assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas⁴⁶”.

O dever da prestação da saúde, segundo a lei, deve ser compartilhado com toda a sociedade, incluindo assim todas as pessoas, a família e as empresas. É o

⁴³ BRASIL. Lei nº 8.080/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em 24 de novembro de 2017.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

que prega o §2º do art. 2º⁴⁷. Tal artigo possui grande influência no setor de planos de saúde, que por muitas vezes, devido a esse dever imposto a todos da prestação da saúde, suportam alguns ônus determinados pelos tribunais brasileiros, como por exemplo, a obrigatoriedade de cuidados com o paciente internado que esteja inadimplente perante a operadora de plano de saúde. O art. 24 da Lei 8080/90 assegura a possibilidade de participação de serviços privados no SUS quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área⁴⁸. O parágrafo único do art. 24 diz que a parceria será formalizada mediante contrato ou convênio, devendo-se considerar que a responsabilidade desses serviços privados no SUS pelo fornecimento de medicamentos deve seguir o que está disposto no contrato ou convênio⁴⁹.

Ainda que alguns doutrinadores classifiquem o art. 196 da Constituição como norma programática, pondo em xeque o preceito constitucional como fundamento para o pedido de obtenção de medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, o art. 6º, I, d, da Lei 8.080/90 engloba no campo de ações do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, acabando com qualquer objeção acerca do direito ao fornecimento de medicamentos que os cidadãos possuem⁵⁰.

A distribuição de competências para a direção do SUS pode ser encontrada no art. 9º, I, II e III, que dispõe ser de competência do Ministério da Saúde a administração federal, da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente no âmbito estadual ou Distrito Federal e na esfera municipal pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente⁵¹. Tal artigo ganha em importância quando ocorre a judicialização de processos para obtenção de medicamentos, tendo em vista que a autoridade responsável é informação necessária para o início do processo e serão esses os entes que deverão cumprir as decisões judiciais favoráveis aos seus administrados.

A Lei nº 8.080/90 assegura competência residual da União e dos Estados-Membros nas ações de saúde, cabendo aos Municípios gerir tais ações. Aqueles prestarão auxílio apenas nas ocasiões de maior necessidade dos Municípios. O art.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

18, I, assegura à direção municipal do SUS, dentre outras funções, planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde⁵². Essa transferência de obrigações para a esfera municipal fica nítida quando observados os arts. 16, XIII e XV, e art. 17, I e III da Lei. O art. 16, XIII ⁵³e XV⁵⁴ disserta sobre a competência nacional do SUS, dentre as quais prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional e promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal. O art. 17, I ⁵⁵e III⁵⁶ diz competir à esfera estadual do SUS promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde e prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde.

A Lei nº 8.080/90 versa sobre o financiamento do SUS em seu Título V. Financiamento este que advém do orçamento disposto para a Seguridade Social, com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como dispõe o art. 195 da Carta Magna⁵⁷. Tais disposições possuem grande relevância quando a obtenção de medicamentos chega à seara judicial, quando o ente federativo situado no polo passivo da relação jurídica se escusa a fornecer a medicação alegando insuficiência financeira.

A Portaria Federal nº 2.203/96⁵⁸, que criou a Norma Operacional Básica do SUS, também atribuiu competência primordial aos municípios na administração dos serviços de saúde, tendo por finalidade promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal, na função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes, com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, com fundamento no art. 30, V e VII. O inciso V afirma competir ao município organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ BRASIL. Op. Cit. 1988. “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]”.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html> Acesso em: 27 de nov. 2017.

ou permissão, os serviços públicos de interesse local⁵⁹. O inciso VII diz ser de competência municipal prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população⁶⁰.

Merece destaque também a Portaria nº 341⁶¹, de 22 de agosto de 2001, que ao repartir as competências estaduais e municipais para o fornecimento de medicamentos, reiterou a obrigação dos municípios de fornecerem os medicamentos mais usuais para a população, ao passo que caberia aos Estados o provimento daqueles mais excepcionais.

⁵⁹ BRASIL. Op. Cit. “Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”;

⁶⁰ BRASIL. Op. Cit. 1988. “Art. 30, VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 341, de 22 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:btPZE6Oo08sJ:sna.saude.gov.br/legisla/legisla/tab_sia/SAS_P341_01tab_sia.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 27 de nov. 2017.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE VALOR ELEVADO E O SEU PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

3.1 Responsabilidade Civil estatal por atos omissivos

3.1.1 Pressupostos

Assevera o art 36, §7º, da Carta Magna, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Rui Stoco destaca em sua obra que o referido artigo pauta-se pela doutrina do Direito Público e conservando a responsabilidade objetiva da administração, na modalidade risco administrativo⁶².

É importante mencionar que a responsabilidade do Estado será objetiva quando decorrentes de atos comissivos, pois se trata de uma conduta positiva do agente, de forma que o prejudicado deverá provar a ação estatal para que haja a sua responsabilização. Entretanto, quando se tratar de atos omissivos, a responsabilidade estatal será subjetiva, incumbida do ônus da prova de que o alegado não aconteceu.

O primeiro pressuposto para a responsabilização estatal, previsto no regramento constitucional, versa sobre a obrigatoriedade de se estar diante de uma pessoa jurídica de direito público – seja ela União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e Autarquias – ou pessoa jurídica de direito privado na condição de prestadora de serviços públicos – fundações de direito privado prestadoras de serviços públicos, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos ⁶³.

⁶² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 995.

⁶³ BRASIL. Op. Cit. 1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O segundo pressuposto, para que reste caracterizada a responsabilidade civil do Estado, diz respeito à existência de um dano causado a terceiros por consequência de condutas comissivas ou omissivas, materiais ou jurídicas, lícitas ou ilícitas, atribuídas aos agentes públicos. Quando se fala em terceiros, se refere a alguém alheio à administração pública, com quem o Estado não possui nenhuma ligação jurídica preexistente, podendo ele ser servidor ou agente público.

O terceiro pressuposto remete ao dano, ou seja, o dano deve ter sido ocasionado pelo das pessoas jurídicas já especificadas. Sergio Cavalieri Filho adverte para o uso adequado do termo “agente”:

O exame desse dispositivo revela ter sido expurgado do texto constitucional o termo funcionário, que tanto questionamento ensejou no regime anterior. O termo não era apropriado porque “funcionário”, em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. A Constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo agente, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura⁶⁴.

O último pressuposto esclarece que o dano deve ser causado por alguém na qualidade de agente público, ou seja, se o dano gerado ocorreu em virtude da posição jurídica ocupada pelo agente que atuou em decorrência da sua ligação com o serviço público. Depreende-se, então, que agente é o indivíduo que desempenha uma atividade estatal, podendo ser temporariamente, e com ou sem remuneração.

Em suma, para que haja a responsabilização estatal é imprescindível que o dano causado tenha ocorrido em virtude da ação ou omissão de um agente, pessoa jurídica de direito público ou privado, prestadora de serviço público, sendo tal dano resultado do exercício de alguma atividade pública por um agente estatal na prática de suas funções.

3.1.2 Responsabilidade estatal subjetiva e objetiva por atos omissivos

A responsabilidade civil subjetiva do Estado ainda gera muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A grande celeuma diz respeito ao que está exposto

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. p. 265.

no art. 37, §6º da Constituição. Autores como Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem que o referido artigo faz menção apenas às ações comissivas do Estado. Já, em sentido oposto, Sergio Cavalieri Filho e Odete Medauar sustentam que a norma também abrange a noção de responsabilidade em casos de ação omissiva. A corrente de maior apoio é a que argumenta haver responsabilidade estatal sempre que a lesão for advinda de uma ação omissiva.

Consoante, dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello, em se tratando de reparação do dano por responsabilidade civil do Estado por omissão estatal, a teoria a ser adotada deverá ser a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado. A argumentação do autor caminha no sentido de que a palavra “causarem” da referida norma constitucional apenas abarca os atos comissivos e não os omissivos, alegando que os últimos atuam apenas como fator condicionante para o evento danoso,

De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado⁶⁵.

José dos Santos Carvalho Filho defende que a responsabilização estatal não deve ocorrer em função de atos de terceiros, como por exemplo, no caso de um roubo, a menos que a vítima consiga demonstrar que o crime ocorreu por falta do serviço ou a omissão de agentes públicos, como informa:

Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, [...], enfim em todos os direitos sociais. Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). [...] é compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita⁶⁶.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 673.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 540.

Observando o posicionamento da doutrina, entende-se que, ao ser alvo de ações comissivas, desempenhadas por servidores públicos, a reponsabilidade será objetiva. Quando decorrente de ação omissiva por parte do ente estatal, a responsabilidade será subjetiva, pois o poder público se desincumbiu, indevidamente, do seu dever de agir. Para gerar o direito a indenização, no caso em tela, faz-se indispensável a prova de dolo ou culpa estatal, pois embora a omissão do Estado ocorra em diversas situações, o mesmo não pode indenizar toda a coletividade pela falha na prestação de serviço.

Para os defensores da ideia de que a responsabilidade do Estado deve ser objetiva, o principal argumento é o de que a Lei Maior não distinguiu ações comissivas e omissivas. Entendem que o termo “causarem” deve ser lido como “causarem por ação ou omissão”, senão seria um grande sinal de retrocesso causado pelo constituinte. Dessa maneira, unicamente nas ações comissivas agiria a responsabilidade objetiva.

Sergio Cavalieri Filho alerta para a necessidade da diferenciação entre a omissão genérica e a omissão específica antes de caracterizar-se a responsabilização estatal. Esclarece que:

Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado⁶⁷.

Odete Medauar, mais uma adepta da corrente objetivista, explana que a responsabilidade do Estado, baseada na teoria do risco administrativo, está inclusa na maioria dos ordenamentos jurídicos, sob os parâmetros da teoria da responsabilidade objetiva. Enxerga, ainda, que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado acarreta a ideia de igualdade entre todos – inclusive diante dos ônus e encargos impostos pelo Estado – além da ideia de justiça. Complementa que, devido não ser possível apontar o agente causador do ano algumas vezes, nem

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. p. 248.

comprovar dolo ou culpa, os direitos da vítima estariam mais resguardados com o emprego da responsabilidade objetiva do Estado ⁶⁸.

3.1.3 A omissão estatal e os medicamentos de valor elevado

O Estado é capaz de gerar danos à coletividade tanto de forma omissiva como de forma comissiva, algo previamente exposto. Ao analisar as ações omissivas estatais, dois cenários podem ser constatados: a ação omissiva, efetivamente, gera a responsabilidade civil do Estado ou a omissão não caracteriza a responsabilidade, posto que não é toda e qualquer ação omissiva do Estado que simboliza a negligência estatal no cumprimento de seu dever legal.

Para a constatação da responsabilidade estatal por omissão, é necessário questionar-se sobre qual dos fatos foi crucial para a caracterização do dano. Desse modo, o Estado responderá não pelo acontecimento que, propriamente, causou o dano, e sim pela ausência de alguma ação por parte do Estado capaz de impedir ou minimizar o resultado danoso, na hipótese de o fato ser explícito ou, perfeitamente, previsível.

Verifica-se que o dever de agir do Estado determinado pelo ordenamento jurídico, derivado de uma omissão, produz para o Poder Público a obrigatoriedade do mesmo se responsabilizar civilmente quando havia o dever legal de frustrar novo episódio danoso ao indivíduo e até mesmo proteger os demais de situações semelhantes. Assim, pode-se concluir que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva origina-se de ato ilícito.

O Estado, na condição de Administração Pública, tem a obrigação de assegurar meios e maneiras apropriados ao bom funcionamento da saúde pública em geral. Esse quadro piora quando se fala da distribuição de medicamentos nos ambulatórios do Sistema Único de Saúde – SUS, e a sua escassez, especialmente em relação ao fornecimento de medicamentos específicos de valor elevado, dado que em muitos casos as pessoas necessitam da medicação para sobreviver e não estão em situação econômica apta a pagar pelo medicamento.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 430.

3.2 O fornecimento estatal de medicamentos de valor elevado

A Lei Maior, norma suprema estabelecida no Brasil, assegura que todo indivíduo tem direito de acesso aos mecanismos necessários à preservação de sua saúde, sendo tal direito proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, garantia fundamental que não pode ser alvo de omissão. É um direito que não deve ser negado a nenhum ser humano.

O art. 196 da Carta Constitucional estabelece que o atendimento à saúde pelo Estado deve acontecer mediante políticas públicas. Todavia, o art. 198, II da Constituição determina como diretriz do Sistema Único de Saúde o atendimento integral à saúde da coletividade, com prioridade para as atividades preventivas. Dessa forma, compreende-se que o atendimento à saúde pelo Estado deve ser definido por políticas públicas que abarquem, especialmente, a proteção integral à saúde de cada um na sua individualidade.

A Carta Política fala, inicialmente, no dever do Estado de suprirem as necessidades dos sujeitos coletivamente, para, adiante, oferecer a sua prestação integral pelo SUS. Não deve existir qualquer condição de predominância entre ambos, devem ser vistos igualmente. Porém, sendo inevitável a distinção, deve ocorrer uma ponderação, segundo os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

De acordo com o artigo 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90⁶⁹, o Sistema Único de Saúde é o executor de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, como na prestação de medicamentos. O SUS, estando incumbido da execução, algum ente terá a responsabilidade de determinar para qual parte da coletividade devem ser prestados os medicamentos. Diante disso, competiria tanto ao legislador quanto ao administrador escolher, na seara da saúde, as circunstâncias causadoras da necessidade de medicamentos, visando, sempre, o seu maior potencial distributivo.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que em matéria de tutela do mínimo existencial, o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa:

⁶⁹ Op. Cit.

Há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas⁷⁰.

Assim, embora se deva reconhecer a presença de limites fáticos, como a reserva do possível, além de limites jurídicos, através da reserva parlamentar em matéria orçamentária, essas contestações não podem ser capazes de inibir o Poder Judiciário de ratificar o direito subjetivo a prestações, ao menos não em toda e qualquer situação. Logo, o elemento “custo” ocasiona uma certa ponderação da eficácia dos direitos sociais.

O direito à vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana devem se sobressair e servir como parâmetro para o Estado no emprego de recursos em certa área que esteja necessitando mais de sua prestação, tendo como exemplo a necessidade de medicamentos de valor elevado por uma porção da coletividade. Essa carência econômica e o caráter imprescindível do medicamento, além do direito à vida que todos possuem, indicam a direção que deve o Estado seguir para prestar uma assistência digna, de qualidade. O grande problema está na alegação de falta de recursos pela administração, ocasionando a não prestação do serviço, ou seja, o fornecimento medicamentoso, de forma que, tal escassez, muitas vezes, é fruto de desvio de recursos para os fins não destinados anteriormente.

Esbarra-se, então, em um aspecto de grande relevância para a solução do grande problema que tem ocasionado essa escassez de medicamentos, sendo o Estado nesse caso apontado como omissor. Não se imaginaria, num primeiro momento, que se estaria perante um choque de valores ou de interesses que contrasta de um lado, o direito à vida e à saúde e, em contrapartida, a separação dos poderes, mais especificamente a reserva do possível. A realidade, entretanto, é mais preocupante. Nessa complicada análise, o que está em xeque é o direito à vida e à saúde do cidadão e o direito à vida e à saúde dos outros.

Pode-se concluir, inicialmente, que incumbe à Administração Pública assegurar o direito à saúde dos indivíduos mediante políticas públicas. E, no que se

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 06 fev. 2018.

refere ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, realizá-lo por meio de programas específicos de assistência farmacêutica.

As políticas públicas devem ser estabelecidas com base em fundamentos técnicos: a eficiência técnica e a essencialidade dos tratamentos. É irresponsabilidade do Poder Público, por exemplo, investir uma alta quantia em tratamentos de eficácia ainda não confirmada, ou ainda mobilizar o SUS para o tratamento de infertilidade, em detrimento de tratamentos fundamentais para a manutenção da vida.

Os fundamentos econômicos também devem ser considerados. Um dos propósitos que qualquer política pública deve ter é a diminuição das desigualdades sociais. Por consequência, é necessário considerar o valor do tratamento e a possibilidade do custeio daquele que objetiva do Estado, o custeio de um tratamento dispendioso, economicamente, pois em vários casos o demandante é aquele que ainda pode arcar com os custos do tratamento, prejudicando, assim, quem de fato não a possui.

3.3 A ponderação entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial no abastecimento de medicação de valor elevado

Argumento central do que se passa a analisar a partir de agora é a questão de que não se poderá desprezar que o direito à saúde, bem como todos os direitos fundamentais, está sempre e de alguma maneira sendo afetado pela reserva do possível de diversas maneiras, ora pela questão dos recursos financeiros e sua ausência, ora pela capacidade jurídica e técnica de dispor dos mesmos.

O ponto de maior importância na análise da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, mais especificamente no provimento de medicamentos, refere-se à existência de recursos materiais, que está ligada a dois quesitos: a disponibilidade fática do meio indispensável à concretização do direito, e a sua disponibilidade jurídica. É preciso que, além dos recursos, o Estado tenha capacidade jurídica para que possam ser utilizados.

Em relação ao fornecimento de medicamentos, isso implica dizer que só é possível cobrar do Estado um certo bem jurídico que esteja disponível à época (não se pode requerer um medicamento que ainda não foi sequer produzido), assim como esse bem jurídico deve ser juridicamente possível (o Estado não pode ser

condenado a pagar um tratamento de valor bem elevado para determinado indivíduo e com isso comprometer toda a saúde financeira do ente para aquele ano) Didaticamente, pode-se afirmar que isto é a reserva do possível agindo nos direitos fundamentais do cidadão e no fornecimento de medicamentos de alto valor.

Ana Paula de Barcellos observa que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo⁷¹.

Em contrapartida, a garantia desse direito fundamental à saúde funciona como uma espécie de referência mínima para a sua efetivação, evitando tanto omissões do Estado, quanto ações de proteção e promoção insatisfatórias, bem como agindo nas relações entre particulares, quando necessário.

Deve-se admitir a existência de um direito subjetivo definitivo e a necessidade de uma tutela defensiva, de modo que, alegações baseadas apenas na reserva do possível não devem predominar sobre a satisfação do direito e a obrigação do cumprimento dos deveres, sejam eles conexos ou autônomos, pois nem o princípio da reserva parlamentar, em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes são absolutos.

O mínimo existencial depende de fortes elementos probatórios referentes a cada caso em tela, pois assim como as necessidades variam de caso a caso, as alternativas efetivamente satisfatórias e imprescindíveis de tratamento, também. A simples exibição de uma requisição médica comprovando doença não a isenta de qualquer contestação, seja para o efeito de provar a dispensabilidade daquele tratamento, seja de possibilidade para um tratamento igualmente eficaz, embora menos custoso economicamente.

Um grande problema acerca da temática corresponde à prestação dos serviços de saúde fornecidos, gratuitamente, pelo Estado e a sua relação com os planos de saúde privados. O particular que dispõe de recursos suficientes para custear um bom plano de saúde privado tem acesso ao serviço público de saúde,

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

sem qualquer restrição ou limitação, da mesma que aqueles indivíduos desprovidos das mesmas condições financeiras. A alegação de que todos, ao pagarem os seus impostos, devem ter os mesmos direitos, não pode prevalecer numa sociedade extremamente desigual, em que a grande fatia da população apresenta renda que a livra do pagamento de imposto sobre a renda.

Quando se fala em direitos sociais básicos, como o direito à saúde, comprometido pelo não fornecimento de medicamentos, a necessidade deve ser um critério a ser encarado com bastante seriedade, assim como os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Desse modo, a ligação do princípio da isonomia – que assegura um tratamento desigual entre os desiguais – e o princípio da proporcionalidade, expõe que a temática em tela é digna de ainda mais discussões acerca, para que gere uma distribuição mais justa de responsabilidades e encargos, aumentando o número de pessoas a ter acesso à medicação de que necessita e melhorando a qualidade dos serviços prestados.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm de, permanentemente, serem um norte para o julgador em casos dessa natureza. Fere o princípio da razoabilidade, por exemplo, forçar o Estado a abastecer ou pagar por medicamentos e tratamentos com caráter experimental, sendo entendidos como aqueles que não possuem aprovação da autoridade sanitária incumbida de fiscalização, ou que são aprovados para um fim distinto daquele pretendido pelo requerente, e que nem mesmo foram alvo de testes considerados seguros, podendo o demandante servir como cobaia humana, violando até o princípio da dignidade da pessoa humana.

Regina Maria Macedo Neri Ferrari, ao entender o direito à saúde como um legítimo direito subjetivo, assevera que:

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade. Assim, não é possível solicitar ao Estado passagem para Nova Iorque para o fim de

ser atendido por médico particular de confiança, que lá se encontra realizando curso de pós-graduação⁷².

Nesta mesma sintonia, é importante destacar ainda o que entende Ana Paula de Barcellos acerca da reserva do possível. Segundo ela:

A apuração da eficácia jurídica das normas é um trabalho quase exclusivamente de hermenêutica jurídica. No momento em que o estudo se concentra no direito público, e especialmente nos direitos do indivíduo que haverão de ser atendidos – bem de ver, custeados – pelo Estado, torna-se imperioso examinar alguns elementos não propriamente jurídicos que, apesar disto, poderão exercer considerável influência sobre a construção da eficácia jurídica das normas em questão. É nesse contexto que se insere o estudo da reserva do possível⁷³.

Indubitavelmente, ofende os princípios supracitados, ainda, a obrigação do fornecimento de determinada “marca” de medicamento, havendo alternativa, semelhante em segurança e eficiência, porém de valor mais acessível financeiramente, presente no mercado e no Sistema Único de Saúde. À vista disso, torna-se essencial a necessidade de apuração do que realmente representa o mínimo existencial em cada situação e qual a necessidade de conceder a tal apelo.

Outra grande dificuldade na temática são os reiterados pedidos de condenação estatal para o provimento de medicamentos e tratamentos não situados nas listas do SUS, que são, geralmente, prescritos por profissionais sem qualquer vínculo com o sistema público.

É importante mencionar que tais listas englobam todo um universo de doenças e tratamentos, mas não todos os tipos existentes. As enfermidades e tratamentos incluídos gozam de segurança e eficiência ratificadas pelo órgão de vigilância sanitária competente, contudo, não consegue solucionar todas as demandas, tendo em vista que a ciência evolui e com a descoberta de novas doenças, novos tratamentos surgem, em ritmo crescente.

Em síntese, é imprescindível que não haja uma confusão entre a obrigação de se encarar com seriedade todas as dimensões e conexões da reserva do possível com a inadmissível tentativa de se criar impedimentos à plena eficácia e efetividade do mínimo existencial.

⁷² FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 235.

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 236.

3.4 A judicialização como meio para obtenção de medicamentos de valor elevado

Existem duas importantes situações que devem ser levadas em consideração a respeito do fornecimento de medicamentos de valor elevado: a perspectiva ou não da revisão de decisões tomadas pela Administração Pública e pelo Poder Legislativo acontecer pela via judicial face o princípio da separação dos poderes, além dos desdobramentos das decisões judiciais sobre as políticas públicas.

O provimento de qualquer prestação estatal acarreta um juízo de valor relativo à aplicação dos recursos públicos, que passa pela análise de valores de várias frentes: jurídicos, econômicos, culturais, morais. Logo, é fundamental que se façam escolhas acerca da prestação dos direitos, sem esquecer-se da quantidade de recursos que possui o Estado. Tais juízos valorativos são denominados pela doutrina de escolhas trágicas, pois em função da ausência de recursos para a concretização do direito de toda a coletividade, escolhas devem ser feitas para beneficiar uns em detrimento de outros.

Resta evidente, que o emprego de recursos públicos se destina às funções estatais legislativa e executiva. Cita-se o Poder Legislativo porque é de responsabilidade sua, a produção do orçamento. Já, ao Poder Executivo, incumbe executar o que foi disposto no orçamento pelo legislativo. Por isso, a competência inicial é do legislador, sendo em outro momento do agente administrativo. Pelo fato de abranger um juízo de valores e situações de caso concreto, as decisões se tornam ato de poder discricionário de ambos os poderes, tendo em vista a conveniência e oportunidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello diz que é dever do agente público estabelecer a conduta mais apropriada ao interesse público. Porém, dentre toda essa liberdade que possui o Estado, há uma zona em que não dá pra definir objetivamente qual a mais apropriada ao interesse coletivo, denominada de zona cinzenta. As condutas dessa zona poderão, assim, ser alvo do Poder Judiciário. Há também as ações que estão fora dessa zona, que são inapropriadas à satisfação do interesse público, podendo ser revistas e anuladas judicialmente. Destaca que:

[...]embora caiba ao Poder Judiciário tentar reconduzir os casos concretos a uma zona de certeza (positiva e negativa) casos haverá em que tal procedimento só será possível até um certo ponto, além do qual as dúvidas são inelimináveis e o juízo administrativo haverá de prevalecer, por ser o

administrador o encarregado de sopesar com exclusividade as circunstâncias do caso, ante a impossibilidade do juiz pretender que a intelecção dada pela autoridade administrativa desbordou dos limites do direito - ressalvada sempre a hipótese de identificação de desvio de poder⁷⁴.

Em vista disso, é possível sim, a revisão judicial de uma decisão que nega o fornecimento de medicamento de valor elevado administrativamente. Contudo, para tanto, deve ficar comprovado que a recusa não possui fulcro jurídico nem motivos fáticos, sendo a exceção esta revisão, tendo em vista o princípio democrático da separação dos poderes.

Todo direito fundamental definido pela Constituição pode ser exigido, até mesmo pela via judicial. Há casos em que um direito fundamental necessita ser sopesado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, devendo ser nessa situação aplicado na sua maior extensão, possuindo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. Agirá o judiciário sempre que um direito constitucional ou infraconstitucional estiver sendo desrespeitado, principalmente se nem o mínimo existencial estiver sendo garantido a tal indivíduo. Caso o legislador faça ponderações e tome decisões pertinentes, cabe ao judiciário acatar.

Para a obtenção de medicamentos judicialmente, toda decisão precisa, indispensavelmente, refletir sobre as consequências para o serviço público de saúde, pois os recursos estatais não são infindáveis. Para designar um grande valor financeiro recursos ao tratamento de um caso em particular, tais recursos deverão ser extraídos do que, originariamente, possuía finalidade diversa, como por exemplo, a contribuição financeira dada para hospitais públicos.

Dessa forma, o julgador, ao sentenciar que o Estado custeie um tratamento de valor muito elevado, deve cogitar a hipótese de que a concessão do tratamento ao autor da ação pode proporcionar aos outros pacientes implicações negativas, acarretando o não atendimento das mesmas pelo serviço público, prejudicadas pela transferência de recursos excessiva para um caso em específico.

Os princípios da separação dos poderes e da legalidade em matéria orçamentária, nem a reserva do possível são vedações absolutas ao abastecimento estatal de medicação de valor elevado. Porém, são situações que devem ser analisadas, caso a caso.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 947.

Todo e qualquer esforço no sentido de se conseguir uma solução para uma temática tão importante como o direito fundamental à saúde sem que haja um estudo detalhado do tema em comento traz riscos, tanto para o demandante quanto para toda a coletividade. É necessário entender que o nosso ordenamento constitucional não apresenta soluções definidas para essas situações. O que há são valores embutidos na ordem constitucional brasileira que devem ser respeitados diante do caso em tela.

Ellen Gracie demonstrou apreensão a interpretação ampliativa que, segundo ela, vem sendo adotada nas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do fornecimento de medicamentos pelos Estados. Ela defende que os pedidos devem ser analisados caso a caso, e não de forma abstrata e genérica, de forma que seus efeitos e suas argumentações não sejam estendidos a outros casos⁷⁵.

Os julgados do STF tornam possível apontar quais as circunstâncias que devem ser analisadas no caso concreto. A partir da jurisprudência do Tribunal, pode-se afirmar que, regra geral, o cidadão não possui direito subjetivo individual constitucional ao provimento estatal de medicamentos e que o direito à saúde não se concretiza individualmente, e sim mediante políticas públicas. Em decorrência disto, só teria direito subjetivo individual ao abastecimento de medicamentos quando determinados por essas mesmas políticas sociais, isto é, por normas infraconstitucionais.

Apesar de essa ser a regra geral do tribunal, o STF beneficia casos que divergem dessa regra. São casos que caracterizam um real estado de necessidade, podendo ser comparado, analogicamente, ao direito penal como uma causa excludente de ilicitude.

As decisões do Pretório Excelso vêm observando, primeiramente, a gravidade da doença, logo após a condição financeira do requerente e por fim a comprovação da eficácia do tratamento pretendido. Vêm formando entendimento no sentido de que, além dos possíveis danos ao erário, o tratamento só deve ser provido quando o

⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 91. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. DJ de 05.03.2007.

demandante não puder custear; for, comprovadamente, eficiente; e realmente necessário para a manutenção da vida do paciente⁷⁶.

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3193. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2008. DJ de 18.03.2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 138. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 nov. 2007. DJ de 08.11.2007.

CONCLUSÃO

Desde a pesquisa até a composição do trabalho monográfico em questão, o objeto de estudo delineado apresentou como panorama principal a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos de valor elevado.

Considera-se que os objetivos propostos foram alcançados, pois se discutiu o processo de fornecimento de medicamentos de valor elevado pelo Estado diante de sua responsabilidade e suas omissões; foram analisados os argumentos utilizados pelo Estado para se eximir da obrigação da prestação dos medicamentos de valor elevado aos indivíduos que mais necessitam; expôs-se o que entende a doutrina a respeito da matéria e qual o posicionamento pacificado; investigou-se o processo de judicialização para a obtenção dos medicamentos e o posicionamento dos Tribunais, especialmente, do Supremo Tribunal Federal.

Pelos institutos da responsabilidade civil, sempre que alguém houver sofrido um dano, há a chance de ajuizar uma indenização pela lesão que lhe foi causada. Esta é a premissa básica do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, com o passar dos tempos, foi alvo de grande evolução, a partir do surgimento de sociedades primitivas em que imperavam a reparação do dano através de violência grupal contra o agente causador do dano, até chegar ao que hoje é pacífico no ordenamento jurídico pátrio: a responsabilidade objetiva, ocasionando ao autor do dano a responsabilidade, sem a necessidade da análise do elemento dano.

No direito positivo pátrio, a responsabilidade do estado está insculpida no art. 37, §6º da Carta Magna. O regramento constitucional se divide entre duas teorias: a teoria do risco administrativo e a teoria da culpa anônima. A teoria do risco administrativo é empregada nas situações em que a ação do agente estatal é comissiva, assim como a utilizada nos casos de atos omissivos será a teoria da culpa anônima. Pode-se concluir, portanto, que a Lei Maior reconhece ser mais usual a responsabilidade objetiva em casos de atos comissivos e a responsabilidade subjetiva para atos omissivos.

No que se refere aos princípios constitucionais, que devem ser respeitados pela temática, tais como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, especialmente neste, as políticas públicas para sua efetivação são alvo da

teoria da reserva do possível e das escolhas trágicas. Nestas, para que o direito de alguns indivíduos sejam concretizados, o Estado precisa ferir o direito de outros, visto que o Poder Público não possui recursos suficientes para atender a todos. Na teoria da reserva do possível, as demandas sociais devem ser solucionadas na medida do possível, de acordo com sua necessidade e possibilidade, sem esquecer-se do mínimo existencial, que também deve ser respeitado.

Vale ressaltar que a saúde é um direito constitucional do cidadão e que deve ser custeada pelo orçamento da seguridade social, além de dever ter a sua efetividade assegurada por políticas públicas.

Com a reiterada negação da Administração Pública ao provimento da medicação, surge na esfera judicial um crescente processo de judicialização dessas demandas, em que o demandante tenta, pela via judicial, obrigar o Estado a se responsabilizar pelo abastecimento do medicamento.

Conclui-se, portanto, que deve haver a responsabilidade civil do Estado, pois possui o dever de assegurar a saúde do indivíduo hipossuficiente economicamente, através do fornecimento de medicamentos de valor elevado, sendo eles de uso contínuo ou não. Esta responsabilidade advém da omissão ou erro no serviço prestado pelo Estado e decorre não apenas dos direitos fundamentais já analisados, mas também do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que caminha para este sentido. Este estudo monográfico não teve a pretensão de esgotar a discussão acerca da temática, que é bastante ampla, pois se trata de um dos direitos básicos do cidadão: o direito à saúde, além de expor uma ausência normativa para regular o tema, que, futuramente, deverá surgir.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 de novembro de 2017.

_____. Lei nº 8.080/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em 15 de dezembro de 2017.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html> Acesso em: 27 de novembro de 2017.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 341, de 22 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:btPZE6Oo08sJ:sna.saude.gov.br/legisla/legisla/tab_sia/SAS_P341_01tab_sia.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 27 de novembro de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Clarisse Seixas. **Direito Público Subjetivo e Perspectivas Educacionais.** Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LAGO JÚNIOR, Antônio. A Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente de Trabalho. In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coords.). **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Fundamentos do Direito da Seguridade Social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** Revista dos Tribunais, 2. ed., São Paulo, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PACTO Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 17 de fevereiro de 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais**, São Paulo: LTr, 2003.

ROBERT, Jacques. *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, p.198 , 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 06 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Iarley Pereira de. **A Prestação Estatal da Educação Inclusiva como Obrigação Político-jurídica**. Disponível em <<http://www.ccj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2014/iarley-pereira-de-sousa.pdf>> Acesso em 14 de fevereiro de 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. AgRg no RE nº 271.286-8/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 02 ago. 2000. DJ de 24.11.2000.

_____. 2ª Turma. RE n. 195.192-3/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 22 fev. 2000. DJ de 31.03.2000.

_____. SS 3193. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2008. DJ de 18.03.2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 138. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 nov. 2007. DJ de 08.11.2007.

_____. STA 91. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. DJ de 05.03.2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2001, v.1.