



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

**APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0029285-18.2001.4.03.6100/SP**  
2001.61.00.029285-5/SP

**D.E.**

Publicado em 02/07/2013

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR  
APELANTE : Ministério Público Federal  
PROCURADOR : SONIA MARIA CURVELLO e outro  
APELANTE : União Federal  
ADVOGADO : TERCIO ISSAMI TOKANO e outro  
APELANTE : Fazenda do Estado de São Paulo  
ADVOGADO : MARIA LUCIANA DE OLIVEIRA FACCHINA PODVAL e  
outro  
APELANTE : Prefeitura Municipal de São Paulo SP  
ADVOGADO : JOSE DE ARAUJO NOVAES NETO e outro  
APELADO : OS MESMOS  
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP

**EMENTA**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MEDICAMENTOS. A SEREM PRESCRITOS. ARGUIÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS AOS DOENTES DE AIDS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1- Trata-se de reexame necessário e recursos de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, pela União, Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, contra a r. sentença que julgou procedente o pedido de condenação das requeridas ao fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana - HIV e doentes da síndrome da imunodeficiência humana - aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, mesmo aqueles que não constarem da lista de fármacos fornecidos pelo SUS - Sistema Único de Saúde.

2- A pretensão do Ministério Público Federal é diversa do objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A matéria retratada nos autos tutela direito à saúde, evidenciando, portanto o direito difuso, transindividual de natureza indivisível, do qual são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, sendo perfeitamente possível a via da ação civil pública para proteção de tais interesses.

3 - A garantia do fornecimento de todos e quaisquer medicamentos aos portadores vírus HIV e doentes de aids está previsto na Lei nº. 9.313/96, não se eximindo as requeridas de fornecerem outros medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes, que venham a ser produzidos no futuro.

4- Nenhum ato administrativo que intervenha em direitos fundamentais pode ficar fora do controle judicial, pois, se o legislador tem a obrigação de editar normas que dispense a adequada proteção dos

direitos fundamentais, como é o caso da Lei 9.313/96, o administrador tem a obrigação de agir materialmente nesse sentido.

5- Se o Estado deixar de agir ou agir de forma ineficaz para na prevenção ou reparação das lesões de tais direito, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela, velando pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

6- A ausência de previsão orçamentária em contraposição ao valor constitucional do direito à saúde, não prevalece, visto que na preponderância de tais valores, os princípios fundamentais do direito à vida e a à saúde das pessoas se sobrepõe à regra de previsão orçamentária.

7- Divulgação mais ampla da decisão, com determinação à União, o Estado São Paulo e o Município de São Paulo, de forma solidária, a publicarem a sentença proferida nos jornais de circulação em âmbito estadual e local, em três dias alternados, sendo um deles domingo, sem, contudo, fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constante dos autos.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, decidiu negar provimento às apelações dos réus e à remessa oficial e dar provimento parcial à Apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de junho de 2013.

**NERY JÚNIOR**  
**Desembargador Federal Relator**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 16D20BEA1C864285

Data e Hora: 28/06/2013 10:03:33

---

### **APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0029285-18.2001.4.03.6100/SP**

2001.61.00.029285-5/SP

|            |                                                     |
|------------|-----------------------------------------------------|
| RELATOR    | : Desembargador Federal NERY JUNIOR                 |
| APELANTE   | : Ministerio Publico Federal                        |
| PROCURADOR | : SONIA MARIA CURVELLO e outro                      |
| APELANTE   | : Uniao Federal                                     |
| ADVOGADO   | : TÉRCIO ISSAMI TOKANO e outro                      |
| APELANTE   | : Fazenda do Estado de Sao Paulo                    |
| ADVOGADO   | : MARIA LUCIANA DE OLIVEIRA FACCHINA PODVAL e outro |
| APELANTE   | : Prefeitura Municipal de Sao Paulo SP              |
| ADVOGADO   | : JOSE DE ARAUJO NOVAES NETO e outro                |
| APELADO    | : OS MESMOS                                         |
| REMETENTE  | : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP     |

## RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recursos de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, pela União, Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, contra a r. sentença que julgou procedente o pedido de condenação das requeridas ao fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana - HIV e doentes da síndrome da imunodeficiência humana - aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, mesmo aqueles que não constarem da lista de fármacos fornecidos pelo SUS - Sistema Único de Saúde.

Na inicial o Ministério Público Federal alegou que, conforme documentos anexados nos autos, constatou que o SUS- Sistema Único de Saúde, em suas três esferas de governo, tem negado o fornecimento de medicamentos de controle e combate à aids, obrigando pessoas soropositivas a recorrerem ao Judiciário para que o Estado cumpra seu dever de prestar assistência integral à saúde.

Expõe que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, configura direito fundamental de segunda geração, exigindo prestações positivas do Estado, conferindo ao indivíduo o direito de exigir prestações sociais nos campos da saúde, alimentação, educação, habitação e trabalho etc.

Relata que a Lei nº. 8.080/90, em seu artigo 7º, dispõe que as ações e serviços públicos que integram o SUS serão desenvolvidas de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo aos princípios ali descritos, entre eles o da integralidade de assistência, definindo-a como um "conjunto articulado e contínuo de serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

Também a Lei nº. 9.313/96, em seu art. 1º, impôs a gratuidade do fornecimento de toda a medicação necessária ao tratamento dos portadores do HIV e doentes da aids.

Desta forma, sustenta que o Estado deve fornecer todos os medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes, ainda que não constem em lista oficial, provendo as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, direito fundamental do ser humano.

Assevera que os réus, como integrantes e gestores do SUS, figuram como parte passiva legítimas, visto que a decisão postulada projetará efeitos diretos sobre suas esferas jurídicas.

Requeru liminarmente a antecipação parcial dos efeitos da tutela, sob pena de cominação de multa de no mínimo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em cada caso de desrespeito à decisão judicial, argumentando que o bem ameaçado é a vida desses pacientes, sendo que a demora poderia significar o agravamento de sua saúde e até mesmo a morte.

Nesse sentido requereu que fosse determinado à União, a aquisição e o fornecimento imediato ao Estado de São Paulo, dos medicamentos Amprenavir, Abacavir e lopinavir + ritonavir (Kaletra) e a este, a distribuição e entrega desses medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes da aids do Estado de

São Paulo, em quantidade suficiente para atender todos os soropositivos, distribuindo-os diretamente à Secretaria Estadual de Saúde.

Como provimento final, requereu:

a) que a União, o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo fossem condenadas, de forma solidária, ao fornecimento gratuito e ininterrupto, através das respectivas redes de atendimento, a todos os portadores do vírus HIV e a todos doentes de aids, de todos e quaisquer medicamentos necessários ao seu tratamento independentemente de ser importado ou não constar na lista oficial d Ministério da Saúde;

b) a condenação da União, do Estado de São Paulo e Município de São Paulo, de forma solidária, a publicar a sentença definitiva em jornais de grande circulação em âmbito nacional, estadual e municipal, por três dias alternados, sendo um deles obrigatoriamente no domingo, mas sem fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constantes dos autos;

Requereu ainda, em reiteração, a fixação de fixada multa diária para hipótese de descumprimento da liminar deferida e postulou a decretação de segredo de justiça dos presentes autos, com vistas a preservar o direito à intimidade dos portadores do HIV, autorizada apenas a divulgação dos atos decisórios, com a devida omissão dos nomes dos pacientes.

Anexou documentos de fls. 34/166 e deu à causa o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

As requeridas foram intimadas em observação ao disposto no artigo 2º da Lei nº. 8.437/92, sendo que o Estado de São Paulo e a União apresentaram manifestações às fls. 176/198, 205/226, respectivamente.

Às fls. 228/234 foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos seguintes termos:

- a) À União Federal, a aquisição e o fornecimento dos medicamentos, Amprenavir, Abacavir e Kaletra em quantidade suficiente para atender todos os soropositivos do Estado de São Paulo (cujos dados quantitativos são conhecidos, ainda que estatisticamente, pela própria Coordenadoria de DST e AIDS do MS) distribuindo-os diretamente ao Estado de São Paulo (Secretaria Estadual de Saúde);*
- b) Ao Estado de São Paulo, a distribuição e entrega desses medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes da aids no Estado de São Paulo, no seu âmbito de abrangência geográfica.*

Posteriormente, o Ministério Público Federal apresentou novo pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que fosse também fornecido e distribuído o medicamento tenofovir ou viread, eficaz no combate ao vírus HIV, o que foi deferido às fls. 614/616, nos mesmos termos da decisão anterior.

Determinada a citação das rés, tendo o Estado de São Paulo contestado o feito (fls. 300/46), arguindo a preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, pois não havia pretensão resistida ao pedido, visto que o Estado de São Paulo apenas faz o repasse dos medicamentos.

No mérito decorreu sobre a aquisição dos medicamentos, afirmando a necessidade de padronização e observância de critérios, inclusive sobre a disponibilidade da aquisição e distribuição dos produtos. Requereu a improcedência do pedido e, caso seja mantida a decisão, seja exigido o cadastramento dos doentes da rede pública e que a entrega dos medicamentos seja feita somente mediante a apresentação de receituários emitidos por médicos da rede pública.

O Município de São Paulo contestou o feito às fls. 324/346, arguindo sua ilegitimidade passiva, sustentando no mérito que a União é quem padroniza as terapias e que a assistência farmacêutica aos portadores do vírus HIV é tratada na Lei nº. 9.313/96. Sustenta que não cabe ao Poder Judiciário intervir na questão ventilada nos autos, nem dizer quais as medidas devem ser tomadas pela administração, sob pena de ofensa do princípio constitucional da autonomia dos Municípios.

Em sua defesa a União arguiu preliminarmente a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e no mérito, sustentou que a adoção de novo medicamento e o momento oportuno de fazê-lo é questão pertinente à política pública, inserindo-se dentro do poder discricionário da administração. Afirma que o programa da União desenvolvido pelo Ministério da Saúde é exemplar e atende às disposições contidas na Lei nº. 9.313/96. Adiciona que a compra de medicamentos deve obedecer ao processo licitatório sempre que o valor do empenho o exigir. (fls. 347/67)

Às fls. 498/511, o MPF pede a antecipação de tutela também para o medicamento TENOFOVIR, sedo o pedido concedido, conforme decisão de fls. 614/616.

A União interpôs agravo de instrumento (fls. 638/78), que recebeu o nº. 2003.03.00.017813-4, tendo sido indeferido a suspensividade requerida, cópia da decisão anexada às fs. 712/13.

Às fls. 714/716, ante a informação do MPF de que o medicamento TENOFOVIR não estava sendo fornecido, foi proferida outra decisão, determinando o imediato cumprimento da decisão já proferida, sob pena de fixação de multa diária, da qual a União recorreu, tendo o agravo recebido o nº. 2003.03.00.031696-8, sendo indeferido o pedido de suspensão de segurança, cuja decisão foi juntada aos autos por cópia às fls. 1131/35.

Na petição de fls. 763/6 e o MPF informa a continuidade da negativa de cumprimento da decisão por parte das rés, relatando inclusive o caso de um paciente, que necessitava do medicamento TENOFOVIR para continuidade do tratamento médico, no entanto, veio a falecer sem conseguir o medicamento prescrito por seu médico, conforme documentos de fls. 767/77.

Em razão dos fatos noticiados, foi designado audiência entre as partes, a fim de que os réus esclarecessem sobre as eventuais dificuldades no cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Foi realizada a audiência, comparecendo as partes, sendo ouvida a Sra. Adriane Espindola Mota, consultora jurídica da Coordenação Nacional de DST/aids (fl. 905) e Raldo Bonifácio Costa Filho, coordenador adjunto da Coordenação Nacional de DST/aids, cuja oitiva foi requerida pela União, que ainda protestou pela oitiva do Dr. Marcos Vitorio e formulação de quesitos aos demais que foram

ouvidos, sendo-lhe indeferido tal pedido, pois a MM. Juíza que presidiu a audiência entendeu suficiente esclarecido a respeito das dificuldades para o cumprimento da decisão, tendo a União agrado nessa oportunidade, por considerar que houve cerceamento de defesa.

Foi requerido pela consultora jurídica da Coordenação Nacional de DST/aids a apresentação de documentos, o que foi deferido, sendo tais documentos anexados às 907/996.

Por fim foi deferido prazo às partes para apresentação de proposta de acordo ao Ministério Público Federal.

A União apresentou proposta de acordo e o MPF, contraproposta (998/1015) e documentos de fls. 1017/1063 - volume V, tendo a União às fls. 1106/118 esclarecido o itens com os quais não concordava, requerendo ainda, o julgamento antecipado da lide.

Novos esclarecimentos e documentos foram apresentados pela União às fls. 1158/66, 1170/1264 e 1267/1343 em razão do requerido pelo MPF, tendo este se manifestado às fls. 1345//48.

O Instituto de Defesa da Cidadania solicitou às fls. 1137/8 a inclusão na lide como litisconsorte ativo, sendo tal pedido indeferido às fls. 1380/1.

Pela União foi apresentada a petição de fls. 1353/64, informando não ter mais interesse na celebração de acordo, sendo as partes intimadas para ciência e para manifestação sobre o julgamento antecipado da lide.

Em seguida, o Município de São Paulo, o Estado de São Paulo e o MPF, aduzindo não terem outras provas a produzirem, concordaram com o julgamento antecipado da lide.

Às fls. 1130/35 foi anexada cópia da decisão monocrática do agravo 2003.03.00.031054-1, ofertado pela União, a qual indeferiu o pedido de suspensão de segurança. Dessa decisão foi interposto agravo regimental, no qual o Órgão Especial do TRF/3ª Região negou provimento ao recurso, por maioria de votos, decisão anexada às fls. 1395/1409.

Foi proferida sentença às fls. 1447/1455 integrada às fls. 1552/53 pelos embargos de declaração, tendo o d. Magistrado *a quo* afastado as preliminares e julgado procedente a ação para condenar os réus a fornecer, de forma gratuita e ininterrupta, a todos os portadores do vírus HIV e a todos os doentes de aids, todos e quaisquer medicamentos necessários ao seu tratamento, negando, no entanto, o pedido de que fosse providenciada a divulgação da sentença em jornais de grande circulação. Sujeitou a sentença ao reexame necessário.

Não houve condenação em honorários advocatícios.

As partes apelaram.

O Estado de São Paulo apelou arguindo a preliminar de carência de ação, alegando ausência de interesse processual, pois não possui competência para adquirir os medicamentos requeridos na inicial, mas sua responsabilidade se resume a entrega e distribuição antirretrovirais, não havendo pretensão resistida nesse sentido, pois vem cumprindo sua parte (fls. 1515/1547).

Expõe ainda, que o pedido é genérico e a sentença, nula, visto abranger medicamentos futuros e incertos.

Sustenta que houve ofensa à tripartição de poderes e às diretrizes orçamentais, pois todos os medicamentos devem ser fornecidos com segurança e sob a fiscalização dos órgãos competentes.

A União apresentou suas razões de apelação às fls. 1488/1511, arguindo sua ilegitimidade passiva, inadequação da via eleita, violação ao regime de precatórios e ao conceito de "reserva do possível", sustentando que houve lesão à saúde pública, requerendo a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Na apelação de fls. 1469/1487, o Município de São Paulo arguiu sua ilegitimidade passiva, bem como a violação à autonomia municipal, sustentando a necessidade da observância de rígidos critérios técnicos para distribuição de medicamentos.

O Ministério Público Federal apelou, requerendo a reforma parcial da sentença, para que os réus sejam condenados, de forma solidária, a publicar a sentença definitiva em jornais de grande circulação em âmbito nacional, estadual e municipal, por três dias alternados, sendo um deles obrigatoriamente no domingo, mas sem fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constantes dos autos. (fls. 1565/1611)

As contrarrazões foram apresentadas pela União às fls. 1613/15, pelo Estado de São Paulo às fls. 1630/34 e pelo Ministério Público Federal às fls. 1581/1611.

Os autos foram remetidos a esta E. Corte sendo aberto vista ao MPF, que ofereceu o parecer de fls. 1645/51, opinando pela reforma parcial da sentença com o provimento do recurso do *parquet* e improvimento dos recursos das requeridas.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Trata-se de reexame necessário e recursos de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, pela União, Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, contra a r. sentença que julgou procedente o pedido de condenação das requeridas ao fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana - HIV e doentes da síndrome da imunodeficiência humana - aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, mesmo aqueles que não constarem da lista de fármacos fornecidos pelo SUS - Sistema Único de Saúde.

Na inicial o Ministério Público Federal alegou que, conforme documentos anexados nos autos, constatou que o SUS- Sistema Único de Saúde, em suas três esferas de governo, tem negado o fornecimento de

medicamentos de controle e combate à aids, obrigando pessoas soropositivas a recorrerem ao Judiciário para que o Estado cumpra seu dever de prestar assistência integral à saúde.

Expõe que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, configura direito fundamental de segunda geração, exigindo prestações positivas do Estado, conferindo ao indivíduo o direito de exigir do Estado prestações sociais nos campos da saúde, alimentação, educação, habitação e trabalho etc.

Relata que a Lei nº. 8.080/90, em seu artigo 7º, dispõe que as ações e serviços públicos que integram o SUS serão desenvolvidas de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo aos princípios ali descritos, entre eles o da integralidade de assistência, definindo-a como um "conjunto articulado e contínuo de serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

Também a Lei nº. 9.313/96, em seu art. 1º, impôs a gratuidade do fornecimento de toda a medicação necessária ao tratamento dos portadores do HIV e doentes da aids.

Desta forma, sustenta que o Estado deve fornecer todos os medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes, ainda que não constem em lista oficial, provendo as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde, direito fundamental do ser humano.

Assevera que os réus, como integrantes e gestores do SUS, figuram como parte passiva legítimas, visto que a decisão postulada projetará efeitos diretos sobre suas esferas jurídicas.

Requeru liminarmente a antecipação parcial dos efeitos da tutela, sob pena de cominação de multa de no mínimo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em cada caso de desrespeito à decisão judicial, argumentando que o bem ameaçado é a vida desses pacientes, sendo que a demora poderia significar o agravamento de sua saúde e até mesmo a morte.

Nesse sentido requereu que fosse determinado à União, a aquisição e o fornecimento imediato ao Estado de São Paulo dos medicamentos Amprenavir, Abacavir e lopinavir + ritonavir (Kaletra) e ao Estado de São Paulo a distribuição e entrega desses medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes da aids no Estado de São Paulo, em quantidade suficiente para atender todos os soropositivos do Estado de São Paulo, distribuindo-os diretamente ao Estado (Secretaria Estadual de Saúde)

Como provimento final, requereu:

a) que a União, o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo fossem condenadas, de forma solidária, ao fornecimento gratuito e ininterrupto, através das respectivas redes de atendimento, a todos os portadores do vírus HIV e a todos doentes de aids, de todos e quaisquer medicamentos necessários ao seu tratamento independentemente de ser importado ou não constar na lista oficial d Ministério da Saúde;

b) a condenação da União, o Estado de São Paulo e Município de São Paulo, de forma solidária, a publicar a sentença definitiva em jornais de grande circulação em âmbito nacional, estadual e municipal, por três dias alternados, sendo um deles obrigatoriamente no domingo, mas sem fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constantes dos autos

Requeru ainda, em reiteração, a fixação de fixada multa diária para hipótese de descumprimento da liminar deferida e postulou a decretação de segredo de justiça dos presentes autos, com vistas a preservar o direito à intimidade dos portadores do HIV, autorizada apenas a divulgação dos atos decisórios, com a devida omissão dos nomes dos pacientes.

Anexou documentos de fls. 34/166 e deu à causa o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

As requeridas foram intimadas em observação ao disposto no artigo 2º da Lei nº. 8.437/92, sendo que o Estado de São Paulo e a União apresentaram manifestações às fls. 176/198, 205/226, respectivamente.

Às fls. 228/234 foi deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em que se determinou `a União Federal a aquisição e o fornecimento dos medicamentos, Amprenavir, Abacavir e Kaletra em quantidade suficiente para atender todos os soropositivos do Estado de São Paulo (cujos dados quantitativos são conhecidos, ainda que estatisticamente, pela própria Coordenadoria de DST e AIDS do MS) e ao Estado de São Paulo a distribuição e entrega desses medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes da aids no Estado de São Paulo, no seu âmbito de abrangência geográfica.

Posteriormente, o Ministério Público Federal apresentou novo pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que fosse também fornecido e distribuído o medicamento tenofovir ou viread, eficaz no combate ao vírus HIV, o que foi deferido às fls. 614/616, nos mesmos termos da decisão anterior.

Determinada a citação das rés, tendo o Estado de São Paulo contestado o feito (fls. 300/46), arguindo a preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, pois não havia pretensão resistida ao pedido, visto que o Estado de São Paulo apenas faz o repasse dos medicamentos.

No mérito decorreu sobre a aquisição dos medicamentos, afirmando a necessidade de padronização e observância de critérios, inclusive sobre a disponibilidade da aquisição e distribuição dos produtos. Requeru a improcedência do pedido e, caso seja mantida a decisão, seja exigido o cadastramento dos doentes da rede pública e que a entrega dos medicamentos seja feito somente mediante a apresentação de receituários emitidos por médicos da rede pública.

O Município de São Paulo contestou o feito às fls. 324/346, arguindo sua ilegitimidade passiva, sustentando no mérito que a União é quem padroniza as terapias e que a assistência farmacêutica aos portadores do vírus HIV é tratada na Lei nº. 9.313/96. Sustenta que não cabe ao Poder Judiciário intervir na questão ventilada nos autos, nem dizer quais as medidas devem ser tomadas pela administração, sob pena de ofensa do princípio constitucional da autonomia dos Municípios.

Em sua defesa a União arguiu preliminarmente a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e no mérito, sustentou que a adoção de novo medicamento e o momento oportuno de fazê-lo é questão pertinente à política pública, inserindo-se dentro do poder discricionário da administração. Afirmou que o programa da União desenvolvido pelo Ministério da Saúde é exemplar e atende às disposições contidas na Lei nº. 9.313/96. Adiciona que a compra de medicamentos deve obedecer ao processo licitatório sempre que o valor do empenho o exigir. (fls. 347/367)

Às fls. 498/511, o MPF pede a antecipação de tutela também para o medicamento TENOFOVIR, sendo o pedido concedido, conforme decisão de fls. 614/616,

A União interpôs agravo de instrumento (fls. 638/78), que recebeu o nº. 2003.03.00.017813-4, tendo sido indeferido a suspensividade requerida, cópia da decisão anexada às fls. 712/13.

Às fls. 714/716, ante a informação do MPF de que o medicamento tenofovir não estava sendo fornecido, foi proferida outra decisão, determinando o imediato cumprimento da decisão já proferida, sob pena de fixação de multa diária, da qual a União recorreu, tendo o agravo recebido o nº. 2003.03.00.031696-8, sendo indeferido o pedido de suspensão de segurança, cuja decisão foi juntada aos autos por cópia às fls. 1131/35.

Na petição de fls. 763/6 e o MPF informa a continuidade da negativa de cumprimento da decisão por parte das rés, relatando inclusive o caso de um paciente, que necessitava do medicamento tenofovir para continuidade do tratamento médico, no entanto, veio a falecer sem conseguir o medicamento prescrito por seu médico, conforme documentos de fls. 767/77.

Em razão dos fatos noticiados, foi designada audiência entre as partes, a fim de que os réus esclarecessem sobre as eventuais dificuldades no cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela.

Foi realizada a audiência, comparecendo as partes, sendo ouvida a Sra. Adriane Espindola Mota, consultora jurídica da Coordenação Nacional de DST/aids (fl. 905) e Raldo Bonifácio Costa Filho, coordenador adjunto da Coordenação Nacional de DST/aids, cuja oitiva foi requerida pela União, que ainda protestou pela oitiva do Dr. Marcos Vitorio e formulação de quesitos aos demais que foram ouvidos, sendo-lhe indeferido tal pedido, pois a MM. Juíza que presidiu a audiência entendeu suficiente esclarecido a respeito das dificuldades para o cumprimento da decisão, tendo a União agrado nessa oportunidade, por considerar que houve cerceamento de defesa.

Foi requerida pela consultora jurídica da Coordenação Nacional de DST/aids a apresentação de documentos, o que foi deferido, sendo tais documentos anexados às 907/996.

Por fim foi deferido prazo às partes para apresentação de proposta de acordo ao Ministério Público Federal.

A União apresentou proposta de acordo e o MPF, contraproposta (998/1015) e documentos de fls. 1017/1063 - volume V, tendo a União às fls. 1106/118 esclarecido o itens com os quais não concordava,

requerendo ainda, o julgamento antecipado da lide.

Novos esclarecimentos e documentos foram apresentados pela União às fls. 1158/66, 1170/1264 e 1267/1343 em razão do requerido pelo MPF, tendo este se manifestado às fls. 1345//48.

O Instituto de Defesa da Cidadania solicitou às fls. 1137/8 a inclusão na lide como litisconsorte ativo, sendo tal pedido indeferido às fls. 1380/1.

Pela União foi apresentada a petição de fls. 1353/64, informando não ter mais interesse na celebração de acordo, sendo as partes intimadas para ciência e para manifestação sobre o julgamento antecipado da lide.

Em seguida, o Município de São Paulo, o Estado de São Paulo e o MPF, aduzindo não terem outras provas a produzirem, concordaram com o julgamento antecipado da lide.

Às fls. 1130/35 foi anexada cópia da decisão monocrática do agravo 2003.03.00.031054-1, ofertado pela União, a qual indeferiu o pedido de suspensão de segurança. Dessa decisão foi interposto agravo regimental, no qual o Órgão Especial do TRF/3ª Região negou provimento ao recurso, por maioria de votos, decisão anexada às fls. 1395/1409.

Foi proferida sentença às fls. 1447/1455 integrada às fls. 1552/53 pelos embargos de declaração, tendo o d. Magistrado *a quo* afastado as preliminares e julgado procedente a ação para condenar os réus a fornecer, de forma gratuita e ininterrupta, a todos os portadores do vírus HIV e a todos os doentes de aids, todos e quaisquer medicamentos necessários ao seu tratamento, negando, no entanto, o pedido de que fosse providenciada a divulgação da sentença em jornais de grande circulação. Sujeitou a sentença ao reexame necessário.

Não houve condenação em honorários advocatícios.

As partes apelaram.

O Estado de São Paulo apresentou recurso de apelação arguindo a preliminar de carência de ação por ausência de interesse processual, em vista de não ser a pessoa jurídica de direito público competente para a adquirir os medicamentos requeridos na inicial, resumindo sua responsabilidade na entrega e distribuição, não havendo pretensão resistida nesse sentido, pois vem cumprindo sua parte (fls. 1515/1547).

Expõe ainda, que o pedido é genérico e a sentença, nula, visto abranger medicamentos futuros e incertos.

Sustenta que houve ofensa à tripartição de poderes e às diretrizes orçamentais, pois todos os medicamentos devem ser fornecidos com segurança e sob a fiscalização dos órgãos competentes.

A União apresentou suas razões de apelação às fls. 1488/1511, arguindo ilegitimidade passiva, inadequação da via eleita, violação ao regime de precatórios e ao conceito de "reserva do possível", sustentando que houve lesão à saúde pública, requerendo a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Na apelação de fls. 1469/1487, o Município de São Paulo arguiu sua ilegitimidade passiva, bem como a violação à autonomia municipal, sustentando a necessidade da observância de rígidos critérios técnicos para distribuição de medicamentos.

O Ministério Público Federal apelou, requerendo a reforma parcial da sentença, para que os réus sejam condenados, de forma solidária, a publicar a sentença definitiva em jornais de grande circulação em âmbito nacional, estadual e municipal, por três dias alternados, sendo um deles obrigatoriamente no domingo, mas sem fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constantes dos autos. (fls. 1565/1611)

As contrarrazões foram apresentadas pela União às fls. 1613/15, pelo Estado de São Paulo às fls. 1630/34 e pelo Ministério Público Federal às fls. 1581/1611.

Os autos foram remetidos a esta E. Corte sendo aberto vista ao MPF, que ofereceu o parecer de fls. 1645/51, opinando pela reforma parcial da sentença com o provimento do recurso do *parquet* e improvimento dos recursos das requeridas.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra a União, o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo onde foi requerido, inicialmente a condenação da União e Município de São Paulo, de forma solidária, ao fornecimento gratuito e ininterrupto, através das respectivas redes de atendimento, a todos os portadores de vírus HIV e a todos doentes de aids, de todos e quaisquer medicamentos necessários aos seus tratamento, independentemente de ser importado ou não constar da lista oficial do Ministério da Saúde.

A preliminar de ilegitimidade passiva deve ser repelida.

A Constituição Federal assegura, em seu art.196, que a saúde é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Cumprindo ainda ressaltar, que o direito à saúde, constitucionalmente assegurado, é um instrumento para realização de direitos fundamentais como o direito à vida e à dignidade humana, que possui especial importância no Estado Democrático de Direito.

A leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal não deixam dúvida de que a União Federal, juntamente com Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são responsáveis, de forma solidária, por assegurar o direito de todos à saúde.

A r. sentença decidiu a controvérsia em estrita harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE nº 808.059/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (DJe de 1º/2/11), "*fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária*".

Nesse sentido, também decidiu o STJ:

*ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.*

- 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.*
- 2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.*
- 3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.*
- 4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.*
- 5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade.*
- 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.*
- 7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.*
- 8. Recurso improvido.*

*(REsp 325337/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2001, DJ 03/09/2001, p. 159)*

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.*

- 1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.*

- 2. Agravo regimental não provido*

*STJ, AgRg no Ag 961.677/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/05/2008, DJe 11/06/2008*

E ainda, a solidariedade nas questões pertinentes à saúde, encontra-se evidenciada na Lei nº. 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de aids, dispôs em seu artigo 2º, *que as despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

Já a Lei nº. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços, referindo-se à legitimidade das três esferas de governo, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal, dispõe no mesmo sentido:

*Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:*

*I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;*

*II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e*

*III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.*

Vê-se, portanto, que a União e o Estado de São Paulo o Município de São Paulo são responsáveis pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos para as demandas cuja causa de pedir é a prestação de uma tutela de saúde, devendo ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.

A arguição de inadequação da via eleita sob a alegação de a presente ação esta sendo usada como substitutivo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão não subsiste.

A ação de constitucionalidade por omissão é processo objetivo de controle de constitucionalidade concentrada, prestando-se a declarar a mora do legislativo, ante a ausência de norma no plano constitucional.

No presente caso, a pretensão do Ministério Público Federal é diversa do objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visto que o que se pretende nesta ação é a condenação das requeridas ao fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana - HIV e doentes da síndrome da imunodeficiência humana - aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, matéria regulamentada pela Lei nº 9.313/96, não se tratando portando de falta de regulamentação legal de matéria constitucional.

A matéria retratada nos autos tutela direito à saúde, evidenciando, portanto o direito difuso, transindividual de natureza indivisível, do qual são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, sendo perfeitamente possível a via da ação civil pública para proteção de tais interesses.

Portanto, rejeito a preliminar.

O questionamento da União sobre a impossibilidade jurídica do pedido e inexecutabilidade da decisão se assenta na afirmativa de que o fornecimento de fármacos para tratamento da aids é de alçada exclusiva dos gestores estaduais e municipais do SUS.

No entanto, a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação deve ser compreendida unicamente quando há expressa proibição do pedido pelo ordenamento jurídico, o que não é o caso dos autos.

Outrossim, conforme já decidido acima, o direito à saúde constitucionalmente assegurada, deve ser prestada sob a forma de Sistema Único, sendo a responsabilidade dos entes políticos das três esferas da Federação, sendo que a responsabilidade direta pelo fornecimento de medicamentos ou de tratamento hospitalar de um ente público não retira a legitimidade passiva dos demais, os quais, no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação por parte do primeiro, deverão cumpri-la em caráter subsidiário e solidário.

Afastada a preliminar de carência de ação, fundada na suposta impossibilidade jurídica do pedido.

A arguição de nulidade pelo recorrente o Estado de São Paulo se assenta na inadmissibilidade do pedido e condenação genérica, ante a impossibilidade de se compelir o Estado a fornecer medicamentos que ainda não foram prescritos deve ser afastada.

Ao contrário do deduzido pela recorrente, o pedido foi certo e determinado, visto que a r. sentença condenou os requeridos ao o fornecimento de medicamentos a serem indicados por médicos para o tratamento de doença específica.

No mesmo sentido, confirmam-se o seguinte julgado:

*PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO E SENTENÇA GENÉRICOS. INOCORRÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEFENSORIA PÚBLICA. LITIGÂNCIA CONTRA O ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tendo sido determinado na sentença o fornecimento de medicamentos devidamente indicados por médico relacionados apenas ao tratamento da doença indicada na petição inicial, não há que se falar em condenação genérica. Precedentes: RESP 756162/RJ, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 06.03.2006; REsp 749511/RJ, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 07.11.2005. 2. Restando vencedora em demanda contra o Estado parte representada por defensor público, não que se há falar em condenação a honorários advocatícios, pois o credor - Defensoria Pública - é órgão do devedor - Estado - ocorrendo a causa extintiva das obrigações denominada confusão (CC/1916, art. 1.049; CC/2002, art. 381). Precedente: ERESP 480598/RS, 1ª Seção, Min. Luiz Fux, DJ de 16.05.2005. 3. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 820931 RJ 2006/0033516-8, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 20/03/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/04/2007 p. 248)*

Desnecessário destacar que a aids é uma doença incurável, sendo constantes as pesquisas médicas com o objetivo de desenvolver novos medicamentos, de maneira que se a tutela jurisdicional somente abrangesse os remédios constantes da inicial, por certo a medida se tornaria inócua.

Dessa forma, não há violação do artigo 286 do CPC, ante a não configuração de pedido genérico, pelo que deve ser afastada a preliminar e refutado qualquer alegação de nulidade do processo.

Superadas essas questões, cumpre o exame do mérito da demanda.

A pretensão buscada na presente ação é legítima e constitucionalmente garantida, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 196:

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

É dever do Estado, portanto, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos.

Uma vez garantido o direito à saúde, assegura-se, em última análise, o direito à vida, afiançado pela regra do art. 5º, da Constituição Federal, que por ser definidora de direito fundamental, possui aplicabilidade imediata a teor do disposto no parágrafo 1º do referido artigo.

Nesse sentido, a Lei nº. 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde, esclarece em seu artigo 7º que as ações e os serviços que integram do SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal e, dispondo em seu artigo 2º sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelece:

*Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.*

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

O direito à saúde, portanto, somente encontrará efetividade se a atuação do Poder Público for diligente, positiva e imediata, atendendo ao princípio da integralidade de assistência, de forma que a Lei nº. 9.313/96, ao assegurar aos portadores do HIV e doentes de aids o direito de receber gratuitamente do SUS, toda a medicação necessária a seu tratamento, concede essa efetividade ao texto constitucional.

Dessa forma, a fim de dar efetividade ao direito fundamental que o direito à vida digna, diante do texto constitucional e da clareza do comando contido na Lei nº. 9.313/96, por certo que o Estado tem o dever de fornecer todos os medicamentos necessários ao tratamento dos portadores de HIV e doentes de aids,

seja qual for a complexidade do caso, independentemente de serem importados ou não constarem em lista oficial do Ministério da Saúde.

Não há que se falar que houve ferimento às Leis nº. 6.360/76 ou nº. 9.313/96, ante a ausência de registro dos medicamentos referidos na inicial ou outros que venham a ser prescritos pelos médicos aos pacientes, pois a garantia do fornecimento de todos e quaisquer medicamentos aos portadores vírus HIV e doentes de aids está previsto na Lei nº. 9.313/96, não se eximindo as requeridas de fornecerem outros medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes, que venham a ser produzidos no futuro.

A síndrome da imunodeficiência adquirida - aids é uma doença grave, evolutiva e incurável, que deteriora o sistema imunológico do paciente, que o faz necessitar de tratamento urgente e contínuo, não sendo ético exigir que se fixe somente um determinado tipo de medicamento em um campo em que as pesquisas estão em constante evolução, de forma que o acolhimento a limitação de medicamentos ou tratamentos implicaria na própria negativa do direito pleiteado.

Assinala-se que, conforme exposto à fl. 1651 do parecer do Ministério Público Federal, os medicamentos requeridos no pedido inicial, Amprenavir, Abacavir, Kaletra (Lopinavir + Ritonavir) e Tenofovir, os tres primeiros fármacos estavam incluídos em "consenso terapêutico", não sendo fornecidos na rede pública por obstáculos administrativos e o último teve acréscimo posterior, portanto, estando atualmente integrados a lista do SUS.

Quanto a outros medicamentos que venham a ser desenvolvidos, a avaliação quanto a eficácia, riscos envolvidos, controle e a segurança na prescrição do medicamento não constante da lista de antirretrovirais fornecidos pelo Poder Público caberá ao próprio médico, que é o competente para avaliar o caso de cada paciente, seu estado clínico e o adequado tratamento a ser aplicado, com a combinação de medicamentos, não constituindo tal situação grave risco à saúde pública.

Nesse sentido vale citar:

*RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.*

*1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV.*

*2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.*

*3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.*

*4. Precedentes desta Corte, entre eles, mutatis mutandis, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1.*

*Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade - no caso, inclusão de medicamento em lista prévia - não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte.*

*3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos." 5. Ademais, o STF sedimentou entendimento no sentido de que "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa*

*jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000) 6. Recursos especiais desprovidos. (REsp 684.646/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 247)*

Por certo que os princípios da transparência e da moralidade exige o controle na distribuição de medicamentos, mas a limitação de entrega destes somente à pacientes atendidos pelo SUS não foi estabelecida pela Lei nº. 9.313/96, de modo que tal exigência deve ser afastada

Acrescento que é fato notório que nem sempre a rede pública tem condições de prestar assistência médica a todas as pessoas em tempo razoável, portanto, não há que se limitar, como pretende o recorrente Estado de São Paulo, a distribuição dos medicamentos somente aos doentes tenham acompanhamento de médico na rede pública, devendo a Administração fornecer aos doentes os remédios ao combate da doença, mediante apresentação de receita médica, independentemente de serem prescritos por médicos da rede pública.

Outras irresignações dos requeridos reside na ofensa ao princípio da separação dos poderes, limitações orçamentárias e a grave lesão à ordem pública, no entanto, nenhuma razão lhes assiste.

O Município de São Paulo assevera não foi respeitado o princípio da autonomia municipal, o Estado de São Paulo alegou violação à tripartição de poderes, sendo que a União consignou que a eficácia imediata da decisão viola o regime constitucional de orçamento público e dos precatórios.

A decisão foi proferida com determinação para que o Estado cumpra de forma eficaz o dever constitucional de prestar assistência médica, garantido às pessoas o medicamento de que necessitam, nos termos impostos pela Lei 9.313/96, que vem sendo descumprido pelo Poder Público.

A Lei 9.313/96 potencializa o direito fundamental à saúde e sua aplicabilidade imediata exige que o Estado assuma uma posição de proteção e respeito a esse direito.

O direito à saúde, aqui configurado direito fundamental de segunda geração, impondo ao Estado, não somente abster-se de lesar bens jurídicos fundamentais, mas também o dever de atuar positivamente, devendo adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever, que levem em

considerando os bens conflitantes, de forma que não se pode tolerar a omissão ou adoção de medidas ineficazes.

Os medicamentos fornecidos pelo SUS para tratamento da aids constantes da lista do SUS são indicados pelos Comitês, integrados por profissionais, que elaboram um documento de consenso terapêutico, com base em conhecimento científico.

De fato, deve ser reconhecida a seriedade e qualidade do trabalho na questão da aids, desenvolvido pelo SUS e Ministério da Saúde, no entanto, a situação descrita na inicial, comprovada pelos documentos anexados, demonstra que a atuação do Estado tem sido insuficiente e ineficaz em determinados casos.

No entanto, a não inclusão de alguns medicamentos na lista do SUS, bem como o fornecimento irregular de outros que já constam, tem causado sérios e graves prejuízos às pessoas soropositivas e doentes de aids, obrigando-os em muitos casos a recorrerem ao Judiciário para que o Estado cumpra seu dever de prestar assistência integral à saúde.

Há ainda, outras questões de caráter meramente administrativo ou que impõem tramites burocráticos sem a devida celeridade que a situação pede, para aquisição e liberação de medicamentos antirretrovirais, como se constata do documento de fls. 129:

*Os medicamentos abacavir e Kaledra, embora tenha sido normatizada sua utilização não estão disponíveis ainda na rede pública por razões administrativas, referentes ao processo de compra, que se dá pela CN- DST/AIDS (Ministério da Saúde).*

Acrescenta ainda a União, conforme fl. 358 que a adoção de um novo medicamento e o momento oportuno para fazê-lo diz respeito a ato discricionário do administrador.

No entanto, nenhum dos Poderes está isento de cumprir as determinações constitucionais, nem de afastar a plena exigibilidade dos direitos fundamentais, cuja consequência para a Administração é justamente a redução dessa liberdade discricionária.

Nenhum ato administrativo que intervenha em direitos fundamentais pode ficar fora do controle judicial, pois, se o legislador tem a obrigação de editar normas que dispense a adequada proteção dos direitos fundamentais, como é o caso da Lei 9.313/96, o administrador tem a obrigação de agir materialmente nesse sentido.

Nesse ponto, consignando que aos direitos fundamentais foi reconhecida uma aplicação direta e imediata, conforme preceitua o art. 5º, §1º, da CF/88, se o Estado deixar de agir ou agir de forma ineficaz para na prevenção ou reparação das lesões de tais direitos, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela, velando pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais, sob pena de transformar em letra morta tais direitos.

Quanto à interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 que:

*É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte em especial - a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatuto constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.*

*(STF. ADPF - 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.)*

Não há, portanto, ofensa ao princípio de separação de poderes, pois a decisão proferida não se referiu ao mérito de ato administrativo, inexistindo, ingerência judicial da coisa pública.

Relevante anotar que na decisão proferida no REsp nº. 1.041.197 - MS de 25/08/2009 o Ministro HUMBERTO MARTINS destacou que:

*ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.*

*1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.*

*2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.*

*3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*

*4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.*

*5. (...)*

*6. (...)*

*Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.*

*(REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)Grifei.*

A alegação de que a eficácia imediata da decisão viola o regime constitucional de orçamento público, regime de precatórios e apresenta risco de grave lesão não prospera.

Os bens ponderados no presente caso, não possuem o mesmo peso, pois no conflito entre interesses de ordem econômica e o próprio direito à vida, a toda evidência, este deve prevalecer, pois a determinação de fornecimento de todos os medicamentos necessários ao tratamento dos doentes de aids e portadores do vírus HIV, em tempo e modo oportuno, constituiu em muitas vezes o único meio capaz de salvar a vida ou garantir sua dignidade.

Firmada essa premissa, o administrador tem a obrigação da proteção do direito à saúde em relação às regras orçamentárias.

Assim, a ausência de previsão orçamentária em contraposição ao valor constitucional do direito à saúde, não prevalece, visto que na preponderância de tais valores, os princípios fundamentais do direito à vida e à saúde das pessoas se sobrepõe à regra de previsão orçamentária.

Nesse sentido merece registro o despacho da lavra do E. Ministro CELSO DE MELLO, na Medida Cautelar PETMC-1246/SC:

*Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.*

Tão pouco o entendimento exposto na decisão impede a continuidade das disposições do Poder Público na direção de sua política de combate e tratamento à aids ou vai de encontro à chamada "reserva do possível".

Sobre a aplicabilidade da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, ressaltou o STJ no REsp nº. 1.041.197 - MS de 25/08/2009 já citado, sobre a necessidade de se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociais de cada país, visto que a Alemanha já conseguiu a efetivação de seus direitos sociais de forma satisfatória, sendo que as prestações materiais naquele campo já asseguram uma existência digna ao cidadão daquele país, não podendo este exigir que a sociedade arque com prestações supérfluas, extrapolando o limite do razoável.

Desnecessário dizer que as condições de uma existência digna ainda não foram implementadas no Estado brasileiro, de forma que o princípio da reserva do possível não pode ser contraposto ao princípio do mínimo existencial, mas somente após atingir tal meta é que caberá a avaliação da aplicação dos recursos remanescentes.

Sob esse enfoque, no já citado REsp nº. .041.197 - MS de 25/08/2009, o eminente relator Ministro Humberto Martins destacou:

(...)

*O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.*

(...)

*Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.*

Nem se diga que a r. sentença ofendeu o regime constitucional de precatórios, tendo em vista que a tutela pleiteada nos autos não é ressarcitoria, mas específica por obrigação de fazer, em razão do descumprimento do determinado na Lei nº. 9.313/96.

Esse entendimento não impede a continuidade das disposições do Poder Público na direção de sua política de combate e tratamento à aids, tão pouco apresenta risco de grave lesão à saúde pública, pois não se está a substituir a lista de medicamentos do SUS, mas ampliando-a com medicamentos que não oferecem risco à saúde, os quais inclusive já foram incluídos no "consenso terapêutico".

Por fim, quanto ao recurso de apelação do MPF, tem-se o pedido de reforma da sentença para que os requeridos sejam condenados solidariamente a publicar da sentença nos jornais de maior circulação em âmbito nacional, estadual e local, em três dias alternados, sendo um deles domingo, sem que se faça menção à nome ou identificação dos portadores do HIV constante dos autos.

A União alega que tal pedido extrapola os termos da inicial e caso fosse deferido haveria julgamento *extra petita*, no entanto, sem razão a recorrente, visto que a petição inicial traz como pretensão do autor a condenação solidária a divulgação da sentença.

O Estado de São Paulo opõe-se ao pedido, por entender que a publicação no Diário Oficial já seria suficiente para divulgação eficaz da publicidade do ato, bem como diante da impossibilidade de criação de despesa sem a correspondente previsão de receita.

Sobre as questões de ausência de fonte de custeio e previsão orçamentária, conforme já exposto, na ponderação dos bens em jogo, ante o já citado princípio do mínimo existencial, conclui-se que tais princípios não pode ser opostos direito fundamental à vida e a saúde.

Embora interesse à sociedade como um todo, é imprescindível para os portadores do vírus HIV e os doentes de aids, em especial àqueles cuja medicação foi negada, o conhecimento de que todos os medicamentos adequados ao seu tratamento, por determinação do Poder Judiciário, serão fornecidos pelo Poder Público, de forma gratuita, nos termos do determinado pela Lei nº. 9.313/96, sendo que a publicação em jornal é a forma mais simples e direta pela qual haverá conhecimento da sentença.

Tal provimento é previsto no §5º do artigo 461 do CPC, como medida de apoio, a fim de garantir a plena efetividade da decisão, de forma a complementar a publicidade feita através do Diário Oficial, que por vezes não atinge a todos que poderiam ser beneficiados pela sentença.

No entanto, tendo em vista que o pedido foi de distribuição e entrega dos medicamentos no âmbito de abrangência geográfica do Estado de São Paulo, desnecessária a publicação em jornal de circulação nacional.

Sendo assim, deve ser reformada parcialmente a sentença nesse ponto, para que seja atendido o pedido de divulgação mais ampla da decisão, com determinação à União, o Estado São Paulo e o Município de São Paulo, de forma solidária, a publicarem a sentença proferida nos jornais de circulação em âmbito estadual e local, em três dias alternados, sendo um deles domingo, sem, contudo, fazer menção a nome ou identificação dos portadores do HIV constante dos autos.

Diante do exposto, voto por negar provimento aos recursos de apelação da União, do Estado do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo e à remessa oficial e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal, para condenar à União, o Estado São Paulo e o Município de São Paulo, de forma solidária, a publicarem a sentença proferida nos jornais de circulação em âmbito estadual e local, nos termos acima, mantendo no mais a sentença.

É o meu voto.

**NERY JÚNIOR**  
**Desembargador Federal Relator**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

|                             |                            |
|-----------------------------|----------------------------|
| Signatário (a):             | NERY DA COSTA JUNIOR:10037 |
| Nº de Série do Certificado: | 16D20BEA1C864285           |
| Data e Hora:                | 28/06/2013 10:03:30        |

---