

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

WELINGTON EDUARDO LÜDKE

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A TENSÃO ENTRE OS PODERES:
FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA
PARA HARMONIZAÇÃO DOS CONFLITOS**

São Leopoldo
2012

WELINGTON EDUARDO LÜDKE

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A TENSÃO ENTRE OS PODERES:
FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA
PARA HARMONIZAÇÃO DOS CONFLITOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Professora Orientadora: Dra. Têmis Limberger

São Leopoldo
2012

L944p

Lüdke, Welington Eduardo.

Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes : fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos / Welington Eduardo Lüdke. – 2012.

154 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

"Professora Orientadora: Dra. Têmis Limberger."

1. Direito à saúde – Brasil. 2. Saúde pública – Legislação – Brasil. 3. Medicamentos – Política governamental – Brasil. I. Título.

CDU 342.7:614(81)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecário: Flávio Nunes – CRB 10/1298)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Políticas Públicas de Saúde e a tensão entre os poderes: Fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos**”, elaborado pelo mestrando **Wellington Eduardo Ludke**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de maio de 2012.

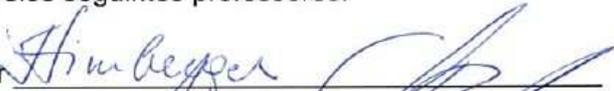


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger



Membro: Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha



Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes



Dedico este trabalho aos meus pais, Eduardo e Neida, pelo apoio, carinho e compreensão durante toda minha jornada acadêmica.

AGRADECIMENTO

A Deus em primeiro lugar, pelo cuidado com que conduz a minha vida;

À minha amada família, pelo amor e apoio incondicionais;

A todos aqueles que integraram o corpo docente do Programa de Mestrado, nossos eternos mestres, sempre incentivadores, dedicados e em tudo presentes, em especial à minha orientadora Profa. Dra. Têmis Limberger, pela paciência com seu orientando que foi imprescindível para conclusão deste trabalho;

Agradeço a colaboração de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participaram da concretização deste sonho, em especial a todos os colegas mestrandos e ao corpo de colaboradores da UDC e UNISINOS envolvidos com o Minter, principalmente à Vera, Magda, Mirtes e Ludovico;

Rendo graças aos fraternos companheiros de trabalho, em razão de minhas reiteradas ausências, e pelo incondicional apoio na concretização deste trabalho;

A todos os outros amigos, companheiros ou não de pós-graduação, que apesar dos meus defeitos, perseveraram comigo;

A todos os outros professores e orientadores que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação;

A minha gratidão.

*“Os pequenos atos que se executam são
melhores que todos aqueles grandes que se
planejam.”*

(George C. Marshall)

RESUMO

A partir da nova ordem constitucional a efetivação dos direitos fundamentais exigiu do Estado a obrigação de promover saúde pública como um direito inerente a todo ser humano. O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, norma de eficácia plena e imediata, é direito público subjetivo que garante ao cidadão o direito de exigir, dentre outras, as prestações do Estado na promoção da saúde, não apenas na prevenção e no tratamento das doenças, mas também garantindo condições mínimas para assegurar uma existência digna. O fornecimento de medicamentos integra o mínimo existencial do indivíduo que dele necessite para sobreviver e não possua recursos suficientes para adquiri-lo. Para tanto o Estado mantém uma política nacional de assistência farmacêutica para financiar, adquirir e distribuir os medicamentos, também os utilizados no tratamento de patologias complexas, raras e crônicas (medicamentos excepcionais). Porém, o fornecimento desses itens fica restrito àqueles relacionados nas listas dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas oficiais, que são elaboradas pelo próprio Estado, o que dá margem para atuação judicial, quando as drogas não se incluem nessa lista. Também ocorrem interferências no Judiciário quando políticas públicas previstas na legislação não são executadas pelo Executivo, o que ainda é visto por alguns doutrinadores como interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas da área da saúde, ferindo a autonomia e independência dos poderes. A interferência excessiva do Judiciário vem causando o caos no Sistema Público de Saúde, sendo necessário que se redimensione a atuação judicial, considerando em suas decisões os limites e possibilidades do próprio Estado. Além disso, necessário que as decisões judiciais que envolvem o fornecimento de medicamentos tenham alguns parâmetros, como forma de evitar o caos no sistema. Apresenta-se também o fortalecimento da via administrativa como um meio adequado para reduzir a tensão entre os poderes e garantir a redução do número de demandas.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Medicamentos. Judicialização. Limites e Possibilidades de Intervenção Judicial. Fortalecimento da Via Administrativa.

ABSTRACT

From the new constitutional order the enforcement of fundamental rights foisted the state the obligation to promote public health as a right inherent in every human being. The right to health under Article 196 of the Constitution of 1988, provision of full and immediate effect, is a subjective public right which guarantees citizens the right to require, among others, benefits the state in promoting health, not only in prevention and treatment of diseases, but also ensuring minimum conditions to ensure a dignified existence. The supply of medicines is part of the existential minimum of the individual who needs it to survive and not have sufficient funds to acquire it. For both the State maintains a national policy for pharmaceutical care to finance, acquire and distribute medicines, also used to treat complex diseases, rare and chronic (exceptional drugs). However, the supply of these items is restricted to those related to the lists of clinical protocols and treatment guidelines officers are issued by the State itself, which gives scope for judicial action, when the drugs are not included in this list. Interference in the judiciary also occur when policies are not under the laws enforced by the Executive, which is still seen by some scholars as an interference of the judiciary in public policy in the health area, injuring the autonomy and independence of powers. The excessive interference of the judiciary is causing havoc on the public health system, being necessary to resize the judicial action, considering their decisions on the limits and possibilities of the state. In addition, necessary that the judicial decisions involving the supply of drugs have some parameters in order to avoid chaos in the system. It also shows the strengthening of administrative as a practical means to reduce the voltage of power and ensure the reduction of the number of demands.

Keywords: The fundamental right to health. Medicines. Judicialization. Limits and Possibilities of Judicial Intervention. Strengthening Administrative Via.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias
CMDE	Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional
CNS	Conselho Nacional de Saúde
FSEP	Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
MS	Ministério da Saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 A BAIXA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O DESLOCAMENTO DO FORO DE TENSÃO AO JUDICIÁRIO.....	18
2.1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
2.1.1 O Mínimo Existencial como Garantia de uma Vida Digna	23
2.1.2 Direito Fundamental à Saúde na Constituição Brasileira de 1988.....	28
2.2 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO REFLEXO DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	37
2.3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	42
2.3.1 A Responsabilidade dos Entes Federados na Distribuição dos Medicamentos	42
2.3.2 A Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica no Brasil	48
2.3.3 Medicamentos Essenciais, Estratégicos e Excepcionais	50
2.3.4 A Listas de Medicamentos do SUS e a Inclusão de Novos Fármacos.....	55
2.4 A SAÚDE E SUA BAIXA EFETIVIDADE EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA: (IN)EFICIÊNCIA NO CUMPRIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	59
2.5 A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO JUDICIAL ATRAVÉS DA DETERMINAÇÃO AO ESTADO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	63
3 A CRISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL BASEADA NOS DECISIONISMOS E A NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA	75
3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A “JUDICIALIZAÇÃO” DO DIREITO À SAÚDE	75
3.2 PROBLEMÁTICA INSTALADA ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: O PERIGO DE DECISIONISMOS POR PARTE DE JUÍZES E TRIBUNAIS.....	86

3.3 NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO	93
3.4 ESPAÇO ACEITÁVEL DE ATUAÇÃO JUDICIAL - LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO.....	99
3.4.1 Dos Parâmetros e Critérios Apontados pelo Supremo Tribunal Federal para uma Atuação Judicial “Aceitável” à Luz da STA - 175	101
3.4.2 O Fornecimento de Medicamentos Através de Ações Individuais: Alguns Limites Necessários.....	104
3.4.3 A Priorização de Demandas Coletivas como Forma de Efetivação das Políticas Públicas de Saúde Envolvendo o Fornecimento de Medicamentos	109
3.4.4 Outros Parâmetros Complementares Capazes de Orientar as Decisões sobre a Matéria	115
3.5 O FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO POSSIBILIDADE PARA REDUÇÃO DA TENSÃO ENTRE OS PODERES	122
3.5.1 Práticas de cunho administrativo entre Instituições como Experiências Profícuas de solução dos conflitos	127
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	145

1 INTRODUÇÃO

O descompasso entre as necessidades sociais e as possibilidades do Estado produz questões de difícil resolução, mas nenhuma delas tão eminente quanto à questão do direito à saúde.

Inicia-se explorando os conteúdos dos direitos fundamentais, que estaria ligado indissociavelmente a própria noção do Estado Democrático de Direito, resgatando principalmente as promessas da modernidade, entre elas, a efetividade dos direitos humanos fundamentais. A essa nova faceta do Estado, traz consigo uma Constituição cujo seu texto positiva os direitos fundamentais sociais, que passa a instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional.

Essa positivação de direitos abrange na Constituição brasileira o direito à saúde, como um direito de todos, sendo dever do Poder Público prestá-lo por meio de políticas sociais e econômicas que visem à diminuição do risco da existência de doenças e outros males, e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). É cláusula pétrea do rol dos direitos sociais do art. 6º, é direito fundamental, possui aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e sua concretização exige ações positivas do Estado.

Assim, enquadra-se o Direito à Saúde na qualidade de Direito Fundamental Social, seja sob o perfil formal, seja sob aquele dito material. Formalmente, por se tratar de posição jurídica subjetiva explicitamente reconhecida no texto da Lei Fundamental. Sob o prisma material, por não ser concebível negar que o direito à saúde se cuida de direito inerente à pessoa humana.

Ao instante da elaboração do pacto constitucional, a proteção e a força normativa peculiar aos direitos fundamentais, a qual decorreu da sua relevância para os “pais” da Constituição, pois é uma decisão que não pode pura e simplesmente se ter por desconsiderada. Dentro da discussão a respeito do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, imperioso é o debate em torno da efetividade de tornar tais normas aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Reconhecendo que o direito à saúde possui força normativa, trabalha-se a possibilidade que se reclame do seu aplicador, seja o administrador, seja o juiz, o dever de, sempre que possível, atuar para extrair da norma constitucional sua máxima efetividade.

Nesse aspecto, expor-se-á no presente trabalho, através de uma teoria constitucional voltada para o caso de países periféricos como o Brasil, que não passaram de forma satisfatória pelo Estado Social, desenvolver uma linha de defesa voltada para suas especificidades, sob a ótica de uma hermenêutica comprometida com as promessas não cumpridas pelo texto Constitucional.

Contudo, mostrar-se-á que o direito à saúde não é efetivado de forma satisfatória pelo Executivo. Logo, aqueles que são privados do exercício de seu direito buscam no Judiciário o preenchimento das omissões.

O problema é mais grave no Brasil, em função da conjugação de questões econômicas e sociais, pois nem sempre poderá se atender os anseios dos cidadãos. Dentro da ótica do Estado Democrático de Direito, presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o caminho a ser seguido foi buscar a tutela judicial, garantindo o acesso aos medicamentos, pois o juiz não pode furtar-se de decidir demandas que foram propostas. Nesse sentido, a temática do controle de políticas públicas ganha espaço na seara jurídica. Além disso, igualmente, a estruturação do Sistema Único de Saúde e da política estatal adotada quanto à distribuição de medicamentos, com relação à atual Constituição, dá a dimensão e a relevância do tema, passando pelo debate acerca da gestão estatal da saúde e dos meios utilizados para sua efetivação.

A dificuldade do tema proposto possuiu suas raízes no fato de possuir uma sociedade carente da realização de direitos, e de outro lado, a Constituição Federal que garante esses direitos de forma mais ampla possível, e é neste contexto, que ganha consistência e amplitude o recurso ao *Estado Jurisdição*, na perspectiva de recolocar tudo nos trilhos... – no que se convencionou chamar de “*judicialização da política*”.

Justamente no Estado Democrático de Direito que ocorre a redefinição da relação entre os Poderes, passando o Judiciário a fazer parte da arena política, como um meio de resgate das promessas da modernidade, com um deslocamento da esfera de tensão, até então apenas restrita aos procedimentos políticos e agora para os procedimentos judiciais.

O deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo. Especificadamente, na questão da Saúde, pela falta de cumprimento das políticas públicas ou mesmo pela sua ausência, verifica-se a intervenção judicial, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procurando realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do direito de saúde.

Será explorada a possibilidade do Poder Judiciário contribuir para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, bem como o fato que elas podem se tornar um problema ao Poder Executivo ou pela sua própria ineficiência (no caso do não cumprimento das listas) ou por deferimento de medicamentos não constantes nas listas, o que é fonte costumeira de gerar a interferência judicial.

No caso específico da saúde, milhares de ações individuais vêm sendo ajuizadas, na busca incessante por internações, fornecimento de medicamentos, etc., que se utilizam do Poder Judiciário para fazer valer a promessa constitucional de prestação do Direito à Saúde. Mas como as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais, será verificado que quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, criticam alguns doutrinadores, que ele privilegiaria aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a classe média que aos pobres.

Portanto, partindo da matriz da defesa da utilização do Judiciário como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, entre eles a saúde, destacando que tais atos contribuem para o debate da eficácia desse Direito, eis que decisões judiciais podem ser alvo futuro de políticas públicas por parte do Poder Executivo e Legislativo. Será analisado a busca por critérios que possam nortear a interpretação jurisprudencial, a qual deve atuar apenas nos casos que ocorram inércia/omissão dos poderes Legislativos e Executivo.

Neste contexto, ganhará destaque toda a problemática enfrentada pela intervenção judicial exagerada, pois o excesso de judicialização provocado pelas inúmeras demandas está provocando o colapso do Sistema de Saúde, ao ponto

que está havendo um comprometimento do orçamento estatal de forma progressiva, ano após ano. Utilizando como exemplo o caso da esfera Federal, uma das consequências diretas de um maior ativismo judicial na efetivação do direito à saúde no Brasil pode ser verificada pelo número de ações e os valores gastos. No período 2005-2007 a quantidade de ações, a nível federal, saltou de 387 para 2.979, um crescimento superior a 700%. O seu impacto sobre o orçamento do Ministério da Saúde foi enorme, cujo valor saltou de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 83,2 milhões, em 2009.

Nesse desiderato é sempre atual a discussão dos parâmetros para intervenção judicial, numa busca de critérios dentro da escolha adequada constitucionalmente, pois não se pode decidir em qualquer direção, baseado no decisionismo, casuísmos ou de modo solipsista. Pois a ausência de critérios constitucionalmente adequados às decisões dá oportunidade ao ativismo judicial, gerando excesso de despesas ao Estado.

Tamanha é a problemática da interferência judicial, que a Audiência Pública nº 04 convocada pelo então Presidente Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, tinha a intenção de que os esclarecimentos prestados pela sociedade sejam de grande importância no julgamento dos processos de competência daquela corte que versam sobre o direito à saúde.

Por conseguinte, a pesquisa se propõe a ser um instrumento capaz de contribuir para estabelecer uma perspectiva hermenêutica que permita o direito à saúde, através da implementação de políticas públicas de saúde, mesmo que sob a interferência judicial, mas desde que dentro de limites constitucionais. Com isso se busca fixar limites adequados a intervenção judicial, visando à efetivação do direito à saúde, na perspectiva de políticas públicas frente à tensão existente entre Poder Executivo e Judiciário.

A resposta a ser ofertada pela jurisdição deve pautar-se dentro de uma perspectiva de cumprimento do texto constitucional, em busca da resposta adequada conforme os parâmetros preceituados pela Constituição Federal e dentro logicamente dos próprios limites e possibilidade do Estado.

Portanto, a proposta que se busca defender, não é negar a normatividade e aplicabilidade imediata da norma constitucional que confere o direito à saúde, nem contestar a possibilidade do Judiciário intervir, mas contribuir para o fornecimento de modelo que busque concretizar o direito à

saúde com justiça social, com critérios que permitam o acesso universal e igualitário as políticas públicas de fornecimento gratuito de medicamentos de forma racional, como propõe o próprio texto constitucional. Não se pretende restringir o âmbito de aplicação, mas fortalecê-lo.

No desenvolvimento da dissertação, optou-se por dividi-la em dois capítulos. Sendo que, no primeiro capítulo, dar-se-á enfoque do enquadramento do Direito Social à Saúde dentro do texto constitucional, das políticas públicas e da legislação ordinária que tratam de medicamentos e da dificuldade de efetivação do direito em países periféricos de modernidade tardia, bem como o inevitável desvio do problema do Poder Executivo para o Poder Judiciário.

No segundo capítulo, apresentar-se-á a problemática causada com a interferência judicial desmedida, apresentando a necessidade de que o Poder Judiciário redimensione o seu papel, através de decisões judiciais proferidas dentro de um espaço de atuação “aceitável”. Ainda neste capítulo, apresentar-se-ão alguns limites e critérios que podem auxiliar quando da decisão judicial envolvendo o fornecimento de medicamentos. Ao final, debate-se sobre a necessidade de evitar novas demandas sobre medicamentos, para que se adotem práticas que retornem o debate para o fortalecimento das vias administrativas, a fim de evitar a tensão entre os poderes, em prejuízo do Estado Democrático, sendo inclusive, citadas algumas práticas que contribuíram para a resolução pacífica dos problemas.

O enfoque dado ao trabalho aproxima-se da linha de pesquisa vinculada ao programa de pós-graduação, Hermenêutica, Constituições e Concretização de Direitos, por tratar de temática do Direito Público, trazer a discussão acerca do Estado e por abordar a concretização de direito fundamental social (Direito à Saúde). Além disso, é objeto de outros trabalhos já publicados e a serem publicados, acerca da mesma temática.

O trabalho pretendeu em conformidade com a proposta de sua linha de pesquisa, adotar posição crítica a hermenêutica instalada e a forma estabelecida de controle jurisdicional das políticas públicas, trazendo discussões sobre as formas adequadas para, juntos, Poder Executivo e Judiciário, concretizarem as demandas sociais reivindicadas pela sociedade.

2 A BAIXA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O DESLOCAMENTO DO FORO DE TENSÃO AO JUDICIÁRIO

2.1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no cerne do presente trabalho, faz-se necessário alocar o objeto do estudo dentro de uma classificação doutrinária, a fim de explicar que os Direitos Sociais, assim como os Econômicos, Culturais e Ambientais são autênticos Direitos Fundamentais, devidamente consagrados no plano do Direito Constitucional de cada Estado.

Inicialmente, quanto à expressão “Direitos Fundamentais”, têm como sinônimos os direitos naturais, os direitos individuais ou direitos civis, os direitos da liberdade, os direitos humanos ou de liberdades públicas. O termo “Direitos Fundamentais” apareceu na França depois da Revolução Industrial (Século XIX) e as conquistas dos movimentos sindicais que também levaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹. A expressão “Direitos Sociais” surgiu com maior intensidade e alcançou esfera constitucional no Século XX, com as Constituições do México² (1917) e da Alemanha³ com a Constituição de Weimar⁴ (1919)⁵.

Os Direitos Sociais definem-se como sendo direitos fundamentais da segunda geração, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, fruto de uma ideologia e reflexão antiliberal do século XX.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2005. p. 29.

² A Constituição do México, de 31 de janeiro de 1917, no seu art. 3º, I, a, enunciava que se deveria compreender por democracia “não somente uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo”.

³ A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, cuja Parte Segunda continha, dentre seus cinco títulos, os destinados à vida social (Título II, arts. 119 a 134), à educação e à escola (Título IV, arts. 142 a 150) e à vida econômica (Título V, arts. 151 a 165).

⁴ PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 40. Pérez Luño afirma que a Constituição de Weimar, inspirou muitas outras Constituições para incluírem nos seus sistemas de direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente no Constitucionalismo surgido com o fim da Segunda Grande Guerra, citando como exemplo a Constituição Espanhola (1931), Francesa (1946) e Italiana (1947). Menciona ainda, que países que passaram por regimes ditatoriais.

⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 19.

Partindo da premissa de que àqueles nascem a partir da ideia de que a garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna⁶.

Segundo Andreas Krell⁷:

[...] a existência dos Direitos Sociais está intimamente ligado à idéia de igualdade entre os homens, baseada no pensamento cristão de que Deus criou o homem à sua imagem e que, perante Ele, todos são iguais. Como consequência, surgiu o princípio constitucional de que todos, em termos jurídicos, gozam de dignidade humana igual. A consagração dessa igualdade de Direito levou ao postulado da redução das desigualdades sociais.

Logo após as suas introduções nos Estados, os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos⁸.

No Brasil, inicialmente foram proclamados na Constituição de 1934. A Constituição que se seguiu de 1937 retirou direitos civis e políticos, concebendo uma ordem econômica liberal, totalmente desvinculada do princípio da justiça e das necessidades da população. Na sequência a Constituição de 1946 restabeleceu o instituto dos direitos sociais e incorporou o ideário da Constituição alemã de Weimar (1919). Já a Constituição de 1967, marcada pela época da ditadura militar, representou um retrocesso no campo dos direitos políticos e referente aos Direitos Sociais em nada avançou significativamente⁹.

A nossa atual Constituição de 1988, referencial deste estudo, traz no seu texto constitucional um reconhecimento de um conjunto heterogêneo e abrangente dos direitos sociais como fundamentais. A defesa do caráter de fundamental dos direitos sociais, uma vez se tratar sua inserção no Título II (art. 6º) da Lei Básica vigente de orientação que recebeu, ao instante da elaboração do pacto constitucional, a proteção e a força normativa peculiar aos direitos

⁶ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Renovar, 2009. p. 249.

⁷ Ibidem, p. 249.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564-565.

⁹ MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 23-24.

fundamentais, a qual decorreu da sua relevância para os “pais” da Constituição, decisão que não pode pura e simplesmente se ter por desconsiderada¹⁰.

No tocante à matéria, outro não pode ser o entendimento, pois inúmeros dispositivos na Constituição Federal de 1988 permitem interpretar os direitos sociais como direitos fundamentais. Já no seu preâmbulo, encontra-se a primeira referência aos direitos sociais quando se afirma que o Estado Democrático de Direito, instituído pela Assembleia Nacional Constituinte, é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Também o artigo 1º estabelece que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, demonstrando a proteção social a ser prestada aos cidadãos. Por sua vez o artigo 3º, estabelece como um dos objetivos da República a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Por fim, ressalta-se a questão estrutural do texto constitucional que distribuiu os direitos sociais em capítulo próprio, dentro do Título II, “Dos direitos e Garantias Fundamentais”¹¹.

Como pode se verificar, a nossa Constituição cidadã como é chamada, designou uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotado agora de uma substantividade nunca antes conhecida nas Constituições anteriores, a partir de 1934. Os Direitos Sociais previstos formam a espinha dorsal do Estado Social brasileiro.

Destarte, no artigo 6º da Constituição Federal é possível verificar um rol, embora não taxativo, do que o constituinte considera como direitos sociais, a saber: a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258.

¹¹ Apenas para frisar que quanto ao Direito à Saúde, foi ele reconhecido como um *direito fundamental* pela comunidade internacional desde a adoção da Constituição da organização Mundial da Saúde, em 1946. A Carta das Nações Unidas, de 1945, embora não faça menção referênciada específica ao direito à saúde, obriga todos os países-membros da ONU a respeitar e observar os direitos humanos, que são um dos propósitos fundamentais das Nações Unidas. Esta obrigação dos Estados com relação aos direitos humanos deriva de uma combinação dos arts. 1, 55 e 56 da Carta das Nações Unidas.

Lenio Streck menciona que a

democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatórias, trazem à luz Constituições cujo texto positiva dos direitos fundamentais e sociais¹²,

como é o caso do Brasil.

Ingo Sarlet menciona que se a atual Constituição brasileira não tivesse incluído no seu texto os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais não haveria de dar tratamento diverso que não fosse esse para aqueles Direitos. Citando o caso da Constituição de Portugal que garante para alguns Direitos Sociais tais características, mesmo sem menção expressa no texto da Constituição¹³.

Seguindo ainda, linha defendida por Ingo Sarlet¹⁴:

[...], firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

Sendo os Direitos Sociais, fundamentais¹⁵, destaca-se que aqueles são os “responsáveis pela estipulação de prestações a serem fornecidas pelos Poderes Públicos, em favor dos indivíduos”¹⁶, como direito a determinadas prestações a serem cumpridas pelo Estado, que “abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37-38.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

¹⁴ Ibidem, p. 18.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal – STF segue a esteira da melhor doutrina, no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-RS, ao qual o voto do Relator Ministro Celso de Mello, nega o caráter de cunho programático do art. 196 de CF/88. É notório que o “*órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro não poderia se orientar de forma diversa, pois, no que concerne aos direitos sociais a doutrina mais conseqüente [...], vem refutando a tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito a nacionalidade*”.

¹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24.

negativos ou a ações negativas)”¹⁷, porém os direitos às prestações negativas também possuem uma dimensão positiva e os positivos uma negativa¹⁸.

Os direitos fundamentais sociais são, portanto, os direitos dos cidadãos em face do Estado ou através desse, para que realize determinadas prestações ou que impeça determinadas ações (direitos negativos), positivados implícita ou explicitamente na Constituição de cada Estado.

Por sua vez, Andreas Krell¹⁹ aponta que os Direitos Fundamentais Sociais não são direito contra o Estado, mas sim direitos “através” do Estado, exigindo do Poder Público prestações materiais, sendo os direitos do homem dentro de um modelo de Estado que tende a ser cada vez mais Social, dando prevalência aos interesses coletivos do que os individuais. E nesse sentido, complementa:

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Assim, incumbe ao Estado não só o dever de não interferir na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, mas também o ônus de disponibilizar os meios e condições materiais a fim de implementar o efetivo exercício das liberdades fundamentais e sociais, partindo do princípio de que o indivíduo necessita de uma postura ativa dos Poderes Institucionalizados para obter o pleno acesso à igualdade material, fruto do Estado Social.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.

¹⁸ “[...] partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (Notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição_ apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de de sua proteção contra ingerências indevidas por partes dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares”. SARLET, op. cit., p. 16.

¹⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 19-20.

Contudo, Konrad Hesse aponta que a problemática dos direitos sociais tem uma estrutura distinta dos direitos de liberdade e de igualdade, pois requer algo a mais do Estado para realizar o conteúdo neles contido. Exigem uma atuação maior tanto do legislador, como também da Administração²⁰.

Isso posto, os direitos da referida segunda geração estão ligados intimamente aos direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura e trabalho. Pressuposto a isso, passam esses direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Então, na esfera dos direitos fundamentais da segunda geração, essa marca uma nova fase dos direitos fundamentais, não só pelo fato desses direitos terem o escopo positivo, mas também de exercerem uma função prestacional Estatal para com o indivíduo.

2.1.1 O Mínimo Existencial como Garantia de uma Vida Digna

Situado os direitos ditos “sociais” como fundamentais, decorre logicamente uma necessidade de vinculação a uma garantia de um mínimo existencial, consubstanciado nas condições materiais que asseguram uma vida com dignidade, que serão importantes no decorrer deste trabalho, no momento que se discorrerá sobre as possibilidades de efetivação do direito à saúde.

A elaboração dessa dogmática advém do direito alemão que obteve reconhecimento jurisprudencial e influenciou o constitucionalismo moderno; também em países periféricos como o Brasil. A Constituição alemã não positivou os direitos sociais como a do Brasil, mas a discussão em torno do mínimo

²⁰ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marsial Pons, 1996. p. 98. *“Derechos sociales fundamentales como por ejemplo [...] em derecho a una vivienda adecuada [...] no se hacen ya efectivos por el hecho de que se y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede afectar a los derechos-libertad ajenos. Por ello, los derechos fundamentales no alcanzan a justificar a pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente em forma directa, como cuadraría a la doctrina de los derechos fundamentales”*.

indispensável para um vida digna ganhou posição de destaque nos debates da doutrina, bem como na práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial²¹.

Na doutrina do Pós-guerra da Alemanha, sustentou-se o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna, onde se considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social. Já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada²².

Andreas Krell²³ comenta com propriedade que a teoria do mínimo existencial trazida da Alemanha, que liga a prestação do “mínimo social” aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto de uma doutrina do Pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn. Essa doutrina seria baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Menciona, também, que quase todos os autores (doutrinadores) aceitam e defendem que o Estado Social deve intervir para garantir a existência física da pessoa. Nesse sentido, cita ele precedente da Corte Alemã:

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

²² Ibidem, p. 20.

²³ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 60-61.

A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LF). Assim a Corte determinou um aumento expressivo do valor da “ajuda social” (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”²⁴.

O autor Ingo Sarlet menciona que o Tribunal Constitucional Alemão ainda proferiu outras decisões nesse sentido, tais como desenvolver ainda mais a fundamentação. Em sua essência, o certo é que o entendimento resultou no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial²⁵, mesmo sem previsão expressa no texto constitucional.

Nesse mesmo sentido ele reconhece o *status* constitucional para o Brasil²⁶, compreendendo o mínimo existencial como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida

²⁴ Destaca-se que as expressões “*mínimo vital*” e “*mínimo existencial*” não podem ser tidas como sinônimas, pois a expressão *mínimo vital* compreende apenas as prestações materiais indispensáveis para a sobrevivência do ser humano, ao passo que, a expressão *mínimo existencial* é mais ampla, abrangendo todas as prestações materiais necessárias para uma vida com dignidade. Nessa linha, Eurico Bitencourt Neto destaca que, o mínimo vital representa o direito à garantia de condições mínimas necessárias para que o indivíduo tenha uma subsistência digna. Mas, “a ideia de existência digna reclama outros instrumentos de respeito e proteção. Cabe, portanto, dizer que a existência digna é a vida humana tendo respeitada sua dignidade, o homem preservado como sujeito de direitos e, na medida das limitações de uma vida em sociedade, senhor da determinação do desenvolvimento de sua personalidade. A existência digna não significa mera subsistência ou sobrevivência, antes postula condições que permitam a fruição dos direitos fundamentais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade”. BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118. No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 194.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

²⁶ SARLET, op. cit., p. 25. “No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, [...]. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”.

condigna, no sentido de uma vida saudável. Como se pode perceber, o conceito de mínimo existencial passa obrigatoriamente pela necessária compreensão do próprio conceito de dignidade humana²⁷.

A dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal representa o *valor constitucional supremo*²⁸, o epicentro de todo o ordenamento jurídico em torno do qual gravitam as demais normas. Esse valor é guarnecido por determinados direitos, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os próprios direitos sociais.

Ricardo Lobo Torres²⁹ ensina que o direito à saúde, à educação e à alimentação seriam os três pilares que sustentam o conceito de mínimo existencial. Deixar de concretizar algum desses direitos significa aportar duro golpe ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com a teoria do mínimo existencial, apenas alguns direitos sociais – uma espécie de conteúdo essencial desses direitos – apresentaria um grau de fundamentalidade apto a gerar direitos subjetivos aos respectivos titulares. O direito à saúde seria um desses direitos.

Com igual razão, Barroso³⁰ comenta que o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana e o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos

²⁷ Neste sentido não podemos deixar de trazer o conceito de dignidade da pessoa humana proposto por Ingo Sarlet: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 85.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Seguindo o raciocínio, Ingo Sarlet³¹, define o conteúdo e o objeto do mínimo existencial da seguinte forma:

[...] firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucional adequada ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável.

Pode-se identificar nesta linha que, o direito à saúde constitui uma das dimensões do mínimo existencial para uma vida humana digna, vinculando os comportamentos do Estado e dos particulares e configura-se como um princípio fundamental da ordem jurídica. Assim, para atingir os fins almejados pelo Estado Democrático de Direito, deve-se garantir um mínimo de direitos sociais aos indivíduos e à coletividade. Sem esses direitos - entre os quais se incluem os direitos à saúde, à educação, à previdência, à moradia e outros - não se pode falar em existência com dignidade.

Com efeito, após descrever sobre a forma que se encontra posto o direito à saúde em nossa legislação constitucional e infraconstitucional, abordar-se-á com mais amplitude o problema que o Estado enfrenta na prestação necessária para efetivar os direitos fundamentais; que acaba por esbarrar na disponibilidade financeira e na capacidade jurídica de quem tem o dever de assegurá-las. Por tal objeção, é fato que os direitos às prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela Reserva do Possível e pela relação que esse guarda,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24.

entre outros aspectos, com as competências constitucionais (separação dos poderes, reserva de lei orçamentária, o princípio federativo)³².

2.1.2 Direito Fundamental à Saúde na Constituição Brasileira de 1988

Após fixar as qualidades de Direito Fundamental para os Direitos Sociais, será necessário afunilar o objeto do Estudo pretendido neste trabalho e iniciar a investigação em torno do Direito à Saúde, que por ser intimamente ligado ao Direito à Vida, apresenta uma complexidade e diversidade de ações e prestações. Necessário, também, detalhar o objeto desse Direito Fundamental para que, em momento ulterior, se viabilize uma melhor compreensão da gama de ações e/ou prestações materiais que pode ser dessumida deste Direito.

Neste contexto, apesar de ser de difícil definição (em razão de demasiado subjetivismo) o conceito de saúde e de vida saudável, parte da dignidade da pessoa humana e do amplo bem-estar físico, mental e social. Para se construir a ideia de que há direitos fundamentais mínimos assegurados à pessoa humana e de que esses direitos constituem dever do Estado, implicando no dever desse de protegê-la contra atos degradantes e desumanos e de garantir-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

José Luiz Bolzan de Moraes³³ entende que o núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios as teorias políticas e jurídicas contemporâneas; para ver a saúde como um dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas. Seria, então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável, expressando uma

³² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "Reserva do possível"**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

³³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde!. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 23-24.

aspiração de toda(s) a(s) sociedade(s) como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana – isto é, a vida na *polis*, na urbe³⁴.

Logo, a partir da definição de saúde, poder-se-á externar a afirmativa de que a saúde correlacionada com o direito designa um direito social, ou seja, o direito à saúde. Assim, o direito à saúde está presente em diversos artigos de nossa Carta Constitucional de 1988³⁵.

Salienta-se, primeiramente, que não se pode afirmar que as Constituições passadas foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas.

O tema da saúde, segundo José Afonso da Silva³⁶,

não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de direito do homem.

Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a, como visto como direito fundamental, o que permitiu uma maior aproximação entre as inúmeras declarações internacionais de direitos humanos e o próprio texto constitucional, além é claro, da influência exercida pelas constituições europeias.

É oportuno ressaltar que declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Isso porque, após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo todo restou abalado com as atrocidades sofridas e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas, surgiu à necessidade de garantir de modo efetivo os direitos humanos. Os Estados viram-se, pois obrigados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais.

Esse movimento iniciou-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. Nota-se:

³⁴ O primeiro conceito de saúde, provavelmente foi externado pelos pensadores da Grécia Antiga, através do qual já dizia o brocardo "*Mens Sana In Corpore Sano*", que pode-se dizer que foi um marco da definição de saúde.

³⁵ Arts. 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 308-309.

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, ele foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente a parcela da população que contribuía para a previdência social e privava a maioria da população ao acesso às ações de saúde; restando a elas a assistência prestada por entidades filantrópicas³⁷.

Neste contexto, a saúde não era considerada um direito, mas tão-somente um benefício da previdência social, como a aposentadoria, o auxílio-doença, a licença-maternidade e outros.

Coerentes com essa visão, durante décadas, as políticas públicas de saúde tiveram como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessária à reprodução social do capital. Ao mesmo tempo, o setor Saúde era marcado por forte cunho assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista, com pouca prioridade para as políticas de promoção da saúde.

O movimento pela Reforma Sanitária surgiu da indignação de setores da sociedade sobre o dramático quadro do setor Saúde. Por isso, desde o início, pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades. Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. O movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970, princípios dos anos 1980 e mantém-se mobilizado até o presente. Ele é formado por técnicos e intelectuais, partidos políticos, diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos³⁸.

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa.– Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007. 24 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf, acesso em 10/04/2011.

³⁸ Ibidem, p. 7.

A luta pela Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização, em 1986, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, evento que, pela primeira vez na história do país, permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde. A conferência foi norteadada pelo princípio da “saúde como direito de todos e dever do Estado”. Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros³⁹.

Assim, impulsionado por esses vetores, certo é que Constituição Federal de 1988, reconhecidamente, elevou à categoria de direito fundamental o direito à saúde com base na nova perspectiva do Estado Democrático de Direito. Destarte, agora o Estado tem o dever de proporcionar aos seus cidadãos direitos que visem à igualização de situações sociais desiguais, tanto que essa intenção já vem inserida no próprio preâmbulo do texto constitucional, ao dispor que a instituição do Estado Democrático está destinada a

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...].⁴⁰

Quanto à previsão expressa do Direito à Saúde, encontra-se inserida no Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II – da Seguridade Social, e na Seção II – Da Saúde, onde consta o art. 196, que assim dispõe:

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa.– Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007.

24 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf, acesso em 10/04/2011. p. 8.

⁴⁰ Apesar de o preâmbulo não ser efetivamente uma norma jurídica constitucional, nem ser dotado de força vinculante, pode ser utilizado como uma diretriz hermenêutica, ou seja, pode ser tido como uma carta das intenções, que oferece fundamento político às escolhas do Poder Constituinte e institui os fins que o Direito deve buscar de acordo com as necessidades sociais. Para Hesse, o preâmbulo não pertence à parte normativa da Constituição, mas desdobra significado jurídico imediatamente e obrigatório para os órgãos de direção política. HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 109.

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde é ainda caracterizada pelo art. 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados⁴¹.

Tendo, portanto, a Constituição Federal de 1988, reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, na linha de Ingo Sarlet⁴², é possível afirmar que as normas que a garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional, estando sedimentado e decorrente da própria concepção de normatividade da Constituição.

O art. 1º, por sua vez, ao inaugurar o texto constitucional, traz em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do art. 3º. Em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do art. 4º, II, da CF/88, também se compromete com a prevalência dos direitos humanos.

Ademais, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, *caput*, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, com proteção reforçada por se tornar cláusula pétreia, consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV.

Decorrente disso preceitua ainda Ingo Sarlet⁴³, que conjugando, portanto, o direito à vida e à proteção da dignidade da pessoa humana, frutifica certamente o direito à saúde, caracterizado como direito social inserido no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196 acima transcrito.

É preciso ainda situar o tema dentro do quadro da seguridade social, que é o termo amplo que descreve, na forma do art. 194 da Constituição Federal de 1988, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

⁴¹ Conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que incluiu a moradia neste elenco.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**. Sapucaia do Sul, n. 12, 2001.

⁴³ Ibidem, p. 91-107.

sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse sentido, saúde, previdência e assistência social são espécies que descreverão ações, políticas e serviços distintos, com o fim de dar cumprimento aos objetivos gerais da seguridade social descritos no parágrafo único do art. 194⁴⁴.

Essa seção é aberta pelo artigo 196 que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Logo, define seus titulares e quem é o responsável por suas prestações positivas. Além disso, o dispositivo deixa claro os meios de atuação genérica para dar cumprimento ao aludido direito social – realização de políticas sociais e econômicas -, e ainda estabelece o objetivo e a finalidade da norma que é promover a redução do risco de doença (prevenção) e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (saúde curativa)⁴⁵.

Mencionado texto legal constitui o cerne do direito à saúde de nossa Constituição, sendo que se pode perceber pela sua dicção, que ela é um direito garantido a todos, independente de raça, sexo, credo, origem e outros possíveis discrimenes fáticos ou jurídicos, sendo um dever do Estado, compreendido como Poder Público.

No comentário de Fernando Facury Scaff⁴⁶:

Este direito de todos, ao qual corresponde um dever do Estado, deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira *policy*, para usar a expressão norte-americana característica para este tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público que visam a garantir a todos este direito e imponham aos órgão competentes do Estado o dever de executá-las.

Estas políticas públicas (*policies*) no âmbito do direito à saúde devem ter por objetivo não apenas o tratamento da doença, porém, mais amplamente, a redução do risco de doenças e outros agravos, através de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos.

E mais, devem ter por escopo o acesso de todos, de modo universal e igualitário, a estas ações e a estes serviços.

⁴⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 239.

⁴⁵ Ibidem, p. 239.

⁴⁶ SCAFF, Fernando Facury. O Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78-79.

Após estabelecer os termos através dos quais deve ser compreendido o direito à saúde, a Constituição passa a dispor sobre o *modus operandi* dessa atuação, atribuindo aos termos da lei o modo de sua regulamentação, fiscalização e controle, admitida sua execução, conforme delineado no art. 197.

Daí surge o art. 198, por sua vez, esboça, em linhas gerais, a forma de organização do sistema, quando determina que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo - o que impõe responsabilidade a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais – novamente o caráter preventivo; com (iii) participação da comunidade, visto com um direito relacional e não de cunho individual⁴⁷.

Esse mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo - art. 1º, da CF/88⁴⁸.

Sobre a inclusão do Direito à Saúde no texto constitucional, importante a crítica de Fernando Facury Scaff⁴⁹ de que a Constituição de 1988 foi feita aos pedaços, de parcelas menores para maiores, acarretando a superposição de vários institutos e direitos e a redação de uma Constituição extensa, que descreve as normas nos seus mínimos detalhes.

⁴⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “Reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 239-240.

⁴⁸ Ibidem, p. 240.

⁴⁹ SCAFF, Fernando Facury. O Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75. “O extenso rol de direitos sociais nos leva à constatação de que estes direitos não possuem um núcleo jurídico unitário, mas heterogêneo, sendo muito mais caracterizado pelo seu “objetivo” ou seu “alcance” do que por seu “núcleo”. O direito à saúde, por exemplo, pode ter no caso um alcance individual – e aí não ser propriamente um “direito social”; mas pode ter um alcance social, quando implementador de uma política pública. Ou seja, a caracterização de um direito como social, além de não ter um núcleo jurídico unitário, depende de seu objetivo e alcance para ser caracterizado como “social”. E o rol desses “direitos sociais” igualmente carece de homogeneidade, pois pode alcançar interesses individuais ou difusos. Em razão dessa organização fracionada dos trabalhos constituintes é que os direitos sociais foram inscritos na Constituição de 1988 em diversas partes do texto”.

Contudo, na forma encartada na Constituição nacional devido à doutrina hermenêutica moderna, certo é que o direito à saúde é direito e dever fundamental⁵⁰, pois é um direito do indivíduo, expresso no texto constitucional, exigir do Estado a sua prestação material, por meio de ações ou serviços que visem a sua proteção e recuperação; mas tal direito exige, também dos particulares, a sua preservação e promoção. Pela ideia de solidariedade e de responsabilidade social, a sociedade reconhece que o Estado tem o dever de garantir a todos, de forma universal, prestações de saúde, especialmente as relacionadas com a saúde básica, mas por sua vez, os indivíduos não têm o direito de ofender a saúde alheia⁵¹.

Destaca-se assim que, conceitualmente, hoje o direito à saúde é mais abrangente. Não visa, apenas, ao tratamento e à recuperação de doenças, mas também possui um aspecto preventivo, de promoção e proteção da saúde; o que está também em exata consonância com a evolução proposta pela Constituição⁵² da Organização Mundial da Saúde.

Com base nesses dispositivos, pode-se dizer que o direito à saúde passa a ter duas faces: uma de preservação da saúde, decorrente do direito de solidariedade - portanto genérico, não individualizável - que tem como “contrapartida as políticas que visam à redução do risco de doenças”; e uma que

⁵⁰ O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança, externado na peça de n.º 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado, também preconiza que o direito à saúde é um direito fundamental do ser humano, consagrado na Constituição da República nos arts. 6.º e 196. É magistral a referenda do supracitado Relator Ministro em seu voto: “Desciendi de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6.º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que ‘a saúde é um direito de todos e dever do Estado’(art. 196). Ora, nos parece totalmente inequívoco externar que o direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5.º, § 1.º da CF/88, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a respeito, podíamos nos socorrer a norma do art. 5.º, § 2.º da nossa Lei Maior de 1988, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito”.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39.

⁵² Trata-se efetivamente de uma Constituição, eis que é instrumento de criação, instituição, da Organização Mundial da Saúde, onde os Estados que fazem parte dela declaram que alguns princípios são indispensáveis para a obtenção da felicidade de seu povo, para a harmonia das relações e para a sua segurança.

consiste na proteção e recuperação da saúde, decorrente do direito fundamental à prestação positiva, que é “direito individual à proteção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente”.

Seja por uma tangente ou outra, é notória a identificação, seja das normas, doutrinas ou jurisprudências acerca de que a saúde é um direito fundamental social do homem, visto que detém o direito à saúde em sua normatividade a aplicabilidade imediata e a eficácia plena.

Por derradeiro, o direito à saúde perante os dispositivos da Carta Magna de 1988, deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e ao respeito à dignidade humana em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda sua fundamentalidade.

Nessa perspectiva e diante do que foi desenvolvido no capítulo anterior, o direito à saúde é direito social complexo, intimamente ligado com as formas de dirimir as desigualdades sociais e assegurar uma vida digna, pois pretende garantir a liberdade real dos indivíduos e a igualdade material mediante prestações materiais integrais; que visem tanto ao tratamento e recuperação de doenças como à promoção e à proteção da saúde, com o fim de se atingir o maior grau possível de bem-estar físico, mental e social de toda comunidade. Assim, ao se tentar determinar quais prestações estão inseridas nesse dever estatal de efetivar o direito à saúde, verifica-se que a cobertura deve ser a mais integral e abrangente, de forma a não se excluir *a priori*, em abstrato, qualquer medida que interfira na saúde individual e coletiva. Pois, como visto, deve-se cobrir o máximo possível de ações, de maneira que apenas nas hipóteses concretas, através da conjugação de alguns fatores como a necessidade, a adequação da medida e a proporção de sua concessão se poderá estabelecer o seu conteúdo definitivo e, por consequência, sua efetividade.

Analisando o conteúdo implicado no direito à saúde, assim como as repercussões decorrentes do regime-jurídico constitucional desse direito fundamental, resta tecer algumas ponderações acerca do modo por que se organizam as ações e serviços de saúde. O próximo capítulo esboçará o Sistema

Único de Saúde - SUS -, procurando fixar as suas características principais e compreender o seu funcionamento.

2.2 A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO REFLEXO DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), o Ministério da Saúde (MS), com o apoio dos estados e municípios, desenvolvia quase que exclusivamente ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, com destaque para as campanhas de vacinação e controle de endemias. Todas essas ações eram desenvolvidas com caráter universal, ou seja, sem nenhum tipo de discriminação com relação à população beneficiária. Na área de assistência à saúde, o MS atuava apenas por meio de alguns poucos hospitais especializados, nas áreas de psiquiatria e tuberculose, além da ação da Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública (FSESP) em algumas regiões específicas, com destaque para o interior do Norte e Nordeste⁵³.

Essa ação, também chamada de assistência médico-hospitalar, era prestada à parcela da população definida como indigente, por alguns municípios e estados e, principalmente, por instituições de caráter filantrópico. Essa população não tinha nenhum direito e a assistência que recebia era na condição de um favor, uma caridade. A grande atuação do poder público nessa área se dava através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que depois passou a ser denominado Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social⁵⁴.

A assistência à saúde desenvolvida pelo INAMPS beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal, com “carteira assinada”, e seus dependentes, ou seja, não tinha o caráter universal que passa a ser um dos princípios fundamentais do SUS. Dessa forma, o INAMPS aplicava nos estados, através de suas Superintendências Regionais, recursos para a assistência à saúde de modo

⁵³ SOUZA, Renilson Rehem de. **O sistema público de saúde brasileiro**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011. p. 11-12.

⁵⁴ Ibidem, p. 12.

mais ou menos proporcional ao volume de recursos arrecadados e de beneficiários existente.

Nessa época, os brasileiros, com relação à assistência à saúde, estavam divididos em três categorias, a saber: a) os que podiam pagar pelos serviços; b) os que tinham direito à assistência prestada pelo INAMPS, e c) os que não tinham nenhum direito.

Com a crise de financiamento da Previdência, que começa a se manifestar a partir de meados da década de 70, o INAMPS adota várias providências para racionalizar suas despesas e começa, na década de 80, a “comprar” serviços do setor público (redes de unidades das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde), inicialmente por meio de convênios. A assistência à saúde prestada pela rede pública, apesar do financiamento do INAMPS apenas para os seus beneficiários, preservou o seu caráter de universalidade da clientela.

No final da década de 80, o INAMPS adotou uma série de medidas que o aproximaram ainda mais de uma cobertura universal de clientela, dentre as quais se destaca o fim da exigência da Carteira de Segurado do INAMPS para o atendimento nos hospitais próprios e conveniados da rede pública. Esse processo culminou com a instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), implementado por meio da celebração de convênios entre o INAMPS e os governos estaduais⁵⁵.

Assim, pode-se verificar que começava a se construir no Brasil um sistema de saúde com tendência à cobertura universal, mesmo antes da aprovação da Lei 8.080 (também conhecida como Lei Orgânica da Saúde), que instituiu o SUS. Isso foi motivado, por um lado, pela crescente crise de financiamento do modelo de assistência médica da Previdência Social e, por outro, a grande mobilização política dos trabalhadores da saúde, de centros universitários e de setores organizados da sociedade, que constituíam o então denominado “Movimento da Reforma Sanitária”, no contexto da democratização do país.

⁵⁵ SOUZA, Renilson Rehem de. **O sistema público de saúde brasileiro**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011. p. 14.

Na década de 80⁵⁶, procurou-se consolidar o processo de expansão da cobertura assistencial, em atendimento também as proposições formuladas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na Conferência de Alma-Ata (1978), que preconizava “Saúde para Todos no Ano 2000”⁵⁷.

O “Movimento Sanitarista”⁵⁸ defendido por movimentos sociais e apresentadas durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987 em demonstração da inadequação do sistema de saúde então vigente, o qual não era apto para lidar com os problemas sanitários diversos (quadro de doenças de todos os tipos, baixa cobertura assistencial da população, ausência de critérios e de transparência dos gastos públicos, etc.)⁵⁹.

Segundo Sandra Regina Martini Vial e Gabriela Kölling, a saúde no Brasil, antes da Constituição de 1988, fazia parte de um sistema social nos moldes de seguro, excludente e injusta, pois somente tinham acesso aos benefícios os trabalhadores formais que contribuía regularmente. Nesse período, a saúde era tratada como um complemento dos benefícios da previdência social e suas ações e serviços foram administrados por gestores de outras políticas públicas, em que cada serviço atendia a uma clientela específica⁶⁰.

⁵⁶ No período de 24 a 28.03.1980, realizou-se em Brasília, a 7ª Conferência Nacional de Saúde, cujo tema central era: Extensão das Ações da Saúde através dos Serviços Básicos.

⁵⁷ MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67-68.

⁵⁸ As proposições desse movimento, iniciado em pleno regime autoritário da ditadura militar, eram dirigidas basicamente à construção de uma nova política de saúde efetivamente democrática, considerando a descentralização, universalização e unificação como elementos essenciais para a reforma do setor.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

⁶⁰ VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabriela. As dificuldades e os avanços na efetivação do Direito à Saúde: Um Estudo da Decisão Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul X Município de Giruá. In: **Boletim da Saúde**. Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. Escola de Saúde Pública. Porto Alegre, v. 24, n. 2, 2010. p. 17.

Como uma das propostas da “Reforma Sanitária”, fruto de uma grande evolução impulsionada pela Constituição Federal de 1988⁶¹, pois logo após a entrada em vigor, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).⁶² É ela que regula em todo o território nacional as ações e os serviços de saúde, instituindo o Sistema Único de Saúde - SUS, em cumprimento ao mandamento constitucional.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conceitua o SUS como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. São incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados e de equipamentos para saúde; garantida, também, a participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde.

O SUS⁶³ é um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. Ele dispõe sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. O diploma legal citado ainda prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; e)

⁶¹ O texto constitucional indicou para a concepção do SUS a formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do estado para com o bem-estar social, especialmente no que refere a saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da CIDADANIA. Esta visão refletia o momento político porque passava a sociedade brasileira, recém saída de uma ditadura militar onde a cidadania nunca foi um princípio de governo. Embalada pelo movimento das diretas já, a sociedade procurava garantir na nova constituição os direitos e os valores da democracia e da cidadania.

⁶² BRASIL. Lei n. 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Ed. 182, seção I, p. 170, publicado em 20 set. 1990.

⁶³ O SUS é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, sendo o único a garantir assistência integral e completamente gratuita para a totalidade da população.

recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamentos desses⁶⁴.

Mas uma das principais características do diploma legal que se deve destacar desde já para este trabalho é que não restringiu o direito à saúde, tendo-lhe universalizado, reconhecendo ele como direito fundamental do ser humano, além de destacar a obrigação do Estado de prover as condições para o seu exercício.

Seguindo a linha da Constituição, a lei em destaque enfatiza o direito fundamental social estampado no artigo 196 da Constituição Federal, destacando-a em cinco pontos fundamentais:

I – a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício; II – o dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos e ao estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de proteção, defesa, promoção, prevenção, preservação e recuperação da saúde; III – as políticas sociais e econômicas protetoras da saúde individual e coletiva são as que atuam diretamente sobre os fatores determinantes e condicionantes da saúde, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; IV – o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao exercício do direito do cidadão à saúde não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade; V – além das ações diretamente derivadas da política de saúde e das políticas econômicas e sociais, dizem respeito também à saúde as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social, como, por exemplo: a assistência do poder público ao cidadão para possibilitar-lhe o melhor uso e gozo de seu potencial físico e mental; a possibilidade concreta de a comunidade constituir entidades que a representem e defendam os seus interesses vitais, prestando também colaboração ao poder público na execução das ações e dos serviços de saúde⁶⁵.

Os nortes definidos para criação do SUS servem de base para o sistema de saúde brasileiro e, ao mesmo tempo, representam os valores, os preceitos, as bandeiras de luta que sustentam esse sistema. Resultado de uma luta histórica, a saúde no Brasil passou a ser, a partir da Constituição de 1988 e das leis orgânicas, um direito de todo cidadão e um dever do Estado.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2003, p. 27-28.

⁶⁵ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **SUS – Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde – Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90**. 4. ed. rev. atual. Campinas: Unicamp, 2006. p. 32.

Portanto, percebe-se que o SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta, sendo que sua atuação deve ser orientada por alguns princípios, especialmente o da universalidade. Por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral e de distribuição de medicamentos em particular.

2.3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

2.3.1 A Responsabilidade dos Entes Federados na Distribuição dos Medicamentos

Debates ocorrem com relação à responsabilidade dos entes da federação, pois a organização do Sistema Único de Saúde se dá mediante uma divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério da complexidade das ações e serviços (inc. II do art. 7º da Lei nº 8.080/90). Cabe aos Municípios, neste contexto, a concretização de ações e serviços de menor complexidade, aos Estados os de média e alta complexidade e à União os de alta complexidade. É o que se depreende dos artigos 8º e seguintes da Lei nº 8.080/90, bem como da interpretação sistemática desse diploma legal e de todos os outros atos normativos que disciplinam a assistência à saúde.

Paralelamente existe um sistema de financiamento dessa atuação Estatal, pautado por critérios diversos dos que ditam a divisão de atribuições de ações e serviços. Ou seja, não é só a complexidade das ações e serviços que dita à aplicação e o repasse de verbas destinadas à saúde, mas também critérios como a densidade populacional e a arrecadação tributária.

Não raro essa divergência de critérios acarreta discrepâncias que tornam inviáveis ou ineficazes políticas públicas de saúde.

Isso ocorre, por exemplo, nos Municípios que se consubstanciam em pólos regionais de prestação de serviços, nos quais o Estado atua custeando ações e serviços de alta complexidade – subsidiando hospitais secundários e

terciários, por exemplo – sem se desvincular das obrigações financeiras que têm para com os serviços de pequena complexidade prestados pela esfera municipal.

No tocante ao fornecimento de medicamentos, em princípio, o raciocínio aplicado é o mesmo: cabe aos municípios o fornecimento de medicamentos básicos e aos Estados e à União os de média e alta complexidade. Fica a cargo dos Estados, por exemplo, a dispensação dos medicamentos denominados “excepcionais”.

Tais divisões de competência não são descritas na Constituição Federal e nem na lei, elas fazem parte da Política Nacional de Medicamentos, que será abordada no tópico seguinte, especialmente na Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos; onde os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população⁶⁶.

Resumidamente, ao gestor federal cabe a formulação da Política Nacional de Medicamentos, elaborando a Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME⁶⁷, e executar a assistência farmacêutica. A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se, sobretudo, da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional⁶⁸, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006 e, nº 1.321, de 5

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

⁶⁷ Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos (RENAME).

⁶⁸ Os medicamentos de “dispensação” em caráter *excepcional* são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

de junho de 2007⁶⁹. Assim, ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional.⁷⁰

Não obstante essa divisão administrativa, o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando no sentido de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária entre as três esferas de poder, independentemente das atribuições/divisões administrativas ditadas pela legislação infraconstitucional.

É frequente a discussão da responsabilidade, pois muitos questionam qual seria o encargo de cada ente federado para cuidar da saúde. Ocorre que o próprio art. 23, inciso II, da Constituição Federal assinala de forma expressa, que é *competência comum* da União, dos Estados e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, sendo este argumento utilizado por Marlon Alberto Weichert para justificar a sua posição adotada quanto à solidariedade entre os entes:

[...] todos os entes federativos têm o dever de atuar na prestação dos serviços públicos de saúde. Fez bem a Constituição Federal em assim prescrever. Isso porque o campo das competências comuns é especialmente recomendável para satisfazer a demanda por serviços naquelas áreas mais carentes de prestações positivas do Estado. A saúde, em especial, foi privilegiada não só com a sua inclusão no rol das matérias de competência comum, mas também pela consagração da prestação dos serviços concernentes de forma ordenada e otimizada, através do Sistema Único de Saúde. Assim, a concretização da competência material por cada ente deverá se dar em conformidade com as regras próprias do SUS, afastando-se a aplicação do parágrafo único do artigo 23, que prevê a edição de lei complementar para regular a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no desempenho das competências comuns⁷¹.

⁶⁹ A Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional e apresenta a lista de medicamentos sob a responsabilidade da União. A lista completa contendo mais de 105 substâncias ativas pode ser verificada no endereço: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>. A Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007, define os recursos a serem repassados para os Estados e o Distrito Federal, a título de cofinanciamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para a aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional da Tabela SAI/SUS.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

⁷¹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 138-139.

Todos os entes da federação participam do sistema de saúde, de forma coordenada, por meio de uma rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada, objetivando o melhor aproveitamento dos recursos públicos, viabilizando uma maior acessibilidade e eficácia da gestão. Inclusive essa é uma característica do sistema, que é denominado “único”, tendo em vista que todas as esferas da federação possuem obrigações recíprocas e permanentes em relação à saúde. De modo que se uma não cumpre com suas obrigações, a outra deverá fazê-la, tornando linear a responsabilidade entre todos os entes federativos, com responsabilidade comum e solidária perante a população.

O próprio STF proferiu diversas decisões nesse sentido, a exemplo do consignado na Suspensão de Segurança nº 3158, formulada pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de acórdão proferido pelo TJRN nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.005996-0 (fls. 121-136):

Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária⁷².

O Sistema Único de Saúde – SUS composto pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios⁷³ e mesmo havendo hierarquia interna é de se reconhecer em função da solidariedade a legitimidade de qualquer dos entes federados na promoção da saúde; seja no fornecimento gratuito de medicamentos, próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR) Leonel Cunha, ao analisar a questão, asseverou:

⁷² SS nº 3158 – RN, STF, Min. Ellen Gracie.

⁷³ Esta, aliás, é a dicção do artigo 4º, da Lei nº 8.080/1990, assim redigido: “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”. Além disso, o art. 196 da Constituição Federal determina como dever do “Estado”, em sentido amplo e envolvendo os três entes federativos, a garantia da saúde como direito de todos, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

[...] o Sistema Único de Saúde – SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que nela necessitam em qualquer grau de complexidade, e sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, ainda que exista hierarquia interna, é de se reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade de qualquer dos entes federados para compor o pólo passivo das demandas que tenham por objeto o fornecimento de medicamentos comprovadamente necessários à condução de tratamentos médicos.⁷⁴

O princípio da integralidade citado no julgamento transcrito acima se encontra também previsto no art. 198, II da Constituição Federal, bem como no art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90, implica o dever do Estado de oferecer serviços integrais à saúde, qualquer que seja a doença ou agravo:

Vale dizer, o cidadão tem o direito a tratamento para qualquer patologia, ainda que de extrema complexidade e de elevado custo. [...]. No caso da rede SUS, porém, a integralidade é princípio constitucional e fundamenta, inclusive, a obrigação do poder público oferecer serviços em todas as especialidades e complexidades, mesmo quando não rotineiramente incluídas na sua lista de serviços. Não pode o Poder Público deixar de prestar adequado atendimento, ainda que se trate de mal raro. A integralidade de atendimento compreende, ainda, a obrigação do Poder Público fornecer medicamentos e correlatos, mesmo a pacientes não internados, na linha do vetor da prevenção estipulado no inciso II do artigo 198. Evidente, porém, que apenas medicamentos devidamente registrados nos órgãos nacionais de vigilância sanitária devem ser fornecidos. Por outro lado, há parcial discricionariedade do Poder Público para definir, dentre os vários remédios disponíveis no mercado, os mais eficazes e compatíveis com as patologias tratadas. Essa discricionariedade, todavia, não permite a recusa em fornecer produtos caros ou específicos para certas moléstias raras.⁷⁵

Nesse ponto, firma-se o entendimento de que, por expressa determinação dos artigos 23, II e 196 da Constituição da República, o direito à saúde é um dever linear de todos os entes e o pacto federativo não pode se impor contra os cidadãos, mas tão somente deve ser considerado entre os

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câm. Cível. Reexame Necessário e Apelação Cível n. 438385-7. Acórdão n. 19349. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Ana Cleide Andreassi Pereira. Autoridade Coatora: Diretora da 13ª Regional de Saúde do Estado do Paraná, Diretor Cemepar – Central de Medicamentos do Paraná. Relator: Des. Leonel Cunha. Revisor: Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em 4 dez. 2007. *Diário da Justiça do Estado do Paraná*, Ed. 7517, p. 55, de 21 dez. 2007.

⁷⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 170-171.

próprios pactuantes.⁷⁶ Não se pode conceber a repartição de competência estabelecida nos artigos 16 a 19 da Lei nº 8.080/90, uma vez que tal posicionamento acarreta um ônus demasiado ao cidadão, que, não obstante, tenha a proteção solidária dos entes federados estabelecida de forma clara no artigo 23, II, da Constituição, fica a mercê de repartições infraconstitucionais para ter garantida a saúde, um direito muitas vezes buscado em sede de urgência.

Longe de posições formalistas, o que se pretende com o reconhecimento da responsabilidade solidária de todos os entes federados é a consolidação da busca histórica mundial para a proteção da saúde. Afinal, o SUS é, antes de tudo, um sistema Único. Essa deve ser a visão na ótica do indivíduo.

Possível regionalização e hierarquia intrínsecas só poderão valer, como já dito, entre os entes federados integrantes do Sistema, como forma de ressarcimento, em uma possível ação de regresso, não podendo ser impingida contra o cidadão comum, justamente pela responsabilidade solidária prevista na Constituição.

O constituinte estabeleceu a competência material comum para a proteção da Saúde e criou inclusive um Sistema Único de Saúde pública. Não se devem interpretar os referidos ditames constitucionais conforme repartições de competências estabelecidas por ulterior lei ordinária, sob o risco de se estar convertendo a própria lógica jurídica e até mesmo as bases federalistas, em que os entes se submetem a um documento interno estruturante, a Constituição, capaz de harmonizar os interesses e estabelecer as competências dos entes. De outra forma, estar-se-ia a interpretar a Constituição conforme uma lei ordinária.

Pelo exposto, vale dizer que não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, alegando ser a responsabilidade de outro ente federado, pois o SUS é composto por União, Estados-membros e

⁷⁶ Devido as várias discussões judiciais sobre a divisão de competências, a Defensoria Pública da União apresentou no Supremo Tribunal Federal uma Proposta de Súmula Vinculante (PSV) – a de número 4 – cujo teor é: “responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do farmaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público”.

Municípios, e sendo assim, é de reconhecer, em função da solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles em eventual pólo passivo, em caso de demanda judicial pleiteando dita assistência.

2.3.2 A Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica no Brasil

Como reflexo da nova ordem constitucional de 1988, criação do SUS, ficou nítido pela leitura dos capítulos anteriores que o Estado Brasileiro almeja a redução de riscos de doenças e outros agravos, buscando assegurar a todos, o atendimento de forma universal e igual, com a implantação de políticas sociais e econômicas que resultem na promoção, proteção e recuperação da saúde, em prol da população.

Conforme destacado também, a promoção da saúde busca também outros fatores condicionantes para sua efetividade, como a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, lazer, transporte e o acesso a bens e serviços essenciais, que sem dúvida demonstram a organização social e econômica do Brasil.

A saúde na sua nova estrutura é dever do Estado, além de ser direito fundamental do ser humano, devendo aquele garantir aos cidadãos as condições de bem-estar físico, mental e social de todos. Neste contexto, ressalta-se a assistência farmacêutica prevista na Política Nacional de Medicamentos por meio da Portaria MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998⁷⁷, que adveio com a finalidade precípua de garantir acesso da população aos medicamentos.

A Política Nacional de Medicamentos é uma das partes integrantes da política nacional de saúde, constituindo um de seus elementos fundamentais, além disso objetiva a efetiva implantação de ações que sejam capazes de promover a melhoria das condições de assistência à saúde da população⁷⁸.

Bom destacar que a própria Lei Orgânica da Saúde já remetia à necessidade da implantação de uma Política Nacional de Medicamentos,

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 3916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. *Diário Oficial da União*, ed. 215, seção I, p. 18, publicado em 10 nov. 1998.

⁷⁸ WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011. p. 91.

centrada nas ações da Assistência Farmacêutica integral, como uma das condições essenciais para a efetiva implantação do SUS.

A política pública definida para Assistência Farmacêutica⁷⁹ no Brasil configura e explicita uma série de decisões de caráter geral adotadas pelo poder público e que apontam para os rumos e as linhas estratégicas de atuação a serem seguidas na condução da matéria. Esse documento é parte essencial da Política Nacional de Saúde do Brasil e se constitui num dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população e para a consolidação do Sistema Único de Saúde, contribuindo para o desenvolvimento social do país⁸⁰.

Ainda segundo Negri, as diretrizes observadas pelo Ministério da Saúde no desenho da Política Nacional de Medicamentos foram estruturadas a partir de três eixos de ação governamental: Regulação Sanitária; Regulação Econômica e Assistência Farmacêutica, explicando-as:

A regulação sanitária objetiva proteger o usuário de medicamentos a partir de padrões de qualidade, segurança, eficácia em relação aos produtos e aos métodos de fabricação, armazenamento, transporte e dispensação, dentre outros aspectos.

A regulação econômica tem como um dos principais objetivos contrabalancear o poder de mercado das empresas e reduzir os custos de aquisição, seja do ponto de vista do setor público, da saúde suplementar (seguros privados) ou do ponto de vista do consumo direto das famílias. Abrange a proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo, ações pró-competitivas que procurem estimular a dinâmica de mercado e ações que coíbam as falhas de mercado (assimetria de informações e poder de mercado).

⁷⁹ A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) define Assistência Farmacêutica como: “... conjunto de ações desenvolvidas pelo farmacêutico, e outros profissionais de saúde, voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto no nível individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e o seu uso racional. Envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população...”. Brasil, 2004. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução no. 338, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 maio 2004. Seção 1, p. 52.

⁸⁰ NEGRI, Barjas. **A Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/03_negri.pdf>. Acesso em: 23 set. 2011. p. 9.

A terceira área de atuação envolve um conjunto de ações e serviços de atenção à saúde do cidadão que culmina, eventualmente, com o acesso propriamente dito ao medicamento. No âmbito da assistência realizam-se o mapeamento das necessidades da população, as prioridades sob o prisma da saúde pública, os objetivos, as estratégias de promoção e expansão do acesso. Promovem-se a construção de consensos terapêuticos a respeito da abordagem em doenças específicas e a indicação e uso de medicamentos, bem como avaliação e acompanhamento dos hábitos de prescrição, dispensação e resultados terapêuticos.⁸¹

Ampliar o acesso da população a medicamentos tem sido um dos grandes desafios impostos ao poder público brasileiro. A proposta assumida pelo Estado brasileiro na nossa Constituição atual e legislação infraconstitucional é a incumbência de promover o acesso da população brasileira a medicamentos de qualidade em quantidade adequada ao menor preço possível. Desde 1998 busca implementar as ações que expressam de forma articulada os eixos assumidos no desenho da Política Nacional de Medicamentos.

Verifica-se que a Política Nacional de Medicamentos se baseia nos mesmos princípios que orientam o Sistema Único de Saúde e constitui estratégia essencial para consolidá-lo, uma vez que contribui para viabilizar um dos componentes fundamentais da assistência à saúde que é a cobertura farmacológica.

2.3.3 Medicamentos Essenciais, Estratégicos e Excepcionais

A proposta deste trabalho é o fornecimento de medicamentos⁸², nada mais justo para compreensão do tema, que se traga uma definição. Os medicamentos são vistos como um instrumento eficaz para enfrentar enfermidades e promover a saúde e resulta em um anseio pela colocação de novos medicamentos no mercado de consumo, os quais, efetivamente, deverão resultar em benefícios à saúde humana, de forma segura e não colocar em risco a saúde pública.⁸³

⁸¹ NEGRI, Barjas. **A Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/03_negri.pdf>. Acesso em: 23 set. 2011. p. 9-10.

⁸² Bom destacar que medicamentos não são remédios, estes podem ser classificados como sendo qualquer substância utilizada para combater uma moléstia.

⁸³ WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011. p. 92.

Marilene Cabral do Nascimento os definem como “substâncias ou preparados utilizados como remédio, elaborados em indústrias farmacêuticas de acordo com especificações técnicas e legais”.⁸⁴

E ainda:

O medicamento é um instrumento terapêutico, produto de longa trajetória tecnológica, cuja finalidade indisputada é a intervenção positiva na saúde das pessoas, seja por função curativa, profilática ou de diagnóstico. Não há dúvida de que o medicamento é um bem de consumo. No entanto, a sua essencialidade para a recuperação e preservação da saúde torna-o um bem diferenciado e nobre.⁸⁵

Na legislação pátria, traz o art. 3º, II, do Decreto nº 79.094, de 5 de janeiro de 1977, que regulamentou a Lei nº 6.360/76, uma definição legal de medicamento, que assim dispõe: “II – medicamento: produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.⁸⁶

Destaca-se também uma definição clara é dada pela legislação portuguesa, que define medicamento como

toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma ação farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas.⁸⁷

Os medicamentos constituem-se em importantes instrumentos de saúde, que visam minorar o sofrimento, interromper o processo de adoecimento, nos casos de doenças agudas e remissíveis, e melhorar a qualidade de vida dos indivíduos quando portadores de doenças crônicas, retardando seus efeitos maléficos.

⁸⁴ NASCIMENTO, Marilene Cabral do. **Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003. p. 188.

⁸⁵ OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 42.

⁸⁶ BRASIL. Decreto n. 79.094, de 5 de janeiro de 1977. Regulamenta a Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, que submete a sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, saneamento e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/Antigos/D79094.htm. Acesso em: 16 out. 2011.

⁸⁷ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 176**, de 30 de agosto de 2006. Dispõe sobre a mudança no setor de medicamentos, designadamente nas áreas do fabrico, controle da qualidade, segurança, e eficácia, introdução no mercado e comercialização dos medicamentos para uso humano. Publicado no Diário da República n. 167, p. 6297-6383. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2006/08/16700/62976383.pdf>. Acesso em: 16 out. 2011.

Dentro dessa definição do que é medicamentos, necessário trazer ainda ao trabalho que as políticas públicas de saúde definem os medicamentos como básicos ou essenciais, estratégicos e excepcionais, os quais estaria o Estado obrigado a disponibilizar pelos programas de Assistência Farmacêutica.

Os medicamentos dito “essenciais” ou básicos, conforme art. 25 da Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, eles destinam-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da atenção básica⁸⁸, sendo de responsabilidade dos três gestores do SUS, e servem para satisfazer às necessidades de atenção à maioria da população brasileira.⁸⁹

Tais medicamentos compõe a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que é utilizada no âmbito do SUS, com mais de 200 (duzentos) itens, pactuada entre os entes federados, que devem estar disponíveis em todo momento, em quantidades suficientes e nas formas farmacêuticas requeridas e a preços que os indivíduos e a comunidade possam custear.

Já o componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CEFA) está previsto no artigo 26 da Portaria 204/2007⁹⁰, que se destina ao financiamento para custeio de ações de assistência farmacêutica nos seguintes programas de saúde estratégicos: Controle de endemias, tais como a Tuberculose, Hanseníase, Malária, Leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de

⁸⁸ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

⁸⁹ “Segundo a OMS, medicamentos essenciais são aqueles de máxima importância, que são básicos, indispensáveis e acessíveis em todo o momento, nas doses apropriadas, a todos os segmentos da sociedade”. OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 77.

⁹⁰ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

abrangência nacional ou regional; Antirretrovirais do programa DST/AIDS; Sangue e Hemoderivados; Imunobiológicos e Insulina.⁹¹

O Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE) está previsto no artigo 27 da Portaria 204/2007, que se destina ao financiamento de Medicamentos de Dispensação Excepcional, para aquisição e distribuição do grupo de medicamentos, conforme critérios estabelecidos em portaria específica.⁹² Ele caracteriza-se como estratégia da política de assistência farmacêutica, que tem por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para tratamento de agravos inseridos nos seguintes critérios:

a) doença rara, ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e b) doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que: b.1) haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou b.2) o diagnóstico ou o estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.⁹³

Os medicamentos de dispensação excepcional integram o “Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional”, que é responsável por um grupo de medicamentos destinados ao tratamento de patologias específicas, complexas, que atingem um número limitado de pacientes, os quais são de uso prolongado na maioria dos casos.

Destaca-se que as novas demandas que surgem para os gestores da saúde são diversos, motivo pelo qual o Ministério da Saúde criou o “Programa de Medicamentos Excepcionais”, para fornecimento de medicamentos de alto custo, na maioria das vezes de uso contínuo, utilizado para tratamento de doenças crônicas e raras, em que os recursos financeiros são independentes dos

⁹¹ São medicamentos destinados a patologias de controle específico do Ministério da Saúde, para atingirem as metas de controle e eliminação exigidos pela Organização Mundial de Saúde, ou por serem medicamentos cuja aquisição depende de processos de licitação internacional. Segundo o parágrafo 2º do art. 3º da Portaria 3.237/2007, os insumos para o combate ao tabagismo e para a alimentação e nutrição passaram a integrar o componente estratégico dos medicamentos.

⁹² BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

⁹³ DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. p. 21.

destinados aos medicamentos da assistência básica. Para cada solicitação destes medicamentos o gestor competente abre processos individuais e as necessidades são avaliadas por uma comissão⁹⁴.

Chama a atenção neste ponto, pois nestas solicitações é que se originam muitas das demandas judiciais, que estão sendo vulgarmente intituladas de “judicialização da saúde”. Nesse grupo de medicamentos de dispensação excepcional, regulado pela Portaria nº 1.587, de 3 de setembro de 2002⁹⁵, e posteriormente contemplada e regulamentada pela Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006⁹⁶, que se apresentam a nascente de infundáveis litígios que se socorrem do Poder Judiciário para fazer valer seus anseios.

Neste ponto, ressalta-se o comentário de Luís Roberto Barroso, após realizar um relato sobre as políticas públicas de saúde existente em nosso país, atinentes à questão dos medicamentos:

Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca a entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.⁹⁷

Louvável a iniciativa do Estado de criar as listas de medicamentos a serem disponibilizados pelo SUS, com objetivo de atender o maior número de situações, criando protocolos e uniformizando os tratamentos. Além disso, a adoção das listas facilita a vigilância farmacêutica, bem como o controle dos órgãos de fiscalização, gerando melhoria na atenção à saúde, economia de recursos públicos, a transparência, a impessoalidade e a eficiência da gestão administrativa.

⁹⁴ WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011. p. 96-97.

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 1.587/2002. Aprova a revisão da relação nacional de medicamentos essenciais. *Renome*. Diário Oficial da União, Ed. 170, seção I, p. 68, publicada em 3 set. 2002.

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.577/2006. Trata da organização e da execução do componente de medicamentos de dispensação excepcional. Diário Oficial da União, Ed. 207, seção I, p. 91, publicado em 27 out. 2006.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

2.3.4 A Listas de Medicamentos do SUS e a Inclusão de Novos Fármacos

Fica certo pela leitura do capítulo anterior, que o SUS apenas fornece os medicamentos constantes em suas listas, o que é uma política aceitável do ponto de vista administrativo, contudo, o que muitos criticam é o fato de que há necessidade de revisão e atualização periódica dos protocolos existentes, considerando a própria evolução da indústria farmacêutica com o surgimento constante de novos fármacos.

Quando da realização da Audiência Pública da Saúde pelo Supremo Tribunal Federal, realizada nos dias 27, 28 e 29 de maio de 2009, uma das principais críticas dos especialistas da área se deu exclusivamente sobre o fato de que muitos medicamentos indicado para tratamento de doenças, especialmente as “raras”. Em sua grande parte não estavam inseridas na listagem oficial do SUS, apesar de estar registrado nos órgãos reguladores, como a ANVISA no Brasil, o FDA nos Estados Unidos e a EMEA na União Européia.⁹⁸

Foi apontado pelos especialistas quando da audiência pública, que um dos principais fatores da malfadada “judicialização”⁹⁹, poderia ser entendida pelo falta de revisão e inclusão desses novos medicamentos, os quais sempre se

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. P. 274-279.

⁹⁹ A ausência de eficácia ou a omissão do Estado na prestação da assistência em certos casos específicos deu origem à intervenção do Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência recomendada nos casos indicados pelos médicos, se realizando por meio de liminares que obrigam o Estado a fornecer gratuitamente remédios de alto custo que não constam da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Os “novos” medicamentos (alguns não necessariamente tão novos) ou procedimentos de auxílio no controle de certas doenças demoram anos ou décadas para ser incluídos na lista do SUS. Milhares de brasileiros são prejudicados pela não-inclusão no sistema de novos recursos de diagnóstico ou de terapêutica.

fazem acompanhar de uma demora injustificável¹⁰⁰, enquanto são aguardados pareceres técnicos que poderão definir a inclusão, ou não, do novo medicamento da lista oficial.

Ainda na audiência pública, o Dr. José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica citou um caso público, em que uma droga de eficiência comprovada no tratamento do linfoma de célula B não estava à disposição dos usuários do SUS; contudo foi utilizada no tratamento da então Ministra de Estado, hoje Presidente da República, Sra. Dilma Rouseff:

Como é fato público, todos sabemos que figura do alto escalão do Governo [Sra. Dilma Rouseff, então Ministra-Chefe da Casa Civil] recentemente foi diagnosticada com linfoma de célula B, fez estadiamento usando exame PET/CT, iniciou o tratamento quimioterápico com a droga Rituximab, que garante 20% a mais de chance de não volta da doença. Seu plano de saúde cobriu todos esses procedimentos. Se fosse realizado pelo SUS, não os faria, o que hoje é a triste realidade para a maior parte da população brasileira. [...] enquanto os governantes não demonstrarem intenção de corrigir o subfinanciamento, de corrigir as tabelas e processos de aprovação e incorporação de novas tecnologias, inclusive fomentando pesquisas clínicas para o SUS, o povo brasileiro continuará contando com a Justiça para fazer valer o seu direito de acesso à saúde.¹⁰¹

Há casos que determinando medicamento, embora aprovado pelas autoridades sanitárias (ANVISA), ainda não foi incluído nas listas oficiais de medicamentos do SUS e, por decorrência lógica, o Estado se nega a fornecê-lo e, por sua vez o médico, encontra-se obrigado pelo seu Código de Ética a usar do “melhor do progresso científico em benefício do paciente”, que acaba por gerar na prescrição de medicamentos não disponibilizados.

¹⁰⁰ O Ministério da Saúde por sua vez estima que existam cerca de 40 mil medicamentos registrados sob diversas formas de apresentação. Destes, cerca de 25 mil produtos não são comercializados, apesar de registrados. Cerca de 15 mil nomes de fantasia estão à disposição para venda no mercado brasileiro e apenas 2.100 se apresentam com nomes genéricos. Em alguns países europeus o total de medicamentos no mercado não ultrapassa 3 mil nomes de fantasia. O número excessivo se constitui em forte empecilho à efetiva implementação de uma política de medicamentos que, além disto, é estratificada para atendimento em diversos níveis de atenção (primário, secundário, terciário). Cada um deles apresenta características próprias, é responsável por programas, ações e estratégias distintos, que lhe confere diferente complexidade e, ao mesmo tempo, exige um grau elevado de organização para sua viabilização. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional** / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2004. p. 30.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. P. 285-291.

Com relação aos medicamentos sem aprovação da ANVISA, filia-se ao posicionamento do ex-ministro da Saúde, Sr. José Gomes Temporão, quando da realização da Audiência Pública da Saúde no STF, que assim posicionou-se:

Obrigar o SUS a fornecer ou incorporar produtos não registrados no país significa abrir mão de princípios básicos de vigilância sanitária da preservação da integralidade e segurança de nossos cidadãos. [...] é preciso que preliminarmente se diga: registro na ANVISA não significa automaticamente incorporação ao Sistema Único de Saúde.¹⁰²

A legislação pátria também se manifesta quanto aos medicamentos sem registro na ANVISA, determinando que eles não podem ser prescritos no território nacional em virtude do disposto no art. 12 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976¹⁰³, prevendo ainda, que um medicamento apenas pode ser entregue ao consumo após o seu registro no Ministério da Saúde.

Filia-se ao posicionamento que apenas devem ser objetos de disponibilização pelo SUS apenas os medicamentos com registro na ANVISA, pois foram comprovados a sua eficácia e atenderam a compatibilidade do tratamento pretendido, diferentemente do que poderia ocorrer com um medicamento dito “experimental” ou sem registro na agência brasileira, sendo sem dúvida uma questão de interesse público.

Nesta corrente Ricardo Seibel de Freitas Lima menciona:

O direito à saúde garantido pelo Estado deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa, e observada sempre à ética profissional. Tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou, ainda, com preferência a determinadas marcas de medicamentos ou espécies de custo mais elevado não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias.¹⁰⁴

Parece claro que o registro na ANVISA é questão de saúde pública da população, a fim de garantir segurança do medicamento para posterior disponibilização no SUS. Marcelo Palis Horta, tratando do tema de registro de medicamentos, critica decisões judiciais que determinam o fornecimento de

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. P. 314-321.

¹⁰³ BRASIL. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitas os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências.

¹⁰⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 251.

medicamentos sem registro¹⁰⁵, considerando o risco de danos aos consumidores, bem como destaca os requisitos para liberação do medicamento:

A finalidade desse ato é garantir que sejam entregues à população medicamentos que contenham componentes eficazes e que atendam à destinação terapêutica indicada. Além disso, o registro serve ao controle das substâncias em uso no país, de modo a evitar a circulação de fármacos que contenham risco potencial à saúde, bem assim o uso de compostos menos benéficos em termos clínico-terapêuticos, possibilitando que a autoridade sanitária proíba a utilização de certo medicamento ou exija a modificação da respectiva fórmula.¹⁰⁶

Já com relação aos medicamentos com registro na ANVISA e que não constam nos programas desenvolvidos pelo SUS para Assistência Farmacêutica, enriquece o presente trabalho ao trazer que, na data de 29 de abril de 2011, a Presidente Dilma Roussef sancionou a Lei nº 12.401, que traz importantes alterações na Lei nº 8.080/90, ao tratar da inclusão de medicamentos e a incorporação de novos produtos e tecnologias no SUS.

Segundo informações do Ministério da Saúde, a lei sancionada beneficia os usuários do SUS, pois a população terá maior acesso aos medicamentos e procedimento em saúde, com garantia de qualidade comprovada por rigorosa avaliação técnica e científica desses produtos e serviços, incluindo os casos em que a oferta é determinada por decisão judicial.

Outro importante ponto da lei, é que ela permite o aprimoramento e atualização periódica das tecnologias e produtos oferecidos pelo SUS, estabelecendo critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade como condições para a inclusão de novos medicamentos. Além disso, considerando as críticas existentes sobre a revisão da lista de medicamentos a serem disponibilizados, a nova legislação fixa prazo de 180 dias para a conclusão dos processos, com a possibilidade de prorrogação apenas uma vez pelo prazo

¹⁰⁵ Destaca-se que o STF já determinou o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, ressaltando o Ministro Gilmar Mendes em sua decisão: *“Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizado pela ANVISA. A Lei n. 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: União. Requerido: TRF/5ª Região. Interessados: MPF, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Julgado em 17 mar. 2010. Diário da Justiça Eletrônico n. 76 de 30 abr. 2010. P. 70.

¹⁰⁶ HORTA, Marcelo Palis. Aspectos formais sobre o registro de medicamentos e os limites da atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 3, p. 52-68, nov. 2002. p. 54.

máximo de 90 dias, que segundo o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Sr. Carlos Gadelha: “Esse é o tempo necessário para a realização de todos os estudos e análises que garantam a qualidade e eficiência das ações de saúde”.¹⁰⁷

A partir de então a inclusão de medicamentos e a incorporação de novos produtos e tecnologias no SUS será decidida pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CITEC), coordenada pelo Ministério da Saúde e formada por representantes do próprio ministério, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).¹⁰⁸

"Poderosa é a lei; mais poderosa, contudo, é a necessidade" (Johan Wolfgang Von Goethe).

2.4 A SAÚDE E SUA BAIXA EFETIVIDADE EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA: (IN)EFICIÊNCIA NO CUMPRIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Ficou claro pelos tópicos anteriores, que a saúde é indiscutivelmente um direito social fundamental, que advém de um mínimo existencial que deve ser garantido pelo Estado mediante prestações materiais positivas, tal qual descrito em nossa Carta Constitucional de forma a garantir a sua efetividade e aplicabilidade imediata. Contudo, dizer que a saúde é fundamental, por si só não

¹⁰⁷ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei aprimora diretrizes para inclusão e oferta de produtos e tratamentos pelo SUS**. Brasília: Blog do Planalto, Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/lei-aprimora-diretrizes-para-inclusao-e-oferta-de-produtos-e-tratamentos-pelo-sus/>> Acesso em 26/09/2011.

¹⁰⁸ Ibidem.

basta¹⁰⁹, é necessário efetiva-lá, com uma luta contínua para sua consolidação desse direito como um bem comum, como aquilo que deve perpassar toda a sociedade.

O debate em torno da saúde e a discussão do papel do Estado na sua efetivação ganhou as ruas e os noticiários, seja por críticas feitas ao caos no Sistema Único de Saúde – SUS, seja pelo debate em torno das ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos e a prestação de tratamentos pelo Poder Público¹¹⁰. O que poderia ficar restrito a uma discussão jurídica sobre a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais é hoje tema comum nas rodas de conversa.

Isso demonstra que os direitos fundamentais ganharam as ruas e a população cobra dos Poderes Públicos a organização dos serviços, a regulamentação dos procedimentos de acesso, a participação nas decisões, o fornecimento adequado e eficiente da “saúde” – ou, pelo menos, de tudo aquilo que possa contribuir para mantê-la¹¹¹.

Sempre atual a observação de Streck¹¹², que é necessário seja a função do Estado e do Direito (re)discutida, assim como as condições de possibilidades da realização da democracia e dos direitos fundamentais em países recentemente saídos de regimes autoritários, que ainda estão carentes da realização dos direitos do Estado Social.

¹⁰⁹ “Dizer que algo é fundamental não basta. Desde a década de 80, buscamos formas de sensibilizar os gestores sobre a importância da saúde e de seus determinantes sociais. [...] Ter direito a um direito fundamental significa desde assegurar a vida até o direito de morrer. Viver e morrer em condições dignas são direitos de cada cidadão. Este direito, embora legislativamente assegurado, ainda está longe de ser efetivado. Mesmo considerando as várias e diferentes tentativas que vêm sendo implementadas por vários setores da saúde e do direito para a efetivação do direito à saúde, ainda temos muita a efetivar”. VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 188.

¹¹⁰ Apenas para ser ter uma pequena noção da proporção dos debates, no dia 21/11/2010 o programa “Fantástico” da Rede Globo, intitulado uma revista semanal pela própria emissora, trouxe matéria envolvendo a concessão de medicamentos mediante tutela judicial.

¹¹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

A modernidade, que trouxe na Constituição as normas sobre os direitos sociais, garantindo o direito à saúde, assim como também é prevista na maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos, deve ser levada a um nível aceitável de concretização. Andreas Krell¹¹³ menciona que elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicáveis.

O regime democrático trouxe uma Constituição generosa em termos de direitos, contudo, apenas aderir à gramática dos direitos, no entanto, não significa conjugá-la na prática, sendo necessário admitir que cada direito nela insculpido, corresponde a uma obrigação¹¹⁴. Necessário transformar tais direitos em benefícios para a sociedade, sob pena de ocorrer um processo de erosão da autoridade dos direitos fundamentais ou uma “frustração constitucional”¹¹⁵.

Dessa forma, em países como o Brasil, que não passaram de forma satisfatória pelo Estado Social (*Welfare State*) e muito menos cumpriu suas promessas da modernidade, não pode ele, o Estado, pensar em se minimizar, pois a sua realidade é totalmente diversa de países como França, Alemanha, que tiveram um Estado Providência satisfatório¹¹⁶, e não mantém uma dívida social como o caso deste país. Assevera Streck¹¹⁷, que no Brasil a modernidade

¹¹³ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 20.

¹¹⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 15.

¹¹⁵ Krell reconhece que “promessas constitucionais exageradas mediante Direitos Fundamentais Sociais sem a possibilidade real da sua realização são capazes de levar a uma “frustração constitucional” (*Verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo”. KRELL, op. cit., p. 26.

¹¹⁶ Têmis Limberger concorda que países que cumpriram seu papel no Estado Providência, como França e Alemanha, façam um debate sobre a permanência ou a diminuição de algumas garantias, contudo, não pode isso ser importado para o caso brasileiro, em que a população ainda não conseguiu atingir níveis homogêneos em termo de acesso aos direitos sociais. LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

¹¹⁷ “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 24-30.

é tardia e arcaica e que as promessas ainda não se realizaram, sendo necessário que o Estado assuma o papel descrito no texto constitucional¹¹⁸ e cumpra as políticas sociais para o bem-estar coletivo.

A discussão acerca do constitucionalismo atual, assim como as suas implicações políticas é tarefa ainda extremamente necessária que não peca pela falta de atualidade no debate. Essa questão assume extrema relevância em países nos quais as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, pecam por uma total falta de efetividade, na qual, Lenio Streck¹¹⁹, utilizando frase de François Ost, faz a seguinte pergunta: “*Como relegar a um segundo plano as promessas que fizemos a nós mesmos?*”.

O direito à saúde é, com certeza, um dos problemas fundamentais da sociedade contemporânea, como Estado Social, sobretudo sob a fórmula do Estado Democrático de Direito. Um dilema que repercute os sucessos, os limites e os fracassos desse mesmo projeto de organização política¹²⁰. Um problema que se coloca frente à necessidade de pensar, sobretudo em um país periférico são as condições necessárias e suficientes para tentar minimizar as culpas e insucessos e de resgatar os compromissos da modernidade. Todavia, ao mesmo tempo que se tem uma Constituição que garante tudo, ainda se vive sob o fracasso da falta de sua concretização¹²¹.

A consequência dessa baixa efetividade da concretização das ações na área de saúde dentro das estruturas estatais, é que ganha corpo a intervenção do Judiciário para promover essas “promessas” não cumpridas, havendo um deslocamento do foco de tensão originário, que deveria incumbir ao Legislativo e Executivo. Com isso, milhares de ações individuais vêm sendo propostas como

¹¹⁸ Lembrando que a Constituição aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 21.

¹²⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan. **O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização**. Texto baseado na conferência inaugural no Seminário “Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização” - proferida por Jose Luis Bolzan de Moraes, organizado, entre outras, pela Escola de Saúde Pública do RS, AJURIS, ESMP, APERGS-Escola, realizado em maio de 2007 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

¹²¹ Neste sentido Streck afirma: “Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mas ampla possível. Este é o contraponto”. STRECK, op. cit., p. 35.

formar de efetivar os Direitos Sociais, devido à atuação falha do Estado, dada sua condição de país periférico (modernidade tardia).

Neste sentido, importante consideração trazida por Têmis Limberger¹²²:

Assim, é necessário para avaliar em que limites está ocorrendo o provimento judicial a respeito das políticas públicas, em um país como o Brasil, com especificidades próprias, principalmente no que diz respeito às grandes desigualdades econômicas e culturais. É perigoso importar diretamente conceitos cunhados em outros países com contexto cultural e sócio-econômico diferentes. O Brasil, que é um país em desenvolvimento não pode transportar diretamente teorias de países ricos. O debate europeu sobre a redução dos direitos conquistados durante o Estado Social não pode ser transferido, porque o Estado Providência nunca foi efetivado plenamente.

Nessa perspectiva, tem-se de um lado, as promessas da modernidade (não cumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da não efetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação. Sendo necessário delinear a situação atual da prestação do direito à saúde no Brasil, para posteriormente fixar os debates sobre os contornos da possibilidade de atuação judicial ante a baixa efetividade do direito à saúde.

2.5 A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO JUDICIAL ATRAVÉS DA DETERMINAÇÃO AO ESTADO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A ideia do Estado como grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais – especialmente os sociais dentro do contexto deste trabalho – foi uma conquista que se deu dentro da chamada geração de direitos fundamentais, conforme explanado anteriormente, após o esgotamento do modelo de Estado Liberal, que apenas se abstinha de praticar qualquer ato que ofendesse determinado rol de direitos tidos como fundamentais, previstos pelas constituições liberais dos séculos XVIII e XIX.

¹²² LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60-61.

Com a evolução da sociedade global ao longo dos séculos, houve o reconhecimento de diversos direitos da pessoa humana, expressamente consagrados na carta constitucional, facilmente identificados pelos princípios que lhe regem, principalmente, é claro, o da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, a nossa Constituição Federal de 1988, preocupada em assegurar a adequada proteção judicial dos direitos consagrados no seu corpo, e em garantir amplo acesso à justiça (art 5º, XXXV), estatuiu garantias fundamentais destinadas a resguardar, além da esfera das liberdades públicas (como mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo, *habeas corpus* e *habeas data*), instrumentos aptos a tornar efetivas as normas constitucionais e os direitos fundamentais não regulamentados ou concretizados; como a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹²³.

Ocorre que quando se fala em direitos sociais, os mecanismos se mostram inócuos, considerando que os direitos fundamentais sociais (saúde), possuem o caráter prestacional e, com isso, têm sua eficácia diretamente ligada e dependente da implementação de políticas públicas pela administração pública.

O Estado, por sua vez, apresenta inúmeros argumentos para justificar a sua ineficiência na prestação dos direitos à saúde, especialmente na questão dos medicamentos, destacando entre eles, o alto custo que prestações materiais geram aos cofres. Por sua vez, do outro lado, há maior consciência dos cidadãos em relação aos próprios direitos, especialmente sobre a possibilidade de pleiteá-los perante o Poder Judiciário¹²⁴, em caso de ineficiência do Estado.

Assim, atualmente, no Brasil milhares de ações, individuais e coletivas, tramitam perante o Poder Judiciário com o fim de promover a efetivação desses

¹²³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 74-75.

¹²⁴ Segundo Luiz Werneck Vianna: “Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos”. VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

direitos (leia-se também, assistência farmacêutica) por meio da intervenção judicial. Busca-se, por meio dessas ações, uma ordem judicial que obrigue o Poder Executivo a promover o atendimento dos fármacos necessários para curar enfermidades, que não se encontram disponíveis na rede pública de saúde.

Cumpra destacar que essas ações são objeto de diversas críticas e inúmeras discussões jurisprudenciais e doutrinárias, entre as quais se encontra, como já mencionado, a discussão sobre a possibilidade de o Judiciário intervir na implementação de políticas públicas e a necessidade de observar os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.¹²⁵

As questões relativas às políticas públicas, no Estado Constitucional, em especial as relacionadas à saúde, e especificadamente em se tratando de Assistência Farmacêutica, estão na ordem do dia de todos os tribunais brasileiros, já que cada vez mais se faz necessário uma melhor organização das ações e serviços relacionados ao medicamento, em suas diversas dimensões, com ênfase à relação com o paciente e a comunidade na visão da promoção da saúde.

Andreas J Krell¹²⁶ ao falar sobre as falhas na prestação real dos serviços públicos básicos, entre eles pode-se incluir a assistência farmacêutica, aonde menciona que a eficácia dos Direitos Sociais não está na falta de leis; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder

¹²⁵ É interessante destacar que a tese do “mínimo existencial”, que surgiu como contraponto à “reserva do possível”, compõe o próprio conceito do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, com muita propriedade, ensina Luís Roberto Barroso: *“Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizados incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.* BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria, crítica e pós-positivismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coords.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 58-59.

¹²⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 33.

Público. As normas já existem, sendo que o problema segundo o mencionado autor, estaria na formulação, implementação e manutenção.

Prosseguindo no raciocínio, cita Krell como exemplo à saúde¹²⁷:

A qualidade dos serviços preventivos e curativos de saúde por parte de muitos municípios e estados depende do fornecimento de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, da contratação de médicos especializados, de enfermeiros suficientes, etc.. Apesar dos respeitáveis esforços no exercício de um controle social efetivo sobre a gestão do sistema através dos Conselhos e Conferências Locais de Saúde, os problemas do SUS têm as suas principais causas na falta de controle operacional e abusos por parte dos seus integrantes (fabricantes de remédios, médicos, hospitais, laboratórios, farmácias) e, sobretudo, do montante não suficiente de recursos públicos destinados para essa área.

Assim, ante a inércia estatal em muitas oportunidades, maior é a interferência judicial na busca da concretização desses direitos, através da aplicação imediata dos direitos fundamentais através dos julgadores, que extraem da própria norma a solução para os conflitos que se apresentam.

Bom considerar que nem sempre a assistência farmacêutica implementada pelo Poder Público atende as necessidades do paciente, ora porque as peculiaridades da moléstia exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos constantes da listagem, ora porque houve falha na atualização da RENAME. Não raro, a assistência farmacêutica também falha por questões administrativas, tal como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição do medicamento.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos, conforme visto alhures – sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito.

Dentro desse contexto, seria legítima a intervenção jurisdicional que visa afastar lesão ou ameaça a esse direito. Inúmeras são as ações ajuizadas com o fim de coagir o Estado a prestar atendimento farmacêutico e, na maioria delas, nota-se um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processual postos pela lei a disposição da sociedade.

¹²⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 34.

Com isso, discute-se muito sobre a possibilidade da intervenção judicial em emitir comandos prestacionais ao Poder Público, sem a prévia intervenção do Poder Legislativo. Conflitam os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais – que exigem do Poder Judiciário uma postura ativa na defesa desses direitos – e o da separação dos poderes e da democracia representativa, que pressupõe que as decisões políticas devam ser tomadas por meio dos representantes do povo, legitimamente eleitos, e não por juízes¹²⁸.

Parte da doutrina entende que apenas os Poderes Legislativo e Executivo possuem o poder de decisão em relação às escolhas político-jurídicas do Estado, pois somente eles possuem legitimidade para tanto. Nesse sentido, Eduardo Appio, ao tratar do controle judicial das políticas públicas no Brasil, assim se posiciona:

Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver. A decisão acerca das prioridades a serem conferidas pelo Estado nesta área é essencialmente uma decisão política e moral, que foge do âmbito do controle judicial, motivo pelo qual as ações individuais em face do Estado não podem implicar a substituição da atividade administrativa.¹²⁹

Por sua vez, em um Estado Democrático de Direito há o *check and balance system*, ou “sistema de freio e contrapeso”, essência do mecanismo da separação dos poderes proposta por Montesquieu no período da Revolução Francesa, em sua obra *O espírito das leis* de 1748, o qual impede que, no exercício de uma função própria, possa o Estado atuar de modo ilimitado, violando ou desrespeitando os limites que lhe são impostos constitucionalmente.¹³⁰

A separação dos poderes e mesmo o sistema federal são inegavelmente estratégias políticas assentadas e garantidas pelo Texto Constitucional com a exata finalidade de manter uma relação de contenção recíproca do poder político. [...] Vale dizer que o controle judicial constitui-se numa técnica bastante efetiva do arranjo institucional, no qual o Poder Judiciário assume a guarda da Constituição, podendo exercer essa função de modo a opô-la ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. [...] a atuação das Cortes não representa em si mesma uma violação ao princípio democrático, mas

¹²⁸ WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011. p.124.

¹²⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 184.

¹³⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos**. São Paulo: Del Rey, 1999. p. 28.

sim um verdadeiro modo de garantir a partir da proteção aos cidadãos que para aquele fim democrático concorrem e interagem. O controle judicial está intimamente relacionado a uma Democracia Constitucional. [...] Dessa maneira, o controle judicial atua, na verdade, como o prolongamento do processo de discussão constitucional, possibilitando a correção ou o aperfeiçoamento de qualquer falha ou incorreção que tenha ocorrido.¹³¹

Vale destacar, que mesmo no sistema de freios e contrapesos que resta evidenciada a função do Poder Judiciário em controlar o respeito as leis, principalmente as normas constitucionais cogentes, exigindo uma atuação estatal para efetivação das políticas públicas que visem garantir direitos fundamentais. E isso não causa nenhum desequilíbrio na balança dos poderes, mas sim, contrabalanceia eventuais discrepâncias que comprometam a dignidade do brasileiro enquanto “sujeito de direitos”.

Lenio Streck apóia a concretização de direitos via judiciário afirmando:

Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia, cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial”, etc.

Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, “convalidadas” por legislações emanadas do Poder Legislativo.¹³²

Um exemplo, dentre vários, dessa realidade, foi a promulgação da Lei nº 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes com síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS),¹³³ a qual é resultado de inúmeras e reiteradas decisões judiciais que buscavam implementar o direito à saúde, embasadas no texto constitucional (art. 196) como base de argumentação. Por força do posicionamento do Poder Judiciário, o Estado viu-se obrigado posteriormente por força da citada lei, a qual reconhece a obrigatoriedade do fornecimento.

Portanto, a implementação de políticas públicas por determinação judicial, entre elas, no caso específico do fornecimento de fármacos, não representa uma invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois

¹³¹ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p. 153-159.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 134.

¹³³ BRASIL. Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. *Diário Oficial da União*, Ed. 222, seção I, p. 1, publicado em 11 nov. 1996.

realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, entre eles a Saúde. Ademais, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas solucionar as já existentes.¹³⁴

Sobre o tema, Thiago Lima Breus, assevera:

A intervenção judicial deixa, portanto, de ter um cunho exclusivamente invalidatório para assumir uma função substitutiva, pelo que se fala em atividade administrativa do Poder Judiciário. [...] Acerca dessa situação fática, deve-se levar em conta que é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais poderes estatais, na condição de poder com a atribuição de verificar a compatibilidade das atividades destes poderes com a Constituição Federal. Ademais, quando o art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” acaba fornecendo respaldo ao Judiciário para analisar questões que, inclusive, sejam afetas aos demais poderes.¹³⁵

Nessa toada o Ministro Celso de Mello, ao relatar a Medida Cautelar em Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, lembra que não é tradição do Estado contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de implementar políticas públicas de outras esferas do Poder:

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 a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas restritivas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente neste contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscrita no contexto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Minº Celso de Mello).¹³⁶

¹³⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 77.

¹³⁵ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública Brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 246.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Ed. 84, seção I, publicado em 4 maio 2004. RTJ 200-01, p. 91.

Já a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich insere o Poder Judiciário em outro patamar:

Por ele, o Poder Judicial não tem a tarefa de projetar políticas públicas, mas sim a de confrontar os projetos políticos assumidas com as normas jurídicas aplicáveis e – em caso de encontrar divergências – reenviar a questão aos poderes pertinentes para que eles possam ajustá-las. Quando as normas constitucionais ou legais fixem pautas para o projeto de políticas públicas e os poderes respectivos não tenham adotado nenhuma medida, caberá ao Poder Judiciário censurar esta omissão e reenviar a questão para que elaborem alguma medida. Esta dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um “diálogo” entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela constituição ou pelos pactos de direitos humanos.¹³⁷

Outra faceta apresentada aos contrários à intervenção judicial, se revela no argumento da necessidade de prévia previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para a concretização de políticas públicas de caráter social – amplamente adotado pela administração pública, com o nome de “reserva do possível”. Contudo, esse argumento não pode servir de barreira intransponível para a realização dos direitos a prestações, pois é evidente que o problema da efetivação do direito à saúde, está ligado com a crescente carência de recursos disponíveis e com o aumento de demandas sociais; o que não pode levar à utilização indiscriminada do argumento da reserva do possível como impeditivo da intervenção estatal ou escusa para omissões do Estado.

O que está em jogo, no caso do direito à saúde, frente às restrições decorrentes da reserva do possível é a exigência de ponderação entre a escassez dos recursos fáticos e o princípio da separação do poderes, as regras constitucionais de competência, o princípio federativo, a universalidade do acesso aos serviços de saúde e o princípio da igualdade.¹³⁸

¹³⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferraioli. Madrid: Trotta, 2004. p. 251. Tradução livre. *Por ello, el Poder Judicial no tiene La tarea de diseñar políticas públicas, sino La de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en um ‘diálogo’ entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.*

¹³⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 122.

Não se deve, contudo, condicionar a efetivação do direito à saúde à cláusula da “reserva do possível”, pura e simplesmente, sem sopesá-lo com a garantia do mínimo existencial – no sentido de garantia de condições existenciais para uma vida com dignidade - e analisar, conjuntamente, a comprovação efetiva de indisponibilidade total ou parcial de recursos pelo Estado e o não desperdício dos recursos existentes,¹³⁹ pois não se pode ignorar, no discurso jurídico da efetivação dos direitos sociais, para que ele não fique dissociado da realidade, que existe uma limitação dos recursos estatais, o custo de todos os direitos e a relação entre a escassez relativa dos recursos e as escolhas trágicas. Ademais, a finalidade do Estado ao arrecadar recursos é gastá-lo com obras, prestações de serviços e políticas públicas, concretizando, enfim, os objetivos da Constituição. Assim, como a Constituição visa ao bem-estar do homem e à sua dignidade, o que inclui direitos individuais e condições mínimas existenciais, somente após se estabelecerem os gastos públicos prioritários é que se poderão destinar os recursos remanescentes, de modo que “o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”¹⁴⁰.

Neste caso, destaca-se também que

quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas.¹⁴¹

Ademais, quando se fala em administrar a escassez dos recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais, em consequência todos os órgãos estatais e os agentes políticos estarão obrigados, em razão dos princípios da moralidade e da eficiência, a maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível¹⁴². Isso significa que, o poder público tem o ônus da

¹³⁹ RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 179.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 149.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 376.

¹⁴² Ibidem, p. 379.

comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial dos recursos, assim como do não desperdício dos recursos existentes e de sua eficiente aplicação¹⁴³.

Neste contexto, fica claro que a atuação pública deve se basear na ideia de uma ampla proteção e máxima eficácia dos direitos sociais prestacionais nas políticas governamentais, não podendo o argumento da reserva do possível ser utilizado como mero obstáculo para a sua intervenção ou como subterfúgio para omissões. Já que os recursos devem ser administrados seguindo princípios administrativos como a moralidade e a eficiência, bem como observando os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de maneira que jamais o direito social possa ser suprimido, ao menos, quando compreenda o mínimo existencial.

Assim é que, num Estado Democrático de Direito, quem deve governar é a vontade de Constituição e não a dos poderes constituídos, de modo que a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais estão limitadas às opções do constituinte.

Nesse sentir, a intervenção judicial nas decisões que determinam a entrega gratuita de fármacos pelos entes estatais deve ser aceita, considerando o deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente através dos próprios mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.¹⁴⁴

Segundo Lenio Streck¹⁴⁵, o Judiciário, através da sua nova faceta como possibilidade para a realização dos direitos que estão previstos na Constituição Federal, pode servir como meio de resistência às investidas dos Poderes Legislativo e Executivo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos sociais. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 378.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 53.

Lenio Streck defende a possibilidade de utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. É evidente que não se pode pretender que o Judiciário passe a ditar políticas públicas *lato sensu* ou que passe a exercer funções executivas e nem a Constituição permite tal situação. Basicamente, a mudança de postura dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, já por si só provoca(ria) discussões que leva(ria)m os Poderes Legislativo e Executivo à reformulação de suas linhas de atuação, mormente no que concerne às prioridades orçamentárias. Ou seja, o Direito, passa(ria) a ser utilizado não como instrumento de redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade, e sim, como um mecanismo de transformação da sociedade.¹⁴⁶

Lenio Streck, na sua obra *Verdade e Consenso*, continua a defesa da possibilidade de intervenção judicial para implementação dos direitos, valendo a transcrição:

É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do Direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do novo constitucionalismo. [...] pode não ser razoável que o órgão de controle de constitucionalidade tenha a última palavra sobre o alcance e os limites de nossos direitos, porém, desde logo, o que me parece conveniente é que tenha a palavra.¹⁴⁷

Portanto, não obstante o tema da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestação material seja controvertido, leia aqui também na possibilidade de determinar o fornecimento de medicamentos, não há dúvidas que o pluralismo social, político e jurídico emanado tanto da Constituição Federal como da legislação infraconstitucional e protocolos administrativos, associado à força normativa que as normas constitucionais possuem, autoriza – para não dizer exige – uma atuação proativa por parte do Poder Judiciário, que,

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135-137.

outorgando maior efetividade aos direitos sociais prestacionais, renderá as devidas homenagens ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3 A CRISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL BASEADA NOS DECISIONISMOS E A NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A “JUDICIALIZAÇÃO” DO DIREITO À SAÚDE

Uma das principais linhas de argumentação contrárias ao fornecimento de medicamentos pela via judicial decorre da análise econômica do direito, estando relacionada como custo dos direitos e o limite fático da reserva do possível, pois a efetivação dos direitos sociais prestacionais estaria na dependência da disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, ademais, deve ter capacidade jurídica para deles dispor. Além disso, por meio da atuação do legislador ordinário há alocação dos recursos públicos, estabelecendo-se as políticas públicas. Assim, não poderia o Judiciário concretizar políticas públicas em matéria de direitos sociais, pois isso representaria uma afronta à separação dos poderes e ao Estado de Direito.

A partir dessa análise, para se levar a sério os direitos fundamentais é necessário ter em consideração os seus custos. Assim, partindo de noções básicas da economia, constata-se que “os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas”¹⁴⁸. Por essa razão, diante da escassez de bens, é inevitável o surgimento de conflitos de interesses individuais, devendo-se valer da ponderação entre princípios para se determinar a solução, porquanto a *“alocação de recursos em uma sociedade está sempre associada a um sistema de atribuição de direitos”*, de modo que alguns direitos serão atendidos e outros não, envolvendo escolhas trágicas.¹⁴⁹

Assim, inspirado nas ideias centrais do “custo dos direitos” desenvolvidas por Cass Sustein e Stephen Holmes¹⁵⁰ sobre a relação entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social, pretende-se demonstrar

¹⁴⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 155.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 158-159.

¹⁵⁰ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 219-222. Nesta obra, os autores americanos apontam que *“apparently nonwelfare rights are welfare rights too”*, ou seja, que os direitos negativos ou de não intervenção estatal são também direitos positivos (como o subsídio estatal para a educação ou construção de moradia) e, por essa razão *“all legal rights are, or aspire to be, welfare rights”*.

que todos os direitos fundamentais são positivos e demandam algum tipo de prestação pública, implicando conseqüentemente em custos¹⁵¹.

Aferir os custos dos direitos permite dar maior qualidade as escolhas públicas trágicas, isto é, permite escolher como e onde se deve gastar os insuficientes recursos públicos, devendo essa escolha espelhar os valores e anseios da sociedade¹⁵².

Para tanto, propõe-se uma revisão do conceito de direito subjetivo para incluir os custos dos direitos, com vista a aproximar o mundo jurídico e as decisões judiciais do mundo real. Desse modo, a partir de uma visão pragmática dos direitos fundamentais (considerações ética e suas respectivas implicações práticas), a análise do custo dos direitos permitiria aprimorar a adequação das normas jurídicas à realidade e aos valores, de modo a funcionarem como condicionantes reais dos direitos fundamentais. Assim a justiciabilidade dos direitos fundamentais se tornará dependente da aferição das reais possibilidades orçamentárias, de maneira que os benefícios justifiquem os custos.¹⁵³

Denota-se nesse posicionamento que o custo dos direitos está inscrito dentro do próprio conceito de direito fundamental, motivo pelo qual só se reconhece a possibilidade de judicialização dos direitos sociais; ou a sua condição de direitos subjetivos, quando aferida a real possibilidade econômica do Estado em torná-los efetivos.¹⁵⁴

Denota-se do fato dos recursos públicos não serem infinitos, uma maior preocupação para que não haja desvirtuamento no fornecimento dos medicamentos, já que o Poder Público muitas vezes acaba deixando de investir de forma coletiva e de assistir os mais necessitados para arcar com as demandas individuais, muitas vezes desnecessárias e imorais. Assim, ao promover uma distribuição indiscriminada e gratuita de bens na área de saúde,

¹⁵¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 198-202.

¹⁵² Ibidem, p. 205.

¹⁵³ Ibidem, p. 340-342.

¹⁵⁴ Veja-se como expõe o autor: "A existência de um determinado direito fundamental, contudo, depende também e principalmente da verificação, dentre muitas outras condicionantes fáticas e jurídicas, das possibilidades financeiras para realizá-lo em um determinado momento e da justificação em termos de custo-benefício". GALDINO, op. cit., p. 343.

acaba por concentrá-los, desnaturando as suas características, como o acesso igualitário e universal.¹⁵⁵

Argumentam que deve ser analisada a condição individual de cada interessado no medicamento, de modo que as políticas sociais e econômicas visem ao acesso universal e igualitário, pois “a responsabilidade do Estado não é imediata, cabendo ao interessado esgotar as demais possibilidades antes de se voltar contra o Estado”¹⁵⁶.

Implícitas neste discurso encontram-se também a ideia de limitação ao recurso à via judicial e a existência de um “princípio da realidade”, que exigem a comprovação da hipossuficiência material do interessado para se acolher a pretensão individual, uma vez que as demandas por prestações de saúde pelo Poder Público envolvem altos custos e estes estão condicionados à “reserva do possível”¹⁵⁷.

De outro ponto de vista da aplicação da reserva do possível à questão da efetivação judicial do direito à saúde, partindo da concepção de que, apesar de consagrados na Carta Política, os direitos fundamentais não são autoaplicáveis e autossatisfativos, mas dependentes dos administradores públicos¹⁵⁸, que irão conciliar finalidade e necessidade, observando as suas obrigações mínimas e essenciais para com o cidadão. É que, muitas vezes o Estado precisa primeiro zelar pela ordem econômica, para depois custear a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais mínimos para o desenvolvimento digno do indivíduo¹⁵⁹. Assim, a efetivação dos direitos sociais, mesmo que em níveis mínimos, está subordinada e vinculada à realidade orçamentária do país e dependente de regulamentação concreta do legislador, portanto, limitada “a critérios materiais objetivos, que se perfazem em limites fáticos do possível”¹⁶⁰.

Por essa razão, entende-se que “ao Estado cabe se valer de todos os meios possíveis para adequar sua possibilidade as necessidades essenciais dos

¹⁵⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 17.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 17.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 19.

¹⁵⁸ PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 160.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 161.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 163.

cidadãos, considerando a razoabilidade da pretensão individual ou social e a disponibilidade financeira de efetivar a prestação. Uma vez desatendido um destes aspectos, o Poder Público pode invocar o princípio da ‘reserva do possível’, para se eximir do seu dever constitucional”¹⁶¹.

Nessa linha, como o Estado deve equacionar a necessidade dos cidadãos, os interesses sociais e a disponibilidade dos recursos públicos, uma vez demonstrada a insuficiência desses, o Estado poderá se eximir do dever constitucional de garantir até mesmo os direitos fundamentais mínimos para uma existência digna, ou seja, não poderá o Judiciário determinar a sua concretização quando o Poder Público demonstrar objetivamente que não tem condições econômicas e financeiras de arcar com os custos.

Todavia, segundo Luciano Benetti Timm, é justamente com base na análise econômica do Direito que melhor se pode trabalhar com essa pretensão individual aos direitos sociais, pois num quadro de escassez de recursos e escolhas trágicas, ela permite uma racionalização no uso dos recursos públicos na satisfação dos deveres jurídicos prestacionais em favor da coletividade. Aponta-se então “para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático (e não como regra)”¹⁶².

Para não colocar em risco a própria democracia, é preciso um novo olhar sobre a questão da efetivação dos direitos sociais, destacando-se a necessidade de análise de questões de macrojustiça ao se examinarem demandas sociais. Portanto, não se têm dúvidas que as decisões concessivas de prestações positivas, além de onerarem o Estado, geram consequências para além das demandas individuais¹⁶³.

¹⁶¹ PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 163.

¹⁶² TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66.

¹⁶³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 127.

Assim, para que a efetivação dos direitos sociais não seja reduzida a discurso retórico inconsequente, não ser adequado analisar o caso concreto isolado, mas um contexto maior que compreenda o exame amplo das repercussões das decisões; pois a concessão da garantia de um direito social para um implica na negação de outros direitos sociais igualmente relevantes para outros que não fazem parte daquele processo¹⁶⁴.

Dessa forma, ao se constatar que os direitos econômicos e sociais estão sob a reserva do possível ou dependem da soberania orçamentária do legislador, isto é, das leis orçamentárias que instituem as políticas públicas a serem executadas pelo administrador, constata-se que “a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos”¹⁶⁵.

Por outro lado, destacam-se também os argumentos relacionados com os riscos decorrentes da judicialização do direito à saúde para a separação dos poderes e para o Estado de Direito e o problema de se reconhecer o Poder Judiciário como um poder político, pois a Constituição de 88 adotou o pensamento jurídico-político do liberalismo, o qual pressupõe a separação dos poderes, consagra os direitos de defesa e submete o governo às leis¹⁶⁶. Dessa maneira, não podem os Poderes Executivo e Judiciário inovar no ordenamento jurídico, sendo essa função exclusiva do Legislativo¹⁶⁷.

Por esse motivo, defende-se a corrente procedimentalista da interpretação constitucional como decorrência do princípio democrático, argumentando que

a atividade jurisdicional deve se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição ou, pelo menos, nela claramente implícitos, sendo limitada, pois no seu labor interpretativo, pela textura semântica e pela vontade do legislador¹⁶⁸.

Nessa visão procedimentalista há, também, uma valorização da distinção entre a legitimidade atribuída ao legislativo e aquela atribuída ao judiciário, pois

¹⁶⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 129-132.

¹⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 81.

¹⁶⁶ BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 28.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 30.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 31.

aquele poder possui legitimidade conferida pelo povo, através do sufrágio, razão pela qual não se pode falar em supremacia do judiciário, que representaria uma afronta ao princípio democrático e à vontade popular.¹⁶⁹

Esse problema da separação dos poderes pode ser analisado em três perspectivas:¹⁷⁰ a da transformação do Estado de Direito liberal em um Estado intervencionista e do bem-estar social, no específico da função da justiça, a de equiparação da orientação por princípios com a comparação entre bens e a do papel do tribunal constitucional norte-americano em proteger o procedimento democrático da legislação.

Sendo assim, conclui o jurista que a Constituição não pode ser mais entendida como uma ordem que regula a relação entre o Estado e os cidadãos, como ocorria no Estado Liberal, mas também ela não pode ser vista como uma ordem jurídica global que impõe uma forma de vida à sociedade. Agora, na perspectiva do Estado Democrático de Direito,

a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa mais corretas por serem equitativas)¹⁷¹.

O legislador, ao estabelecer suas políticas, interpreta e estrutura os direitos, ao passo que o judiciário só pode trabalhar com as razões que lhes são dadas na lei, para chegar a decisões coerentes com o caso concreto.

Assim, a judicialização das questões envolvendo a implementação dos direitos sociais apenas pode ser decidida nos limites estabelecidos pelas normas jurídicas para se afastar do voluntarismo, não podendo o Poder Judiciário inovar

¹⁶⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 01.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 298-299.

¹⁷¹ Ibidem, p. 326.

ou sequer substituir uma decisão política legislativa ou administrativa, que representa a vontade democrática da maioria¹⁷².

Defender a necessidade de adoção da Constituição brasileira como uma constituição dirigente é a saída apontada por Lênio Luiz Streck para se evitar os decisionismos e as arbitrariedades interpretativas, uma vez que o Poder Judiciário não pode substituir os demais poderes e realizar as políticas públicas, além de não se poder defender uma judicialização da política. É que dentro do fenômeno do neoconstitucionalismo se verifica um novo paradigma da Constituição brasileira, a sua supremacia e força vinculante, que condicionam o legislativo e o judiciário, as ações dos agentes públicos e as relações sociais, superando-se uma visão meramente positivista do direito. Nessa perspectiva, tem-se

de um lado, as promessas da modernidade (não cumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da não efetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos Tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação¹⁷³.

Assim, imperioso haver um controle rígido dos atos da jurisdição, que, mais do que um controle político, deve ser um controle hermenêutico, pois “o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória e dirigente – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas”¹⁷⁴.

Reafirma-se a carência de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais, pois existem situações em que não se têm como precisar, em

¹⁷² É nesse sentido que advoga Ricardo Lobo Torres, pois a judicialização das políticas públicas em matéria de direitos sociais levanta a questão da ofensa ao princípio da separação dos poderes, devendo-se manter a tradição orçamentária de excluir da apreciação judicial as escolhas políticas feitas pelo Executivo e Legislativo nessa matéria, já que os direitos sociais estão sujeitos à reserva de políticas públicas e às verbas orçamentárias. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo...* op. cit., p. 328). Ernest-Wolfgang Böckenförde também aponta que os direitos sociais exigem a adoção de medidas legislativas e administrativas para concretizar o acesso a bens materiais, logo não são realizáveis imediatamente ao nível constitucional, pois os meios de realizações podem ser muitos e além disso os meios financeiros devem observar as prioridades e as políticas orçamentárias. Assim, primeiro compete ao legislador legitimado democraticamente e, depois ao administrador, fixar os meios para a consecução do enunciado constitucional. (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op. cit., p. 76 e seq.).

¹⁷³ STRECK, Lênio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 179.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 194.

nível constitucional, o conteúdo e o alcance da prestação que constitui o seu objeto, além de situações em que a própria norma constitucional atribui ao legislador ordinário a função de concretizar o direito fundamental ou estabelecer as políticas públicas¹⁷⁵.

Nessa perspectiva, os poderes públicos gozam de extrema liberdade de conformação das políticas públicas que visam concretizar da melhor maneira os direitos sociais, de maneira que o Judiciário não poderá se manifestar acerca da correção dessas escolhas, podendo apenas se valer de argumentos jurídicos para analisar se as políticas públicas adotadas efetivam os direitos com uma máxima eficiência ou não e, a partir daí, estabelecer metas a razoável prazo para os demais poderes. Verifica-se aí a uma importante diferenciação entre criar políticas públicas e realizar o controle de sua execução.

Eduardo Appio destaca a necessidade de se distinguir entre a criação/formulação das políticas públicas e a sua execução, de maneira que

a formulação de políticas públicas, muito embora transite pelo Poder Judiciário através de processos de ampliação do debate constitucional [...] não pode partir do próprio judiciário ou mesmo de instituições estatais que estabeleçam uma mediação entre a sociedade e o poder político¹⁷⁶.

Evidenciando-se sua aversão à possibilidade de o Judiciário criar políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que os argumentos jurídicos não podem ser aceitos para justificar opções políticas e se o pudessem estariam rompidos os ideais democráticos.

Assim, também não se admite a tutela individual dos direitos sociais, por serem eles direitos coletivos, pois, caso contrário, estar-se-ia rumando para um estado utilitarista, o que não se coaduna com a visão de Estado como um espaço público onde todos os cidadãos devem receber o mesmo tratamento já por essa sua condição¹⁷⁷. Por essa razão o Judiciário, ao atuar no controle/execução das políticas públicas (e não na sua criação), assume uma função política de controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, tanto no âmbito normativo quanto no administrativo, ampliando-se o debate democrático sobre as decisões que afetam os cidadãos. Assim agindo, por meio

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 328.

¹⁷⁶ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 56.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 57.

das ações coletivas ou pelo controle de constitucionalidade das leis já editadas, o Judiciário retira a discricionariedade plena dos demais poderes¹⁷⁸.

Cumprir observar que defender essa possibilidade é totalmente diferente de aceitar a governabilidade do Judiciário, pois - repisa-se - o Judiciário não detém a atribuição de eleger entre as políticas públicas a que achar mais adequada, ou seja, não possui legitimidade política, apenas pode controlar a execução das políticas públicas preconizadas pela Constituição Federal ou estabelecidas em lei¹⁷⁹. Nessa perspectiva, o Judiciário jamais poderá formular as políticas públicas, apenas poderá controlar a execução de tais planos dos demais poderes, nos limites das políticas públicas estabelecidas na própria Constituição ou na legislação, restringindo-se ao conteúdo e ao momento da implementação.

Ademais, é pela possibilidade de o Judiciário cumprir a função constitucional de revisar os atos administrativos que se admite seu controle sobre a execução das políticas públicas, já que essa execução ocorre por meio da implementação de programas sociais e econômicos, implicando em ônus para os particulares ou benefícios apenas para uma parcela dos cidadãos, em vista da escassez dos recursos públicos. Assim, para fazer o controle da execução, ou seja, o controle dos atos administrativos praticados, o Judiciário terá de decidir por limitar as obrigações criadas ou estender os benefícios a todos os cidadãos necessitados, podendo-se inclusive admitir a tutela individual dos direitos ante a ação ou omissão do Estado, pois aqui o juiz não estará formulando políticas públicas, apenas estará controlando a discricionariedade do ato administrativo¹⁸⁰. Destaca-se, porém, que a regra é que os direitos fundamentais só poderão ser exercidos pela via coletiva, pelo fato de o programa governamental deve atender todos os cidadãos de forma universal e gratuita.

Ainda, a questão do controle judicial da forma pela qual os governos distribuirão os bens sociais fundamentais remete à discussão sobre a democracia, pois aceitando a sua formulação pelos juízes - que não são eleitos, portanto não possuem representatividade e legitimidade - estar-se-ia limitando a vontade dos representantes eleitos da população. No Brasil, porém, a

¹⁷⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 66.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 70.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 110.

democracia depende tanto dos instrumentos da democracia procedimental quanto de uma democracia substancial, conjugando-se legitimidade e efetividade das políticas públicas¹⁸¹.

Enfim, como argumento contrário à substituição do legislador e do administrador público pelo juiz, no que tange à formulação das políticas públicas, aponta-se a ausência de legitimidade política, pois o Legislativo e o Executivo são poderes eleitos mediante sufrágio universal, para escolher as políticas sociais e econômicas a serem implementadas em favor da sociedade, ao passo que o Judiciário não possui condições técnicas para averiguar as reais prioridades sociais. Além disso, a atividade-fim do Judiciário é a revisão dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, e não sua substituição, logo a discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda, caso houvesse essa substituição, ela acarretaria um desgaste do Judiciário, enquanto poder político, pois teria de suportar todas as críticas decorrentes de suas escolhas eventualmente indevidas, as quais estariam fora do controle de quaisquer outros poderes. Finalmente, a governabilidade judicial autorizaria um maior controle político do Judiciário, tornando-se possível a interferência direta nas funções judiciais¹⁸².

Quanto à possibilidade de controle na execução das políticas públicas pelo Judiciário como forma de controle dos atos administrativos, é assente a sua viabilidade; mas como essa revisão às vezes atinge o princípio democrático, deve ser aceita com uma limitação, sendo necessário estar baseada nos seguintes pressupostos:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia¹⁸³.

Transportando-se essa questão da implementação, pelo Estado, das políticas públicas para o caso específico do direito à saúde, o que se observa é um aparente conflito entre o direito à vida de um cidadão que busca a prestação estatal pra sobreviver e o direito à vida dos demais cidadãos, que também

¹⁸¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.

¹⁸² *Ibidem*, p. 151-152.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 168.

dependem do orçamento público, de modo que as decisões sobre as prioridades deverão ser essencialmente políticas e morais e não judiciais, pois não se trata, no caso, de direitos individuais, mas de direitos que devem ser protegidos na esfera coletiva e por meio da atividade do administrador¹⁸⁴.

É por essa razão que o autor afasta mais uma vez a possibilidade da tutela individual do direito social à saúde até mesmo nos casos mais graves e emergenciais, ou seja, não considera viável a implementação judicial de políticas públicas que visem concretizar a disposição constitucional sobre a saúde com base no direito à vida e no seu reconhecimento como direito público subjetivo, pois se trata, na realidade, um dever genérico do Estado para com os cidadãos, sempre condicionado ao orçamento.

Em vista do que foi exposto quanto ao direito à saúde, sua fundamentação no direito à vida e a implementação de políticas visando à sua concretização, conclui-se que a proteção do direito à vida não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. Esses terão de optar pelos mecanismos que melhor atendam as necessidades da população, buscando ampliar, de forma gradativa, o direito que se pretende universal. Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada ao caso concreto, implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos porque os custos dos direitos sociais são suportados pelo orçamento já aprovado no Congresso¹⁸⁵.

Por fim, como identificado por Ingo Wolfgang Sarlet há os que sustentam que a garantia dos direitos sociais pela via judicial provocaria uma desintegração da ordem constitucional, pois dizer que, *a priori*, qualquer interesse individual pode estar contido na norma constitucional geraria expectativa facilmente frustrável, utópica, além do que, poderia ocorrer que tais direitos não

¹⁸⁴ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 184.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 187.

cumprissem a sua função de assegurar as condições materiais para a fruição dos direitos de liberdade¹⁸⁶.

3.2 PROBLEMÁTICA INSTALADA ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: O PERIGO DE DECISIONISMOS POR PARTE DE JUÍZES E TRIBUNAIS

Após explanar no capítulo anterior toda a evolução dos direitos sociais, desde sua inclusão nas constituições alienígenas, bem como a evolução legislativa em *terrae brasilis*, com a sua inclusão na Constituição Federal vigente, e as normas infraconstitucionais ligadas à saúde, em especial ao fornecimento de medicamentos, também foi abordado sobre a sua baixa efetividade, que levaram à sociedade buscar no Poder Judiciário a tutela dos direitos garantidos no texto constitucional, através da determinação ao Poder Público para o fornecimento de medicamentos. Adotou-se o posicionamento que o Poder Judiciário, na atual sistemática, detém legitimidade para intervir em outros poderes para efetivar os direitos previstos.

Traz-se também os principais argumentos que rechaçam a judicialização do direito à saúde, sendo agora necessário explanar as consequências geradas pelas decisões judiciais, a fim de atestar a sua viabilidade.

No Estado Democrático de Direito, ocorreu um deslocamento do centro de decisões do legislativo e do Executivo para o Judiciário. Dito de outro modo, as inércias do Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo passam a ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Assim, se inevitável que alguém tenha que decidir e se é inevitável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais) principalmente e com isso aumenta o espaço de poder da justiça, parece evidente que isso não pode vir a comprometer a democracia¹⁸⁷.

Ocorre que o nível de tensão gerado nessas demandas que buscam medicamentos crescem vertiginosamente a cada ano e a consequência dessas

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 329.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

determinações não são benéficas para a efetivação do direito, mostrando muitas vezes não ser a melhor solução para o caso.

Em muitas situações envolvendo o fornecimento de medicamentos, sem dúvida, deve o Judiciário intervir, contudo, tal constatação não torna a intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente agressiva na deliberação dos outros poderes.

O tópico que se inicia está voltado para a problemática do fornecimento de medicamentos via judicial, devido ao relevante número de ações judiciais sobre o assunto, já processadas em nível ordinário e extraordinário de jurisdição que, não obstante as soluções comumente alcançadas vêm suscitando a discussão da respectiva eficiência como instrumento de efetivação do direito fundamental à saúde.

Notou-se um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processuais postos pela lei à disposição da sociedade. Esse desvirtuamento muitas vezes decorre da falta de informação dos operadores do direito, no que diz respeito às políticas públicas de saúde e aos aspectos técnicos que envolvem a prescrição medicamentosa, outras vezes decorre da má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica. O antigo secretário da saúde do Estado de São Paulo 2007, Dr. Luiz Roberto Barradas Barata, revelou a preocupação com esse desvirtuamento:

Nos últimos anos, o avanço da indústria farmacêutica tem sido notório. Entretanto, muitos produtos recém-lançados possuem, em maior ou menor grau, eficácia similar à de remédios já conhecidos, disponíveis no mercado e inclusos na lista de distribuição da rede pública de saúde. No entanto, os novos remédios custam muito mais que os atualmente padronizados pelo SUS. Outros produtos, comercializados fora do Brasil ou ainda em fase de testes, não possuem registro no país e não devem ser distribuídos pelo SUS, pois podem pôr em risco a saúde de quem os consumir. São justamente esses medicamentos que o Estado mais vem sendo obrigado a fornecer por pedidos na Justiça. É importante ressaltar que a entrega de medicamentos por decisão da Justiça compromete a dispensação gratuita regular, já que os governos precisam remanejar recursos vultosos para atender situações isoladas.

Em São Paulo, a Secretaria da Saúde gasta cerca de R\$ 300 milhões por ano para cumprir ações judiciais para distribuição de remédios não padronizados de eficácia e necessidade duvidosas. Com esse valor é possível construir seis hospitais de médio porte por ano, com 200 leitos cada. Além de medicamentos, o Estado vê-se obrigado a entregar produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado, remédio para disfunção erétil, mel e xampu, dentre outros itens. Em 2004, por exemplo, chegou a ter de custear, por força de decisão judicial, a feira semanal para morador da capital.¹⁸⁸

E a jurisprudência brasileira tem asseverado a existência de um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde, notadamente quanto ao fornecimento de medicamentos pelo SUS. Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (Art. 196)”.¹⁸⁹

Nesta banda, milhares de ações que abarrotam o Judiciário deram origem à convocação pelo Poder Judiciário, da Audiência Pública nº 04, conhecida como audiência da saúde.

Naquela oportunidade, o agora ministro Dias Toffoli – que quando da Audiência Pública da Saúde promovida pelo STF o mesmo ainda ocupava o cargo de Advogado-Geral da União – a atuação do Poder Judiciário têm repercussão direta sobre a disposição dos recursos públicos, o que acaba por atingir toda a população que faz uso do SUS:

Muitos magistrados vêm fazendo uma análise voltada para o dramático caso concreto, optando pelo reconhecimento do direito individual à vida e distanciando-se das necessidades e dos anseios da coletividade, até mesmo em razão do apelo emocional intrínseco aos pedidos judiciais que têm por objeto o direito à saúde. [...] O direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico. [...] Se nós formos conjugar todos os dispositivos que a Constituição traz sobre o tema, poderíamos sintetizá-los na seguinte sentença: o direito à saúde será garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que visem, além da preservação, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (artigo 196), as quais serão regulamentadas pelo Poder Público – a Constituição atribui, já no artigo 197, a regulamentação ao Poder Público – e constituição um sistema único, organizado de acordo com diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade (artigo 198, incisos I a III).¹⁹⁰

¹⁸⁸ BARRADAS, Luiz Roberto. **É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?**. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹⁸⁹ Recurso Extraordinário 271.286/RS, STF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 210, de 22/11/2000, p. 3.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. p. 45-49.

Ingo Wolfgang Sarlet – defensor da judicialização e que também teve uma destacada participação na Audiência Pública promovida pelo STF – ressaltou a necessidade da melhor efetividade do direito à saúde no país, lembrando que “a maior parte de hipóteses que dizem respeito a direito de ação no Brasil se trata de negação dos serviços já disponibilizados, já previstos em lei, já previstos nos protocolos do sistema de saúde.”¹⁹¹

Esse foi um dos destaques dado por Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios na Audiência Pública da Saúde, tendo ele apontado as duas facetas dessa realidade:

[...] a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental, e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela. [...] Portanto, onde não haja um mínimo de atuação razoável, acho que a judicialização é possível e desejável não apenas para atender à postulação individual, mas para contribuir para a criação de alguma política pública.¹⁹²

Concluiu Barroso enfatizando, como que a defender a judicialização da saúde: “O que o Poder Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria”.

Para Ana Paula de Barcellos, um dos problemas que surgem com a judicialização da saúde está no fato de se criar uma cultura em que o Estado, por seus gestores, passa a se omitir na realização de políticas públicas adequadas, eximindo-se

da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

À época, o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, ao tratar da efetivação judicial do direito à saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos, asseverou:

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. p. 74-81.

¹⁹² *Ibidem*, p. 247-252.

Acho que a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízos à vida das pessoas. Lidar com todos esses conflitos e tentar pôr limites é interpretado por muitos como insensibilidade com os que sofrem e necessitam do sistema, ou como prova de omissão. Esta é uma interpretação errônea dos fatos.

Nesse sentido, Lenio Streck menciona que o Poder Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de *welfare state*, mas não se pode apostar em uma “república de juízes”.¹⁹³

Os juízes argumentam que por inúmeras oportunidades os casos colocados para julgamento trazem pessoas entre o dilema vida e morte, dependentes do pronunciamento judicial, considerando a inércia e/ou negativa estatal no fornecimento do respectivo medicamento. Porém, convém lembrar e é uma problemática nítida, que os juízes não têm condição técnica de avaliar se um medicamento solicitado é o melhor para o caso em análise, ou se a sua eficácia foi comprovada, nem se é capaz de provocar danos irreversíveis ao doente, além de rombos orçamentários. A expressão “*cada cabeça uma sentença*” se aplica perfeitamente ao caso dos pedidos de medicamentos.

Têmis Limberger ao falar dos julgamentos envolvendo tais questões menciona:

*Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do cotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, tem de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar, causas complexas que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos esses elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará conseqüências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.*¹⁹⁴

O Judiciário, diferentemente do Executivo e Legislativo, só se manifesta mediante provocação dos interessados (“inércia institucional”), e interessados do

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

¹⁹⁴ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 224.

ponto de vista de relações individualizadas. Igualmente, no caso de ações individuais envolvendo medicamentos, suas ações se aplicam apenas aos casos que se encontram sob sua apreciação. Além do mais, tratando-se de bem comum, a iniciativa de alguns pode significar, indiretamente, o prejuízo de outros. Em um exemplo hipotético, considera-se o medicamento “A”, novidade terapêutica de eficácia ainda duvidosa, porém protegido por patente e, portanto, muito caro, e os medicamentos “B”, “C”, “D” [...], utilizados para a mesma indicação clínica e fornecidos regularmente pelo SUS, reconhecidamente seguros e eficazes, não protegidos por patente, e, portanto, de menor custo. A iniciativa de um indivíduo provocar o judiciário a fim de exigir do Estado o fornecimento do medicamento “A” pode significar o prejuízo de vários outros, anônimos, usuários do SUS e beneficiários do tratamento com os medicamentos “B”, “C”, “D” [...], que poderão ter o fornecimento interrompido, na medida em que recursos previamente destinados ao fornecimento desses poderão ser realocados para a compra emergencial daquele.

Em especial quanto à dimensão conceitual, o problema da inadequação parece revelar-se, sobretudo, pela dificuldade do Poder Judiciário em agir a partir de uma perspectiva verdadeiramente coletiva, pois é fato que o Judiciário não domina o conhecimento técnico suficiente para instituir políticas de saúde. E muito menos dispõe de métodos para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida, analisando uma questão individual que afeta toda a sociedade. Nesse sentido Ana Paula de Barcellos:

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.¹⁹⁵

O caso específico da distribuição de medicamentos encontra-se em debate na sociedade, tanto que foi objeto de estudos perante a audiência pública

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de Barcellos. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 32, 2006.

nº 04 realizada pelo Supremo Tribunal Federal e vem sendo matérias e objeto de discussões constantes, eis que o número de demandas, assim como os valores gastos pelos Poderes crescem a cada ano.

Utilizando como exemplo o caso da esfera Federal, uma das consequências diretas de um maior ativismo judicial na efetivação do direito à saúde no Brasil pode ser verificada pelo número de ações e os valores gastos. No período 2005-2007 a quantidade de ações, a nível federal, saltou de 387 para 2.979, um crescimento superior a 700%. O seu impacto sobre o orçamento do Ministério da Saúde foi enorme, cujo valor saltou de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 83,2 milhões, em 2009.¹⁹⁶

Quando algum ente público é obrigado a fornecer medicamento via ordem judicial, os gestores do orçamento público da saúde tiram o dinheiro de outro lugar. Com isso, milhares (ou milhões) de cidadãos perdem. A verba destinada à compra de um determinado medicamento em prol de um indivíduo, significa priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo e tem consequências sobre a saúde pública.¹⁹⁷

É inegável que esse aumento de despesas acaba por desorganizar as políticas públicas de saúde, na medida em que recursos destinados ao sistema como um todo passam a ser direcionados para o atendimento de situações individuais, com prejuízo para a universalidade do atendimento e também o aumento de custos “desnecessários”.

O desenfreado número de decisões judiciais, baseados na falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e a constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos. Geram a proliferação de decisões extravagantes ou até mesmo emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo, ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa,

¹⁹⁶ PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento público e o processo de judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

¹⁹⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003. Sintetiza a crítica da seguinte forma: *“Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”*.

associado às terapias alternativas. O casuísmo das decisões judiciais brasileiras estão levando a não realização do previsto na Constituição Federal, impedindo com que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas.

3.3 NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO

Verificaram-se argumentos que rechaçam a judicialização excessiva e também o caos provocado por decisões que determinam o Estado à concessão gratuita de Medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Faz algum tempo que o Poder Judiciário tem examinado pedidos para determinar o Estado (*lato sensu*) a fornecer medicamentos sob a alegação de que a Constituição da República estabeleceu que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado, conforme previsão dos arts. 6º e 196.

Entretanto, como visto anteriormente, não cabe ao órgão jurisdicional a *definição, a criação e a execução irrestrita* de políticas públicas de saúde, podendo, quando muito, em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, determinar tão-somente o cumprimento das medidas já fixadas pela administração em geral e aceitas pela sociedade.

Sob o rótulo do *neoconstitucionalismo* algumas correntes jurídicas têm propugnado a ideia de um Judiciário protagonista e transformador do Estado Constitucional Social de Direito, que deixa de atuar de *forma defensiva*, passando a um *agente criador e implementador das políticas públicas*.¹⁹⁸

Certamente, o Judiciário não pode ser passivo diante das necessidades da sociedade, mas deve, com base na ordem constitucional atual, delimitar o conteúdo e o alcance das normas, adequando tudo aquilo que seja essencial para a sociedade pela via das ponderações dos interesses em jogo.

A lição de Lenio Streck corrobora com a ideia da mudança de posição do Judiciário brasileiro, pois a justiça constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito deve garantir a “força normativa substancial do texto

¹⁹⁸ Sobre o tema: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008; BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, abr. / jun. 2005; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, abr. / jun. 2005.

constitucional”¹⁹⁹. Para ele, “o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade”²⁰⁰, mas deve inserir-se de uma nova forma nas relações entre os Poderes dos Estados, levando-se em consideração que são os valores constitucionais que têm de prevalecer, mesmo sobre os textos legislativos aprovados por maiorias.²⁰¹

O papel do Poder Judiciário, em um Estado Constitucional democrático é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá aos juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e princípios²⁰².

No que toca ao fornecimento de medicamentos, os entes públicos trazem, geralmente, a alegação da possível violação ao *princípio da separação dos poderes* e da *reserva do possível* como elementos impeditivos ao deferimento da pretensão veiculada judicialmente. De outro lado, o autor da ação também afirma que o direito ao remédio decorre do *direito à vida*, da *dignidade da pessoa humana* e do *mínimo existencial*.

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 156.

²⁰⁰ Ibidem, p. 157.

²⁰¹ Conforme as explicações de Lenio Luiz Streck a respeito do reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas. “[...] alteram-se, em primeiro lugar as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua formação, senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que é uma sujeição sobremodo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade; em terceiro, altera-se o papel da ciência jurídica que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função a não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto; crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-las; altera-se, sobremodo, a natureza mesma da democracia”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 181.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

Nada obstante, várias são as facetas que devem ser observadas quando o Judiciário é invocado para o exame de políticas públicas, pois ficou demonstrado que o excesso de judicialização das políticas públicas tem levado a uma não concretização das regras e princípios estampados na Constituição da República, seja porque o juiz não tem conhecimento técnico para escolher a política mais adequada, seja porque há invasão indevida no controle orçamentário ou ainda, e em especial, porque implica em conceder um privilégio ao autor da ação em detrimento da generalidade das pessoas.

Ao discorrer sobre o tema, Luís Roberto Barroso aborda o nó górdio do debate:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.²⁰³

Dessa forma, as políticas públicas e as decisões judiciais concessivas de medicamentos, necessitam um redimensionamento, de nenhuma forma posicionam-se contrários a intervenção do Poder Judiciário, pois é evidente a sua necessidade na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual Estado Constitucional, entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes.

Segundo Hector Soares²⁰⁴, é preciso impor limites constitucionalmente adequados para a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde (fornecimento de medicamentos), principalmente, em se tratando de países periféricos (de modernidade tardia), nos quais os recursos voltados à saúde são cada vez mais escassos. Além da própria tensão entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, há um conflito maior entre um interesse (direito) individual à saúde – em última instância, à vida – e um direito coletivo (da coletividade) à saúde.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

²⁰⁴ SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.²⁰⁵

Ainda na lição de Barroso²⁰⁶, “a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes”, ou seja, onde não tem lei ou qualquer ação por parte do Poder Público “competente” implementando o texto constitucional, DEVE o Judiciário agir. Havendo legislação e atuação dos poder público e não sendo cumprido de forma satisfatória, também pode o Judiciário intervir. Não obstante, na existência de legislação e atuação efetiva do poder público implementando a Constituição e sendo regularmente aplicada, eventual interferência do Poder Judiciário deve ter a marca da autocontenção.

Claudio Pereira de Souza Neto²⁰⁷ ao defender a necessidade de parâmetros, no que tange as críticas relacionadas à escassez de recursos e a reserva do possível, a desorganização administração pública que passa a priorizar o cumprimento de demandas individuais, a falta de conhecimento técnico do judiciário no campo da escolha da política pública mais adequada, a observância de juízos consequenciais nas decisões judiciais e universalidade e igualdade no acesso à justiça; decorrentes dos problemas práticos das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços. Verifica-se que elas não são suficientes por si só para afastar a judicialização dos direitos sociais, apenas demonstram a necessidade de criação de parâmetros/critérios adequados para a atuação judicial. A ampliação do diálogo entre os poderes, formação multidisciplinar dos julgadores que devem socorrer-se de instrumentos

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 522-524.

como perícias, relatórios técnicos, *amicus curiae*, audiências públicas, dentre outros para fundamentar as suas decisões, bem como incentivar a adoção de ações coletivas e o acesso das minorias à assistência judiciária gratuita²⁰⁸.

Têmis Limberger, ao analisar a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, ressalta a importância de a intervenção judicial ser adequada constitucionalmente, com critérios e limites para não cair em casuismo destituído de fundamento legal:

O Poder Judiciário quando efetua esta decisão, não pode cair da casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente, e aí reside a questão. [...], o importante é apontar os critérios de como este vem se implementando, para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco o administrador fique livre dos controles judiciais. Esta sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.²⁰⁹

Assim, na hipótese de alguma política pública esteja ausente ou insuficiente, o Judiciário pode ser um meio de realização dos direitos do cidadão, mas obedecendo a critérios e limites adequados aos preceitos da Constituição, sob pena de cair no subjetivismo judicial, bem como dar atenção aos dispositivos orçamentários.²¹⁰

Na mesma linha Hector Cury Soares²¹¹ adverte que o casuismo das decisões judiciais brasileiras possa levar a não realização do previsto em nosso texto constitucional, impedindo que políticas públicas coletivas definidas pelo Estado sejam implementadas pelo Estado de forma satisfatória. A escassez de recursos faz com que a Administração Pública estabeleça algumas prioridades para a efetivação dos direitos sociais (fornecimento de medicamentos - direito à

²⁰⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 525-534.

²⁰⁹ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.

²¹⁰ Ibidem, p. 570.

²¹¹ SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

saúde – orçamento estatal – escassos recursos), sem esquecer-se das dificuldades do Brasil ser um país periférico:

Exatamente pela sua condição de periférico o Poder Judiciário passa a intervir na realização de políticas públicas, necessitando afirmar a sua legitimidade, pois não a obtém por meio de processo eleitoral. A legitimidade do Poder Judiciário reside exatamente na capacidade de proteger os direitos dos cidadão (sic), resistindo à pressão política exercida pelo governo.

Devido a complexidade do tema, a intervenção judicial não pode ser desmedida, sem a utilização de critérios. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado pelo judiciário, no entanto não pode ser esquecido. Ao desconsiderar o fator econômico, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e, ademais, que não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde.

O Poder Judiciário apresenta-se, então, como a *tábua de salvação* àqueles que tiveram o fornecimento de medicamento negado pelo Poder Executivo. Na decisão fatores emocionais, ou mesmo um pseudo-ativismo judicial fazem com que todo o planejamento voltado à garantia da saúde de uma coletividade seja comprometido em virtude de uma pessoa necessitar o fornecimento de determinado medicamento. Ignora-se totalmente a apresentada complexidade da equação dos gastos públicos e, ademais, o espaço discricionário – necessário – a proposição de políticas públicas de saúde de determinado governo.²¹²

Não se pode negar que o Poder Judiciário sempre será provocado para se manifestar e decidir, quando o legislativo e o executivo agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia do direito social à saúde.²¹³

²¹² SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

²¹³ Maria Tereza Sadek, em 2006, coordenou uma pesquisa com juízes brasileiros, que chegou à seguinte conclusão: *“86,5% dos entrevistados, indagados sobre as motivações das decisões judiciais, considera que as decisões devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais; 78,5% julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais; 36,5% pensam nas consequências econômicas da decisão”*. SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 84. Analisando os números da pesquisa realizada por Maria Tereza Sadek, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto concluiu: *“Estes números demonstram que parcela significativa dos juízes brasileiros já internalizou a preocupação com o embate travado entre a garantia para o exercício dos direitos sociais e a exequibilidade das decisões judiciais, confronto que é, sem dúvida alguma, um dos maiores problemas da atualidade nesta matéria e que está fortemente ligado à questão dos limites da decisão judicial, cuja falta leva, e ainda levará por algum tempo, a excessos”*. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. p. 137-148. In: COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda et al. (orgs.). **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra / São Paulo: RT, 2008. p. 139.

É evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual, entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apresentada, a matéria envolve uma grande complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos. Portanto, observa-se o aumento progressivo (tendência) de demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito. Impõe-se uma modificação na perspectiva de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente decorativa, devendo-se admitir, dentro dos parâmetros definidos, o controle excepcional do orçamento público, além de outros parâmetros para racionalizar a atuação judicial.

3.4 O ESPAÇO ACEITÁVEL DE ATUAÇÃO JUDICIAL - LIMITES E POSSIBILIDADES DA INTERVENÇÃO

Diante do que foi analisado nos capítulos anteriores, restou demonstrado os principais argumentos doutrinários sobre a efetivação do direito à saúde, leia-se, fornecimento de medicamento via judicial, bem como os argumentos utilizados para afastar ou viabilizar o acesso ao Judiciário para a implementação desses Direitos.

Consagrou-se que, diante do novo Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição Federal de 1988, extremamente garantidor dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passa a ser um dos atores participantes

ativamente do debate em torno da efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito social à saúde.²¹⁴

Nesse sentir, verifica-se que o excesso de “ativismo” pode ser prejudicial, na medida em que a sociedade representado pelo cidadão queira exigir do Estado mais do que ele pode fornecer, prejudicando a coletividade em benefício de apenas um indivíduo. O Poder Judiciário também não pode ser omissivo ao ponto de verificada a falta de cumprimento das metas estabelecidas pelas políticas públicas e se recusar a intervir.

Através da própria audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, que contou com a participação de especialistas em matéria de Saúde Pública, os votos dos Ministros na sequência deram a impressão que chegaram a conclusão que a intervenção judicial pode ser útil, desde que ocorra a construção de um critério ou parâmetros para racionalizar ou uniformizar a decisão ou atuação judicial em casos envolvendo o fornecimento de medicamentos, de forma a diminuir ou abrandar os reflexos negativos provocados pela interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Tanto que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o problema da distribuição de medicamentos no julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175²¹⁵. A Corte, através do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, Relator, constatou a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, pois segundo constou do seu voto,

²¹⁴ *Não se pretende, portanto, defender a afastabilidade do Poder Judiciário quando o assunto é saúde pública, uma vez que a participação atuante e efetiva do Judiciário é imprescindível em um Estado Democrático de Direito, ao contrário, busca-se contribuir para a compreensão de todos os atores (Judiciário, Ministério Público, Advogados, Gestores Públicos e Advogados Públicos) no que se refere à Política de Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas, independente do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do art. 196 da Constituição, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.* ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. **Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7854-reducao-da-judicializacao-e-efetivacao-das-politicas-publicas-sob-o-enfoque-do-planejamento-e-gestao-sistemicos>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas²¹⁶

e nesse entendimento do referido Ministro, “o que ocorre, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”²¹⁷.

Nesse caminho, entendendo que o problema não seria da interferência judicial, estabeleceram critérios e parâmetros para a decisão judicial em casos envolvendo o fornecimento de medicamentos.²¹⁸

Dessa forma, serão objeto de estudo alguns parâmetros fixados na decisão do Supremo Tribunal Federal supracitada, assim como debatidos na doutrina, que opinaram por uma melhor forma de racionalizar a atuação judicial quanto ao fornecimento de medicamentos; além dos foros adequados para discussão, quanto às ações individuais ou coletivas e a controvertida questão da solidariedade dos entes federativos.

3.4.1 Dos Parâmetros e Critérios Apontados pelo Supremo Tribunal Federal para uma Atuação Judicial “Aceitável” à Luz da STA - 175

Inicialmente, destaca-se que será utilizado neste tópico o voto proferido na Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 do Supremo Tribunal Federal, na qual foram utilizados os dados obtidos na Audiência Pública para orientar o voto condutor da decisão.

Segundo os parâmetros fixados, o primeiro dado a ser considerado é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde (medicamento) pleiteado pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ressalta-se que muitos dos parâmetros fixados no julgamento descrito do Supremo Tribunal Federal já vinham sendo debatidos na doutrina, para tanto cita-se o artigo de Luiz Roberto Barroso sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

(SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Mas caso o medicamento pleiteado não esteja entre as políticas públicas do SUS, entendeu o STF ser imprescindível distinguir se a prestação não decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa para não fornecê-lo; (3) de uma vedação legal a sua dispensação²¹⁹.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado no fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Não obstante, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.²²⁰

Por isso, entendeu que o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do medicamento, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar a sua incorporação.²²¹

O segundo requisito apontado na decisão do Supremo Tribunal Federal é a existência de motivação idônea pelo Poder Público para o não fornecimento de determinado medicamento pelo SUS²²², pois inúmeros são os casos de ações pleiteando medicamentos que o Sistema Único de Saúde decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar a sua inclusão.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²²⁰ A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que *“nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”*. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

²²¹ Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

Nessa hipótese, identificam-se a decisão de duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para aquela patologia.

Como regra, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente²²³.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário ou da própria Administração decidir que “medicamento” diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecido à determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de medicamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os medicamentos puramente experimentais dos novos medicamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os medicamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.²²⁴

Quanto aos novos medicamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. O Ministro Gilmar Mendes frisou que especialistas ouvidos na Audiência Pública realizada perante o Supremo Tribunal Federal, o conhecimento médico não é estanque,

²²³ Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.²²⁵

Ainda segundo o voto, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Aponta o julgado, que nesses casos, havendo a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas²²⁶. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas.

Por fim, O Ministro Gilmar Mendes assevera:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.²²⁷

Tudo a demonstrar, pois, que no âmbito das prestações de saúde, o Judiciário não apenas pode como deve intervir na execução das políticas públicas “formuladas”, exercendo seu papel constitucional de controlador dos demais poderes e contribuindo assim, para a implementação de um verdadeiro Estado Social de Direito, desde que, dentro de critérios razoáveis que não se pautem pelo casuísmo, mas dentro de uma perspectiva de cumprimento do texto constitucional.

3.4.2 O Fornecimento de Medicamentos Através de Ações Individuais: Alguns Limites Necessários

O crescente número de ações judiciais “individuais” propostas por usuários do Sistema Único de Saúde para garantir o fornecimento de

²²⁵ Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

²²⁷ Ibidem.

medicamentos têm sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos. O volume de ações judiciais desse tipo vem crescendo vertiginosamente, conforme explanado em capítulos anteriores.

Nesse aspecto surge a questão a ser enfrentada se as ações individuais são uteis para implementação das políticas públicas de saúde, envolvendo o fornecimento de medicamentos ou se meramente indicam o nível de tensão entre os poderes.

Sob o ponto de vista dos gestores de saúde, as referidas ações significam um problema principalmente em razão dos gastos que a compra desses medicamentos representam. Nesse sentido, já em 2005, o então Ministro da Saúde estimou que as compras de medicamentos para atender às decisões federais consumiam algo em torno de R\$ 4 bilhões em todo o país. A atuação do Poder Judiciário nesses casos acaba interferindo na política de saúde planejada pelo Poder Executivo, pois, escolhas originalmente políticas e de competência dos gestores de saúde acabam sendo tomadas na esfera judicial, que passou a ser um novo caminho para a dispensação de medicamentos²²⁸.

Ocorre que a carta constitucional brasileira defere o livre acesso à justiça no art. 5º, inciso XXXV, que pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sendo caminho para a propositura desvairada de todo tipo de reivindicação, entre eles os medicamentos não previstos como essenciais e nem constantes nas listas definidas pelo Poder Público. Portanto, inexistente óbice legal para o impedimento que essas ações sejam propostas.

Luís Roberto Barroso, fixa como primeiro parâmetro para as ações individuais para a atuação do Poder Judiciário, é que elas sirvam apenas para efetivar as opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos do SUS, pois se presume que Legislativo e Executivo, ao elencarem os medicamentos a serem fornecidos, avaliaram as necessidades prioritárias a serem supridas, os recursos disponíveis e também os aspectos

²²⁸ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Rev. Direito Sanit.** [online], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n1/02.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

técnicos-médicos envolvidos na eficácia e emprego de tal droga.²²⁹

Adotando idêntica posição Têmis Limberger complementa:

Este pressuposto, é corolário de um argumento democrático. Os recursos obtidos para o fornecimento de medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Desta forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isto é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país, não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo. [...] Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do executivo.²³⁰

Importante a crítica às ações individuais propostas para obtenção de medicamentos, realizada por Hector Cury Soares:

Porém, no tocante ao fornecimento de medicamentos a equação é mais complexa, pois, como dito, os recursos para a saúde são escassos e se nota um expressivo crescimento de demandas individuais pedindo o fornecimento de medicamentos.

Para se ter uma idéia, nos últimos três anos, o gasto com fornecimento de medicamentos com base em demandas individuais cresceu 123%, o que representa um expressivo aumento no gasto da saúde com medicamentos. Não se quer de forma alguma tolher o acesso a medicamentos, pela via judicial, contudo, a Administração Pública na elaboração da lista de medicamentos para fornecimento gratuito, a faz de forma motivada. Isso significa dizer, que a lista não é feita ao acaso, mas considerando as necessidades básicas (e excepcionais) dos brasileiros, em todo o território. Ao deferir a demanda individual, o Poder Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Executivo, não sabe se aquele medicamento (ou tratamento) é realmente efetivo para aquele paciente ou se vai surtir o resultado esperado²³¹.

²²⁹ Parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista. Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto. O ideal, a rigor, seria o magistrado oficial ao Ministério Público para que avalie a conveniência do ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que, naquele caso específico, e em caráter excepcional, decida deferir a entrega do medicamento para evitar a morte iminente do autor. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

²³⁰ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64-65.

²³¹ SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

Dentro dessa linha defendida, entendeu a ex-ministra Ellen Gracie na decisão do SS 3073/RN²³², que considerou inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter excepcional do Ministério da Saúde. A então Ministra enfatizou que o Estado do RN, não estava se negando à prestação dos serviços à saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo as políticas de saúde ainda principiantes²³³.

Ressalta-se que o caráter de importância das ações individuais apenas pode ser apontado quando se tornam mecanismos de pressão para a

²³² STF, DJU 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. “Comunique-se, com urgência”.

²³³ O Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos. (STJ, DJU 2 fev, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves).

implementação das políticas públicas²³⁴, o que se vislumbrou apenas nos casos dos portadores de vírus HIV, em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é referência para o mundo.²³⁵

Assim, nos casos de demanda individual, notória a agonia do cidadão que necessita do remédio, da família que passa por situações complicadas e do magistrado que se encontra na encruzilhada entre a vida e a morte do jurisdicionado, mas, além disso, o embate que se trava é entre as deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Desse modo, a concessão de medicamentos não pode e não deve se pautar por uma abordagem exclusivamente individual, mas pela busca de uma gestão eficiente, considerando os recursos públicos, sempre escassos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas.²³⁶

Mas, já que o Judiciário não poderá deixar de julgar, deverá aparelhar-se para melhor decidir conflitos dessa natureza. Na verdade, para superar os obstáculos a ele impostos, como visto acima, deverá esse Poder buscar critérios

²³⁴ Neste sentido Têmis Limberger: *“As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena, de se constituírem, casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração”*. LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 221.

²³⁵ 1991: O Ministério da Saúde dá início à distribuição gratuita de antirretrovirais. A OMS anuncia que 10 milhões de pessoas estão infectadas pelo HIV no mundo. No Brasil, 11.805 casos são notificados. O antirretroviral Videx (ddl) é aprovado nos Estados Unidos e a fita vermelha torna-se o símbolo mundial de luta contra a Aids. A Fiocruz foi convidada pelo Programa Mundial de Aids das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde (Unaid/OMS) para participar da Rede Internacional de Laboratórios para Isolamento e Caracterização do HIV-1.

1992: Pesquisadores franceses e norte-americanos estabelecem consenso sobre a descoberta conjunta do HIV. A Aids passa a integrar o código internacional de doenças e os procedimentos necessários ao tratamento da infecção são incluídos na tabela do SUS. Combinação entre AZT e Videx inaugura o coquetel anti-aids.

1996: Primeiro consenso em terapia antirretroviral regulamenta a prescrição de medicamentos anti-HIV no Brasil. O tríplice esquema de antirretrovirais, que combina dois inibidores de transcriptase reversa e um de protease, começa a ser utilizado. A Lei 9.313 estabelece a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV. Com mais de 22 mil casos de Aids, o Brasil registra feminização, interiorização e pauperização da epidemia. Disponível em: <http://www.ioc.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>. Acesso em 14/03/2012.

²³⁶ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

para racionalizar e uniformizar sua atuação de forma a superar tais obstáculos. Nesse sentido, parece adequado o critério quanto à verificação da padronização dos medicamentos pleiteados pelo Ministério da Saúde.

Dessa forma, é indispensável que o Judiciário faça uso dessa padronização ao decidir pedidos que versem sobre o fornecimento de medicamentos, verificando a adequação do medicamento pleiteado à lista de fármacos proposta pelo Ministério da Saúde. Eventualmente, nos casos em que as drogas pleiteadas não estiverem previstas na regulamentação sobre a matéria, o Judiciário deverá, então, cogitar de outros parâmetros, notadamente, a indispensabilidade do medicamento para a manutenção da vida do indivíduo e, adicionalmente, a opção pelo medicamento nacional, e, ainda, se possível, a opção pelo medicamento genérico, de menor custo e eficácia comprovada²³⁷.

Assim, a princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito; não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário, devendo limitar-se as determinações para fornecimento de medicamentos constantes nas listas definidas para atendimento pelo Sistema Único de Saúde.

3.4.3 A Priorização de Demandas Coletivas como Forma de Efetivação das Políticas Públicas de Saúde Envolvendo o Fornecimento de Medicamentos

A questão tratada da complexa equação dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização, em face da crescente intervenção do Poder Judiciário tendentes à implementação das políticas públicas de saúde, no que tange ao fornecimento gratuito de medicamentos, coloca em xeque qual a forma adequada de efetivação dessas políticas públicas. Pois, observam-se duas

²³⁷ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Rev. Direito Sanit.** [online], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n1/02.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

formas de intervenção do Poder Judiciário: através de ações individuais, usualmente chamadas de ação de medicamentos, na qual uma pessoa recorre ao Poder Judiciário para conseguir o fornecimento de determinado medicamento. No qual o fornecimento fora recusado por algum dos entes federativos e a tutela coletiva (ação civil pública, por exemplo) voltada à realização do previsto no orçamento ou da lista de medicamentos adotada pelo ente federativo (o que, em alguns casos, pode implicar em inserir um novo medicamento ou tratamento na lista).

O deferimento de uma ação individual poderá significar o conflito entre a vida de um indivíduo e a vida da coletividade. Para se ter ideia, quando se faz uma análise sobre a evolução dos gastos com medicamentos, observa-se que ao longo dos últimos anos a sua participação tem aumentado em relação ao gasto total em saúde. Os gastos do Ministério da Saúde com ações do orçamento voltadas ao financiamento da aquisição de medicamentos aumentaram em 123,9%. Esse percentual revela que, para garantir o financiamento da aquisição dos medicamentos, o Ministério da Saúde teve que reduzir o gasto em outras áreas de atuação. Esse comportamento exige que se dedique atenção redobrada aos medicamentos²³⁸. Além disso, em se tratando de ações judiciais, segundo levantamento do Ministério da Saúde, em três anos gastos com processos para aquisição de remédios aumentou 1.920%. Somente de janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Nesse período, a instituição foi citada como ré em 783 ações para aquisição de medicamentos no Brasil. Em 2007, foram 2.979 ações²³⁹. Isso só para ficar na esfera federal!

Críticas são correntes a tutela individual, que podem se tornar o antídoto para um indivíduo e o veneno à coletividade. A ação coletiva é apontada como

²³⁸ MENDES, Andréia Cristina Rosa; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **A evolução dos gastos com medicamentos**: o crescimento que preocupa. Disponível em <[http://www.abres.org.br/18\[1\].pdf](http://www.abres.org.br/18[1].pdf)>. Acesso: 27 mar. 2012.

²³⁹ No artigo, ainda há um comparativo de gastos oriundos de ações judiciais, nos últimos quatro anos: "**Gastos do ministério com ações judiciais para aquisição de medicamentos** - em 2008 – R\$ 48 milhões, em 2007 - R\$ 15 milhões, em 2006 - R\$ 7 milhões e em 2005 - R\$ 2,5 milhões; **Ações Judiciais para aquisição de medicamentos no Brasil** - em 2008 – 783 (até julho), em 2007 - 2.979 ações, em 2006 - 2.625 e em 2005 – 387." Brasil. Ministério da Saúde. Ações Judiciais Comprometem Política Pública de Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828> acesso: 27/03/2012.

muitos como o modelo mais adequado de intervenção do Judiciário na esfera da Administração Pública para a defesa de interesses dessa espécie. Principalmente, para a inserção de medicamento ou tratamento na lista, tendo como grande vantagem o benefício da coletividade, no caso de seu deferimento. A demanda de tipo individual fica sustentada nas opções de compra do consumidor diretamente no mercado, porque independem de qualquer organização coletiva.²⁴⁰

O Brasil, por se tratar um Estado de modernidade tardia, essa situação agrava-se, pois não há uma tradição de Estado Social, logo proliferam ações individuais que, pouco a pouco, comprometem (o seu deferimento) a aplicação de recursos voltados à saúde. No âmbito das ações individuais, a atuação do Judiciário deve ser para deferir os medicamentos constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos, efetivando as opções formuladas pela Administração Pública. Cumpre salientar, que a elaboração das listas não se dá ao acaso, como visto, mas de acordo com as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, na peça orçamentária, para a saúde. Os recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impõe-se ao Estado *tapar-se com este cobertor curto* (investir em determinado setor implica deixar de investir em outro)²⁴¹.

A alteração das listas, por exemplo, poderá ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas (seja ação civil pública, ação popular ou outros instrumentos). Primeiro, porque a discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Segundo, porque na litigação individual, o juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Por fim, a decisão, na ação coletiva, produzirá efeitos para todos.

Neste contexto a comunidade acadêmica sempre entende como foro adequado para discussão sobre as políticas de saúde, quando da sua deficiência, pelo ajuizamento de demandas coletivas, onde pode se discutir o

²⁴⁰ SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

²⁴¹ Ibidem.

arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais; veja-se a questão atinente a mudança de sexo. Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente²⁴². Com isso, redundou em alteração da posição

²⁴² É o caso da cirurgia para a mudança de sexo “DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos

administrativa, ocasionando a Portaria do Ministério da Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo, como procedimento oferecido pela rede pública²⁴³.

Ainda como exemplo bem sucedido de utilização das demandas coletivas para efetivar o direito à saúde, no ano de 2010, em plena explosão da epidemia

procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. 14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. DIREITO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. 15 - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional. 16 - Cabível a antecipação de tutela, no julgamento do mérito de apelação cível, diante da fundamentação definitiva pela procedência do pedido e da presença do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o grande e intenso sofrimento a que estão submetidos transexuais nos casos em que os procedimentos cirúrgicos são necessários, situação que conduz à auto-mutilação e ao suicídio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves conseqüências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais. 18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública.” Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DE 23.08.07. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&hash=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> acesso: 04.11.08. Em 10 de dezembro de 2007 a Ministra do STF Ellen Gracie, na Suspensão de Antecipação de Tutela nº 185-2, suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agora o Ministério da Saúde decidiu incluir a cirurgia na tabela do SUS.

²⁴³ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65-66.

da intitulada Gripe A (H1N1), uma decisão da Justiça Federal no Paraná determinou que a União e Estado promovessem a vacinação de toda a população do Estado, sem restrições.²⁴⁴

Neste contexto da importância das Ações Coletivas, Luís Roberto Barroso apresenta ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo: 1) a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; 2) evita-se a questão da microjustiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macrojustiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; 3) a decisão proferida em uma ação coletiva trará efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população²⁴⁵.

Nesse sentido cita-se posicionamento de Têmis Limberger:

²⁴⁴ “A 2ª Vara Federal de Curitiba concedeu liminar que determina a disponibilização de doses da vacina da Influenza A-H1N1 em quantidade suficiente para toda a população do Paraná. A decisão, resultado de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e do Estado do Paraná, altera a determinação inicial da campanha de vacinação, que excluía algumas faixas etárias consideradas de risco no estado. A Justiça considerou que o Sul do país é mais suscetível à incidência do vírus, em consequência de suas condições climáticas, e apontou informações do Relatório de A(H1N1) Pandêmico - Dados Epidemiológicos, divulgado pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, que indicam uma maior incidência da doença no Paraná, em relação aos outros estados brasileiros. Entre os paranaenses, os grupos de maior risco de morte, divididos por faixa etária e obedecendo a uma ordem seqüencial decrescente são: o de 50 a 59 anos, de 30 a 39 anos, 40 a 49 anos e 20 a 29 anos. Entre os casos de óbitos sem comorbidades aparecem os grupos de 50 a 59 anos e o de 30 a 39 no mesmo patamar, seguidos pelos grupos de 40 a 49 anos e 20 a 29 anos. Já o cronograma de vacinação do Ministério da Saúde contempla grupos diferentes: gestantes, doentes crônicos e crianças de seis meses a 2 anos; jovens de 20 a 29 anos; adultos de 30 a 39 anos e os idosos, com mais de 60 anos, com doenças crônicas. Considerando estes dados, a própria Secretaria de Estado do Paraná solicitou 5.399.569 doses de vacina visando à imunização do real grupo de risco, isto é, as pessoas de 50 a 59 anos, os de 40 a 49 anos e os de 3 a 19 anos. A liminar determina que a União adquira as vacinas em um prazo de 20 dias após a ciência da decisão, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50 mil”. Ação Civil Pública nº 5002213-42.2010.404.7000/PR. Disponível em: <http://jf-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2149559/jfpr-determina-que-toda-a-populacao-do-parana-seja-imunizada-contra-a-gripe-a>. Acesso em: 10/02/2012.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

O foro mais adequado para discutir a inclusão ou exclusão de algum medicamento é por via das ações coletivas, com legitimados ativos representativos e que permitem um amplo debate a respeito das prioridades, que são estabelecidas tendo em vistas as determinações das Organizações Mundial de Saúde, levando em conta as peculiaridades de cada país e implementadas pelo Ministério respectivo, após debate junto ao Congresso Nacional.²⁴⁶

Daí que se entende pela priorização da tutela coletiva de direitos, no caso de um medicamento que esteja fora da lista ou de um tratamento novo, ainda não presentes nas listas do poder público. A discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Também, na litigação individual, o juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Além, é claro, da decisão, na ação coletiva, produzir efeitos para todos. A tutela individual resta eficiente apenas para aqueles casos em que o Poder Executivo negar o fornecimento gratuito de medicamento presente na lista.

3.4.4 Outros Parâmetros Complementares Capazes de Orientar as Decisões sobre a Matéria

Ainda no contexto de eventuais demandas que possam discutir e debater eventuais alterações de listas ou fornecimentos de medicamentos não constante delas é aconselhável cogitar outros critérios complementares que possam ser capazes de orientar as decisões sobre as matérias.

Dentre eles, destaca-se **a possibilidade do Poder Judiciário apenas determinar o fornecimento de medicamentos com eficácia comprovada**, ou seja, não se deve optar por realizar a inclusão ou fornecimento de medicamentos

²⁴⁶ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

experimentais ou alternativos, que ainda não passaram pela avaliação dos órgãos competentes²⁴⁷.

Assim, quando o Judiciário for intervir no fornecimento de medicamentos, que se opte por aqueles de eficácia comprovada, ao invés de determinar a entrega de fármacos que ainda não tiveram a sua comprovação científica, evitando também que se insiram terapias de eficácia discutível ou experimentais.²⁴⁸

Nesse sentido, Ricardo Seibel de Freitas Lima esclarece:

[...] o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros.²⁴⁹

Outro parâmetro que pode ser considerado pelo Judiciário, é **optar “sempre que possível” por medicamentos disponíveis no Brasil,**²⁵⁰ ao invés de determinar o fornecimento da substância disponível apenas no exterior. Salienta-se que se trata de uma decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário.

²⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual contra determinado ente federativo, que buscava obrigar o Estado a fornecer, sempre que houvesse simples prescrição médica, o chamado *interferon perguilado*, em vez do *interferon comum*, medicamento este fornecido gratuitamente. Entendeu o Tribunal que, além de essa nova espécie de medicamento ter um custo vinte a trinta vezes maior que sua modalidade comum, sua eficácia não é comprovada para a maioria dos casos, conforme comprovado por estudos de caráter científico, não podendo ser mantida a decisão que determinava a concessão em caráter indiscriminado e à vista de opiniões médicas minoritárias. (Agravo Regimental na Petição n. 1996 – SP. Decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 3 de março de 2004, Tel. Min. Nilson Naves, publicada no D.J. de 5 de abril de 2004).

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

²⁴⁹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. **Direito Público**, n. 12, p. 68-69, 2006.

²⁵⁰ BARROSO, *Ibidem*.

Ricardo Seibel de Freitas Lima²⁵¹ afirma que os tratamentos custeados pelo Poder Público devem ser realizados em estabelecimentos nacionais, preferencialmente ligados ao SUS, e não através de depósito de valores para tratamento no exterior ou em locais da preferência do médico ou paciente, sob pena de ser ferido o preceito do acesso universal e igualitário, além da própria razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público²⁵².

Além disso, outro parâmetro que pode ser apontado, é que **o Poder Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo**²⁵³, pois nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele idêntico ao produto de referência ou inovador, com ele equivalente ou igual, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.²⁵⁴

Neste caso será imprescindível evitar a prática de médicos brasileiros, prescreverem medicamentos mediante a indicação do respectivo nome comercial ou “marca”. Esse hábito passou a ser insistentemente combatido pelo Poder Público, sobretudo após a edição da Lei nº 9.787/99, que, ao estabelecer o medicamento genérico e dispor sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, proibiu a prescrição pelo nome comercial, na forma do seu art. 3º, que prevê:

²⁵¹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 250.

²⁵² Nesse sentido o Comitê Executivo da Saúde no Paraná, instituído pelo CNJ, baixou o seguinte enunciado: *Enunciado nº 3 - “A determinação judicial de fornecimento de medicamentos deve observar a existência de registro na ANVISA” (Ref. Legislativa: artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, com redação dada pela Lei nº 12.401/11)*. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10/04/2012.

²⁵³ Neste sentido Têmis Limberger: *“Atinente aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada não podem ser objeto da inclusão em lista, pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver esta possibilidade”*. LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

Ainda assim, não raro algumas receitas veiculam o nome comercial e o paciente que ajuíza ação, pleiteando a condenação do Poder Público a fornecer-lhe o medicamento, formula seu pedido com base no nome comercial, tal como foi prescrito na receita.

A condenação do Estado no fornecimento de medicamento prescrito pelo nome comercial pode acarretar grandes prejuízos, pois é possível que o Poder Público disponibilize regularmente o mesmo remédio, porém ele não detém a designação prescrita pelo fato de ter sido fabricado por laboratório diverso. Nessa hipótese, é de todo aconselhável que a formulação do pedido seja feita com base no princípio ativo do medicamento, apontando de preferência o “genérico”.²⁵⁵

Luis Roberto Barroso²⁵⁶ também aponta como critério para fornecimento, **que o Judiciário considere ser o medicamento indispensável para a manutenção da vida**, pois em um contexto de recursos escassos, parece ser evidente a necessidade que um medicamento vital a sobrevivência de determinado paciente terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.²⁵⁷

²⁵⁵ Neste sentido Ricardo Seibel de Freitas Lima afirma: “Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no País”. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 250-251.

²⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

²⁵⁷ “No caso dos remédios, é imperioso reafirmar que, além de qualquer decisão política, cumpre ao administrador público proporcionar o acesso irrestrito aos medicamentos de caráter essencial, vinculados à noção de mínimo existencial, indispensáveis à manutenção das condições de vida condigna do indivíduo. Nos limites deste patamar mínimo, a disponibilização ou não do medicamento deixa de ser matéria discricionária, tornando-se plenamente judiciável”. GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

Outro critério que vem ganhando força na doutrina refere-se à **possibilidade de fornecimento de medicamentos, apenas aqueles que demonstrarem a sua condição de hipossuficiente**, decorrente da impossibilidade fática do Estado atuar em todos os setores da sociedade, ou ainda, porque há uma tendência pós-moderna a caminhar nesta trilha.

O próprio J. J. Gomes Canotilho aborda esta temática e menciona que “há alguns autores que avançam hoje a idéia de uma 'nova subsidiariedade' no campo da política de realização de direitos sociais, de 'auto-ajuda e auto-organização' no domínio da política de saúde”.²⁵⁸ Ou seja, preconiza-se a transferência aos particulares da realização de determinadas políticas públicas, a fim de reduzir o espaço de atuação do Estado. Nessa linha de entendimento, a atuação estatal é *subsidiária*, somente poderá existir condenação à entrega coativa de medicamentos quando o interessado não puder adquirir extrajudicialmente o medicamento.

Sobre o tema, vale transcrever o pensamento de George Marmelstein²⁵⁹:

Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial, a meu ver correta, que defende que somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais (saúde, educação, moradia, alimentação etc.). Nesse sentido, Paul Singer chega a defender que os direitos sociais são direitos condicionais: vigem apenas para quem depende deles para ter acesso à parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social - e, portanto, para o exercício dos demais direitos.

Na verdade, todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet²⁶⁰, ao mencionar que não há gratuidade à saúde e que entendimento contrário implicaria em desconsiderar equivocadamente o princípio da subsidiariedade

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 111-112.

²⁵⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 219.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, n. 175, 2009. p. 30.

(inclusive no sentido de uma co-responsabilidade do indivíduo) e da necessidade de assegurar o máximo em prestações sociais ao máximo de pessoas, evitando, além disso, excluir - desnecessariamente - pessoas efetivamente carentes, impossibilitadas mesmo de contribuir para a manutenção de um plano de saúde privado, em detrimento de pessoas capazes de suprir, por seus próprios meios e de modo proporcional, suas necessidades, ainda que contribuam mediante o pagamento de impostos para o financiamento do sistema de saúde.

O próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do *RE-AgR Processo 393175/RS*, da Relatoria do Ministro Celso de Mello também já entendeu que o fornecimento de medicamento é obrigação primordial a *pessoas sem recursos financeiros*.²⁶¹

Outra questão que merece cuidados refere-se à **responsabilidade entre os entes da federação** (União, Estados e Municípios), pois apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum.

Luis Roberto Barroso²⁶² ressalta que esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos, “pois tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de

²⁶¹ PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. [...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

- 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 dignidade. Precedentes do STF. [...] (STF, RE-AgR Processo 393175/RS, 2ª Turma, Relator CELSO DE MELLO, j. 12.12.2006, DJ 02-02-2007).

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente”. Para ele a lógica do parâmetro é bastante simples:

[...] através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam, nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

Ressalta-se que a preocupação é válida, no sentido de que pequenos municípios estão sendo compelidos a custear medicamentos de alto custo, comprometendo os seus orçamentos, em prejuízo evidente aos escassos recursos destinados para a área da saúde, contudo não são “compensados” pelos outros entes federados (União ou Estado) que teriam a competência de fornecer aquele determinado medicamento.²⁶³

Preocupados com essa consequência, o Comitê Executivo da Saúde no Paraná, instituído pelo CNJ²⁶⁴, exarou o seguinte enunciado sobre este tema: Enunciado nº 4 - **“Ao impor a obrigação de prestação de saúde, o Poder**

²⁶³ Cumpre transcrever parte da matéria “O paciente de R\$ 800 mil” da Revista Época: “Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço: R\$ 108 mil. “Todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o Judiciário nem mandou o Estado compartilhar o gasto conosco”, diz Nancy Ferreira da Silva Cunha, secretária de Saúde de Buritama. “Essas ações estão acabando com os pequenos municípios.” REVISTA ÉPOCA, nº 722, 19 de março de 2012, matéria “O paciente de R\$ 800 mil”, pág. 56-57.

²⁶⁴ O Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Recomendação nº 31-2010, dirigida aos Tribunais para que adotassem medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Por fim, o CNJ, por meio da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Para o funcionamento descentralizado do Fórum, foram criados os Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, como o objetivo de coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes (art. 3º da Resolução nº 107/2010). Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/apresentacao-historico-do-comite-executivo-da-saude/455>. Acesso em: 10/04/2012.

Judiciário deve levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS”.²⁶⁵

Ressalta-se que o presente tópico apresenta alguns parâmetros complementares quanto à judicialização dos medicamentos, de forma a evitar que se propaguem as decisões judiciais descomprometidas que acabam por inviabilizar as políticas públicas na área de saúde. Se por vezes, ao juiz, é imposta a decisão sobre a vida ou a morte de algum paciente, que pleiteia judicialmente o medicamento indispensável para uma vida digna, por óbvio poderá haver o socorro judicial.

Assim, comprometimento dos julgadores é o que exige, dentro de uma perspectiva dos próprios limites e possibilidades do Estado, impedindo que prevaleça a cega atuação, ora negando a judicialização no fornecimento de medicamentos, ora deferindo pedidos sem considerar a posição do Estado, seus recursos e políticas. Portanto, é preciso que haja critérios específicos para decisões judiciais, para poder auxiliar a tornar possível um sistema público eficiente da saúde.

3.5 O FORTALECIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COMO POSSIBILIDADE PARA REDUÇÃO DA TENSÃO ENTRE OS PODERES

A Constituição Cidadã trouxe inegáveis e inestimáveis avanços ao exercício da cidadania. Não se deve olvidar, entretanto, que, se por um lado a judicialização das questões sociais representa o amadurecimento do processo de democratização de uma sociedade, por outro lado impõe ao Estado, como ente provedor, um volume imenso de litígios a serem dirimidos.

Conforme debatido exhaustivamente no transcórre deste trabalho, demonstrou que o Judiciário pode promover a promoção do direito à saúde, dentro de critérios e limites nas suas decisões que determinam o fornecimento

²⁶⁵ Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10 abr. 2012.

de medicamentos, contudo, a judicialização excessiva pode acarretar o caos no sistema público de saúde, favorecendo alguns em detrimento da coletividade.²⁶⁶

A efetivação dos direitos sociais exige uma postura positiva do Poder Público e, por isso, não é de se estranhar que o processo de concretização seja lento e na grande maioria das vezes ineficaz. Essa ampliação do acesso à justiça, associada à lentidão do processo de efetivação desses direitos (que certas vezes se caracteriza como uma omissão) dá origem à propositura de milhares de ações, individuais e coletivas, que visam promover a efetivação desses direitos por meio da intervenção judicial. Busca-se, por meio dessas ações, uma ordem judicial que obrigue o Poder Executivo a promover o atendimento dos direitos sociais. Essas ações judiciais são alvo de diversas críticas e objeto de inúmeras discussões jurisprudenciais e doutrinárias, como já explanado.

O ordenamento jurídico brasileiro vive em permanente busca por forma de solução de disputas que auxiliem as relações sociais subjacentes à relação litigiosa objeto de ação judicial²⁶⁷. Sem dúvidas é hora de repensar o fenômeno da judicialização, pois tendo detectado os entes o futuro ajuizamento de demandas, mostra-se também relevante a adoção de práticas administrativas,

²⁶⁶ *“Uma das críticas que se pode formular à judicialização das políticas públicas, atinentes à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aquele que têm condições de demandar seja por advocacia privada ou defensoria pública tem vantagem, em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).”* LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 226.

²⁶⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 80.

que após identificar os problemas, possa-se atuar de forma preventiva para evitar a enxurrada de ações pleiteando medicamentos²⁶⁸, e logicamente evitar o colapso do Judiciário e também do Executivo (como consequência destas determinações).

Imprescindível que os poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) trabalhem formas diversas de solução desses conflitos, através de um instrumento que priorize a aproximação entre os atores envolvidas, o que permite que as decisões deixem um pouco o campo da litigiosidade excessiva e privilegiem a formação de um ambiente mais harmônico e consensual.²⁶⁹

João Gandini, Samantha Barione e André Souza²⁷⁰ discorrem sobre a importância da utilização de outros instrumentos como forma de resolução dos conflitos, que não a propositura de ações judiciais, pois ela ganha contornos ainda mais relevantes quando utilizado em processo cujo pedido se prende as prestações materiais a serem feitas pelo Estado para a concretização de determinados direitos. Essas demandas, nas quais se objetiva a efetivação de direitos sociais fundamentais, são exemplos típicos de ações cujo resultado (provimento jurisdicional/sentença) interfere nas relações sociais subjacentes – sobretudo porque implicam /exigem despesas públicas.

²⁶⁸ O Governo Federal estabeleceu como Metas do Centenário para a Advocacia Pública no programa titulado “BRASIL 2022, a Meta 5 que visa criar uma rede de produção de conhecimento jurídico-social entre a AGU e outros órgãos, a partir da atuação rotineira de prevenção e de resolução judicial e extrajudicial de conflitos, dentre eles: Retirar mais de dois milhões de ações da Justiça, mediante cooperação entre a AGU e o CNJ para diminuir número de ações ajuizadas em matéria de direito à saúde, como o incentivo à conciliação e à mediação de conflitos e a definição de marcos legais para as políticas de saúde. Na Meta 1 também consta a necessidade de ampliar a atuação da AGU, sob a ótica jurídica e de forma qualificada, para implementação e avaliação de políticas públicas, buscando a efetiva satisfação das necessidades sociais e do interesse público e garantir a sustentabilidade jurídico-constitucional, com a finalidade de Acompanhar as decisões judiciais com potencial efeito sobre a implementação de políticas públicas. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=184>. Acesso em: 18/03/2012.

²⁶⁹ Importante a lição da ministra Fátima Nancy Andrigli, do Superior Tribunal de Justiça: “Podemos afirmar com convicção que no decorrer do exercício da atividade jurisdicional, depois de algum tempo, se apreende que o processo adversarial sempre separa, enquanto que a busca da solução consensual do litígio aproxima e preserva as relações; que a opção pela conciliação é que nos conduz à tão sonhada e necessária humanização da justiça”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conciliação e realidade brasileira”. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 28/03/2012.

²⁷⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 80-81.

Sobre a resolução de conflitos, André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa²⁷¹, citando Morton Deutsch, em sua obra “*The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Process*”, apresentam importante classificação de processos de resolução de disputas ao indicar que esses podem ser construtivos e destrutivos:

Para Deutsch, um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito freqüentemente torna-se “independente de suas causas iniciais” assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, o mais das vezes errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir. Em outras palavras, as partes, quando em processos destrutivos de resolução de disputas, concluem tal relação processual com esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito.

Por sua vez, processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em razão dos quais as partes concluíram a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado ou mediador) a motivar os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses e iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

Assim, é de grande valia pensar em vias alternativas para a solução dos conflitos, ao invés de ignorar a busca incessante da sociedade aos Tribunais, especialmente nas causas em que o Poder Público irá figurar como parte, com objetivo de conciliar o interesse das partes envolvidas – que, na verdade, no caso da efetivação de direitos sociais, caracteriza o interesse de toda a sociedade.

O resgate da via administrativa é uma forma de aliviar a tensão causada pela judicialização, proporcionando uma aproximação entre os Poderes Executivo e Judiciário, afinal, ambos fazem parte do Estado.

Ressalta-se que 2/3 das ações envolvendo medicamentos, referem-se aos fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria

²⁷¹ AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 4: Manual de Autocomposição Judicial. Brasília: Grupo de Pesquisas, 2007. p. 132.

de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares e outros insumos²⁷². Fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito fundamental ao acesso ao Judiciário, comprometendo os casos em que a vida está em perigo.

A Administração, de outra mão, é uma estrutura burocrática enorme que, segundo Têmis Limberger,

torna a busca do medicamento uma verdadeira “via crucis” fazendo com que pessoas que dele necessitam se vejam em um emaranhado de repartições de competência entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem²⁷³.

As alternativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, “quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso”²⁷⁴.

Têmis Limberger²⁷⁵ defende a possibilidade de utilizar a via administrativa para resolução dos litígios como forma de desafogar o Judiciário, especialmente nos casos para garantir efetividade ao direito à saúde:

Com relação ao esgotamento da via administrativa, não é a proposição, mas a ponderação no sentido de que se utilize a via administrativa para resolução dos litígios. Esta via propicia uma agilização em termo de solução dos conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada. Sabe-se que o Brasil adotou o sistema da unidade da jurisdição, em detrimento da dualidade, como ocorre na França. Assim, não se tem como suprimir o acesso ao Judiciário brasileiro. Ocorre, porém, que se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade, baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas, ao que se soma por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o Judiciário acaba colapsado com grande número de demandas, o que redundará em morosidade.

Portanto, é preciso uma urgente aproximação entre Judiciário e Executivo, o fortalecimento da via administrativa, em que predomine a ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação,

²⁷² MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

²⁷³ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 222.

²⁷⁴ Ibidem, p. 222.

²⁷⁵ Ibidem, p. 226-227.

pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores; evitando, que se restrinja somente a interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal e que pode ser um caminho para a harmonização dos conflitos. Deve-se, também, considerar as especificidades dos contextos em que os litígios estão inseridos para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação das demandas.

3.5.1 Práticas de cunho administrativo entre Instituições como Experiências Profícuas de solução dos conflitos

Os princípios e diretrizes sobre os quais se assenta o Sistema Único de Saúde buscam garantir a universalidade, a integralidade e a equidade, favorecidas por meio da descentralização e da hierarquização das ações. Apresentada no capítulo anterior o fortalecimento da via administrativa como via possível para a redução dos conflitos, cabe aos atores sociais a participação ativa na defesa desse direito.

A comunicação entre as diversas instâncias envolvidas é deficitária e requer atenção especial por parte dos poderes executivo e judiciário. Algumas medidas para diminuir tais dificuldades são relativamente simples e demandam o estabelecimento de um fluxo de trabalho pactuado, consensual e amadurecido.

O Executivo não pode se esquivar da necessidade de promover a efetivação do direito à saúde insculpido no texto constitucional, e de outro lado, o Judiciário não pode se furtar ao diálogo e decidir unilateralmente. Malgrado a importância do tema para resguardar direitos fundamentais, o fenômeno precisa ser materializado com parâmetros de racionalidade, para que não haja hipertrofia do Judiciário e desequilíbrio entre os poderes.

Nesse sentido, vale citar alguns exemplos de experiências bem-sucedidas, que através de práticas de cunho meramente administrativo, apresentaram resultados satisfatórios quando ocorreu a aproximação entre os Poderes, evitando o ajuizamento de ações que demandassem o fornecimento de medicamentos.

1 – Nos Estado de São Paulo e Rio de Janeiro, as defensorias públicas conseguiram a redução do número do ajuizamento de ações no plano da saúde, mediante a utilização da conciliação prévia na via administrativa,

principalmente nos casos de direitos reconhecidos por políticas públicas existentes no SUS.²⁷⁶

2 – A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro²⁷⁷ adotou a prática de buscar alternativas para a resolução dos conflitos de forma extrajudicial, a partir da colaboração com outros entes e órgãos públicos, tais como: município e Defensoria Pública. Os convênios ocasionaram a criação de uma central única para recebimento de mandados, visando evitar a duplicidade de medidas judiciais. Foi firmado acordo com a Defensoria Pública para que não fossem propostas ações com relação aos remédios constantes em listas e a entrega dos medicamentos fosse por meio de um simples requerimento veiculado por meio de ofício ao gestor no âmbito do respectivo ente da federação.

Além disso, nas duas Varas da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz, na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado.²⁷⁸

3 - No Estado de São Paulo, especificamente na comarca de Ribeirão Preto, surgiu iniciativa - desenvolvida e aprimorada por representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Setor Público de Saúde – que vem otimizando a prestação jurisdicional de assistência farmacêutica no município ao coibir abusos e racionalizar o atendimento das demandas.²⁷⁹

A divisão administrativa da Secretaria de Estado da Saúde se faz pelos Departamentos Regionais de Saúde - DRS, atendendo ao Decreto nº 51.433, de 28 de dezembro de 2006. No âmbito do Departamento, no qual o município de

²⁷⁶ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 227.

²⁷⁷ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaSaude>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

²⁷⁸ LIMBERGER, op. cit., p. 227.

²⁷⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 86.

Ribeirão Preto está compreendido, funciona uma comissão multidisciplinar, denominada “Comissão de Análise de Solicitações Especiais”, à qual o Poder Judiciário requisita informações para aferição das cautelas necessárias ao deferimento do pedido do paciente. Tal Comissão se constitui de médicos, farmacêuticos e nutricionistas e alberga profissionais das Secretarias Estadual e Municipal de Saúde e do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), *campus* Ribeirão Preto.²⁸⁰

Os dados a serem analisados pela aludida comissão são fornecidas pelo próprio paciente ou por seu advogado, mediante o preenchimento de um formulário padrão, no qual existe, inclusive, um campo destinado ao esclarecimento da urgência do medicamento – constatada pelo diagnóstico e pelo estágio da moléstia – a fim fornecer subsídios para apreciação de pedidos de liminares, antecipações de tutela e provimentos cautelares. O formulário, elaborado com vistas a observar os critérios de racionalização, são encaminhados à comissão por meio de e-mail ou fac-símile, a fim de agilizar o procedimento; o magistrado concede um prazo, normalmente pequeno, para que a comissão se manifeste. Com base na resposta da comissão, o magistrado tem condições de aferir se o paciente faz jus ao medicamento, assegurando com isso, a efetivação de seu direito à saúde e, ao mesmo tempo, racionalizando a prestação desse direito pelo Poder Público.²⁸¹

Na mesma esteira, foram realizadas reuniões visando ao atendimento, o mais rápido possível, de portadores de necessidades especiais, sobretudo com o fornecimento de órteses e próteses, conseguindo com isso, reduzir pelo efetivo atendimento, o número de pessoas inscritas nos diversos programas; além de eliminar, como consequência dessa prática conciliatória, o ajuizamento de centenas de ações.²⁸²

4 – O Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Recomendação nº 31-2010, dirigida aos Tribunais para que adotassem medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para

²⁸⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 87.

²⁸¹ Ibidem, p. 87.

²⁸² Ibidem, p. 80-81.

assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Por fim, o CNJ, por meio da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Para o funcionamento descentralizado do Fórum, foram criados os Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, como o objetivo de coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes (art. 3º da Resolução nº 107/2010).²⁸³

Nesse sentido, o Comitê Executivo da Saúde no Paraná entendeu como necessária para o fornecimento de medicamento por intermédio de ação judicial a

existência de prévia solicitação administrativa da prestação material pretendida pelo indivíduo frente aos órgãos governamentais competentes, de modo a receber resposta sobre a possibilidade, ou não, de fornecimento do tratamento pretendido, considerando se o mesmo está, ou não, na lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos).

Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar os pedidos de liminar.

Dessa maneira, o Comitê exarou enunciado sobre este tema:

Enunciado nº 2 - Os pedidos ajuizados para que o Poder Público forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar pedidos de liminar, se o caso concreto o permitir.²⁸⁴

Demonstra uma prática salutar criada pelos órgãos, a fim de evitar a concessão de liminares para fornecimento de medicamentos, garante a oportunidade ao Poder Público fornecer administrativamente o fármaco mediante simples requerimento administrativo, evitando a propositura de demandas.

²⁸³ Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/apresentacao-historico-do-comite-executivo-da-saude/455>. Acesso em: 10 abr. 2012.

²⁸⁴ Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10 abr. 2012.

5 - A Secretaria de Saúde do Estado do Paraná criou um e-mail para responder questões e auxiliar os magistrados nas decisões judiciais que envolvem a saúde e a assistência farmacêutica. É considerada uma ferramenta de diálogo e agilizou a troca de informações, pois promoveu a aproximação entre os poderes constituídos sendo essencial para construir formas e mecanismos de aprimoramento do SUS que resultem na inclusão de toda a população e garanta o acesso aos serviços de saúde. O e-mail foi criado por iniciativa do Comitê Executivo da Saúde no Paraná, que discute a liberação de medicamentos por meio de ordens judiciais e elabora ações conjuntas para auxiliar o poder judiciário nas demandas que envolvem o direito à saúde e assistência farmacêutica. O comitê foi criado seguindo a Recomendação nº 31/2010 e a Resolução nº 107/2010, do Conselho Nacional de Justiça. A finalidade é promover o diálogo e incorporar novas metas e indicadores no planejamento em saúde, visando que antes da ação judicial, sejam esgotadas todas as alternativas previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde.²⁸⁵

6 – No Estado de Santa Catarina, a fim de evitar a judicialização de ações onde são solicitadas a entrega de medicamentos de alto custo de forma gratuita, a Procuradoria Geral do Estado quer implantar uma Câmara Técnica, que incluiria o Poder Judiciário, o Ministério Público e profissionais da Saúde. A câmara teria a função de analisar os pedidos e autorizar o fornecimento de medicamentos e serviços de saúde, sem precisar de uma ação judicial. A proposta está relacionada com o gasto de R\$ 100 milhões, em 2010, para cumprir decisões do gênero.²⁸⁶

Percebe-se que as iniciativas destacadas acima, através do fortalecimento da via administrativa como forma de solucionar os conflitos, bem como fornecendo apoio técnico ao Poder Judiciário, são medidas que podem servir para qualificar o acesso à saúde.

A aproximação entre o Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo responsáveis pela assistência farmacêutica e a dispensação de medicamentos é

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.sesa.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=2025>. Acesso em 12 mar. 2012.

²⁸⁶ Disponível em: http://www.pge.sc.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=993. Acesso em: 10 abr. 2012.

necessário, pois permite uma troca de informações sobre os medicamentos padronizados e aqueles objetos das demandas judiciais, o que certamente irá facilitar tanto a decisão das ações pelo Judiciário como a dispensação do medicamento pela Administração.²⁸⁷

Considerando o fortalecimento da via administrativa através da atuação integrada dos atores envolvidos na efetivação do direito à saúde, é uma opção que pode ser seguida, com resultados satisfatórios na redução das desigualdades, conforme afirma Têmis Limberger²⁸⁸:

A via a ser construída, aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, visando à informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada como forma de desbancar a estrutura patrimonialista, infelizmente, tão presente no Brasil. A partir de então, possivelmente as instituições funcionarão com balizadores democráticos e não servirão para estratificar desigualdades.

Sendo assim, fortalecer as práticas administrativas mostra-se como meio eficaz para que soluções sejam encontradas pelas próprias partes envolvidas, respeitando-se, assim, a independência dos poderes e a discricionariedade que informa a fixação de políticas públicas, sem, no entanto, deixar de fazer valer os direitos fundamentais dos jurisdicionados/administrados. Muito se conquistou ao reconhecer a atividade jurisdicional como meio de efetivação dos direitos sociais fundamentais, no entanto, muito mais será conquistado quando, em demandas dessa natureza, houver a preocupação de instalar o diálogo conciliatório.

²⁸⁷ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Rev. Direito Sanit.** [online], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n1/02.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

²⁸⁸ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 231.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nenhum momento se perdeu de vista a fundamentalidade do direito à saúde, sua importância na preservação da dignidade humana e tampouco o dever do Estado preservá-la. Na história das constituições brasileiras, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 imprime a sua preocupação na formulação de um sistema público de saúde que atenda as necessidades crescentes do seu povo.

Sem dúvida também foi decorrência do advento do Estado Social, pois surge uma nova dimensão social, em que o Estado se vê obrigado a assegurar diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, a partir da criação da Organização Mundial da Saúde em 1945, quando, efetivamente, todo ser humano passou a ter direito a um completo estado bem-estar físico, mental e social, não se restringindo a definição de saúde apenas à ausência de doença ou seus agravos.

A Constituição Federal de 1934 foi o primeiro texto constitucional brasileiro a destacar a proteção ao direito à saúde, mas foi com a Constituição Cidadã, em 1988, que os direitos sociais foram elevados a uma condição de grande destaque.

Não obstante a toda essa evolução, dizer que algo é fundamental não basta, pois os direitos sociais, entre eles a saúde, demandam do Estado um algo a mais, tanto do legislador como também da Administração Pública e porque não dizer do Judiciário, pois eles exigem prestações positivas por parte do Estado.

E o direito à saúde, como sendo um direito social, deve ser garantido tanto de forma preventiva quanto de forma curativa, pois é direito de todos e dever do Estado, impondo um dever a ser implementado mediante políticas públicas que se coadunem com o texto constitucional, de maneira universal e igualitária, tutelando o tema de forma plural, abrangendo todas as condições que dignifiquem a vida de qualquer pessoa, eis que constitui uma das dimensões do mínimo existencial.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 não retrata mero expediente de propostas, mas, sim, um dever estatal que não pode ficar aguardando que posterior legislação infraconstitucional venha regulamentá-lo. É

norma que irradia efeitos jurídicos, de eficácia plena, aplicabilidade imediata, como dispôs o constituinte no § 1º do artigo 5º da Constituição.

Na forma encartada na Constituição nacional e devido à doutrina hermenêutica moderna, certo é que o direito à saúde é direito e dever fundamental; a sua cobertura deve ser a mais integral e abrangente, de forma a não se excluir *a priori*, em abstrato, qualquer medida que interfira na saúde individual e coletiva, pois, como visto, deve-se cobrir o máximo possível de ações, de maneira que apenas nas hipóteses concretas, através da conjugação de alguns fatores como a necessidade, a adequação da medida e a proporção de sua concessão se poderá estabelecer o seu conteúdo definitivo e, por consequência, sua efetividade.

Notou-se que a partir do advento da Constituição Federal de 1988, decorreu o surgimento do Sistema Único de Saúde, que após os vinte anos de seu surgimento, ainda tem muito que caminhar, mas muito avançou, sendo seu principal desafio atender os seus próprios objetivos, notadamente a universalidade e integralidade no atendimento.

Os nortes definidos para criação do SUS servem de base para o sistema de saúde brasileiro especialmente no que tange a responsabilidade de todos os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, os quais possuem obrigações recíprocas e permanentes, além de serem solidários entre si.

Ainda como decorrência da criação do SUS, adveio com a finalidade precípua de garantir acesso da população aos medicamentos, através da implantação da Política Nacional de Medicamentos por meio da Portaria MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que é uma das partes integrantes da política nacional de saúde, constituindo um de seus elementos fundamentais e pela evolução legislativa apresentada no trabalho tem melhorado no decorrer do tempo.

O desafio será rotineiro em garantir o acesso da população a medicamentos de qualidade em quantidade adequada ao menor preço possível, especialmente aos ditos excepcionais, que são de alto custo, na maioria das vezes de uso contínuo, utilizado para tratamento de doenças crônicas e raras, sendo os maiores responsáveis pelas demandas judiciais.

Percebe-se pela atuação do Executivo e também do Legislativo, que eles encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca a entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.

Louvável a iniciativa do Estado de criar as listas de medicamentos a serem disponibilizados pelo SUS, com objetivo de atender o maior número de situações, criando protocolos e uniformizando os tratamentos. Além disso, a adoção das listas facilita a vigilância farmacêutica, bem como o controle dos órgãos de fiscalização, gerando melhoria na atenção à saúde, economia de recursos públicos, a transparência, a impessoalidade e a eficiência da gestão administrativa.

Também se adere à opção do Estado em apenas fornecer os medicamentos constantes nas suas listas, pois é uma política aceitável do ponto de vista administrativo, eis que se exige, antes de tudo, o registro na ANVISA, para que seja comprovada a sua eficácia e atendimento a compatibilidade do tratamento pretendido. Obrigar o SUS a fornecer ou incorporar produtos não registrados no país significa abrir mão de princípios básicos de vigilância sanitária da preservação da integralidade e segurança dos cidadãos brasileiros.

O direito à saúde é garantido pelo Estado e deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa e observada sempre a ética profissional. O dinheiro público jamais pode ser utilizado para tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou, ainda, com preferência a determinadas marcas de medicamentos ou espécies de custo mais elevado que não se enquadram em um direito à saúde efetivada mediante políticas públicas sérias.

Contudo, é coerente a crítica de que há necessidade de revisão e atualização periódica dos protocolos existentes, considerando a própria evolução da indústria farmacêutica com o surgimento constante de novos fármacos. Foi apontado pelos especialistas quando da audiência pública, que um dos principais fatores da malfadada “judicialização”, poderia ser entendida pela falta de revisão e inclusão desses novos medicamentos, os quais sempre se fazem acompanhar

de uma demora injustificável, enquanto são aguardados pareceres técnicos que poderão definir a inclusão, ou não, do novo medicamento da lista oficial.

Nesse sentido se espera que parte dos problemas sejam resolvidos e seja dado cumprimento à legislação, com relação aos medicamentos com registro na ANVISA e que não constam nos programas desenvolvidos pelo SUS para Assistência Farmacêutica, pois com a aprovação da Lei nº 12.401/2011, trouxe importantes modificações, especialmente ao tratar da inclusão de medicamentos e a incorporação de novos produtos e tecnologias no SUS. Dentre elas, maior acesso aos medicamentos e procedimento em saúde, e em especial ao aprimoramento e atualização periódica das tecnologias e produtos oferecidos pelo SUS, estabelecendo critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade como condições para a inclusão de novos medicamentos; e o mais importante, considerando as críticas existentes sobre a revisão da lista de medicamentos a serem disponibilizados, a nova legislação fixou prazo de 180 dias para a conclusão dos processos, com a possibilidade de prorrogação apenas uma vez pelo prazo máximo de 90 dias.

Portanto, verifica-se no decorrer desta dissertação, bem como pelo breve relato acima quanto à Política de Medicamentos, que o problema não seria de legislação, mas sim de cumprimento das políticas públicas existentes, o que gera em países como o Brasil, de modernidade tardia, uma sensação de inefetividade.

O regime democrático trouxe uma Constituição generosa em termos de direitos, contudo, apenas aderir à gramática dos direitos, no entanto, não significa conjugá-la na prática, sendo necessário admitir que cada direito nela insculpido, corresponde a uma obrigação. É obrigação do Estado brasileiro transformar tais direitos em benefícios para a sociedade, sob pena de ocorrer um processo de erosão da autoridade dos direitos fundamentais, ou, uma “frustração constitucional”.

O direito à saúde, com certeza, aparece como um dos problemas fundamentais da sociedade contemporânea, sobretudo sob a fórmula do Estado Democrático de Direito. Um dilema que repercute os seus sucessos, limites e fracassos deste mesmo projeto de organização política. Em virtude da consequência dessa baixa efetividade da concretização das ações na área de saúde dentro das estruturas estatais, é que ganhou corpo a intervenção do Judiciário para promover essas “promessas” não cumpridas, havendo um

deslocamento do foco de tensão originário, que deveria incumbir ao Legislativo e Executivo. Com isso, vê-se borbulhar o fenômeno da judicialização da política, com o ajuizamento de milhares de ações individuais para a busca por medicamentos, que foi o meio à disposição para efetivar os Direitos Sociais, devido à atuação falha do Estado.

Nessa perspectiva, de ausência de cumprimento das políticas públicas existente na área da distribuição de medicamentos, é irreversível a busca pelos Tribunais para fazer valer as promessas não cumpridas.

No que tange a possibilidade do Judiciário intervir para garantir o cumprimento das políticas públicas de saúde, parece ser um caminho sem volta, na medida em que o próprio texto constitucional garante o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

Os argumentos apresentados pelo Estado para justificar a sua ineficiência na prestação dos direitos à saúde, especialmente na questão dos medicamentos, como o do alto custo que prestações materiais geram aos cofres não se sustenta, considerando a maior consciência dos cidadãos em relação aos próprios direitos, especialmente sobre a possibilidade de pleiteá-los perante o Poder Judiciário, em caso de ineficiência do Estado.

E quanto maior for a inércia estatal, maior será a interferência judicial na busca da concretização desses direitos, através da aplicação imediata dos direitos fundamentais através dos julgadores, que extraem da própria norma a solução para os conflitos que se apresentam, inclusive como um dos reflexos da tripartição dos poderes, no sistema de freios e contrapesos, que garante ao Judiciário a competência de fiscalizar a execução das políticas públicas.

Portanto, a implementação de políticas públicas por determinação judicial, entre elas, no caso específico do fornecimento de fármacos, não representa uma invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, entre eles a Saúde.

Com relação ao argumento da necessidade de prévia previsão orçamentária e disponibilidade material de recursos para a concretização de políticas públicas de caráter social – amplamente adotado pela administração

pública, com o nome de “reserva do possível”, parece também não servir de barreira intransponível para a realização dos direitos às prestações, pois é evidente que o problema da efetivação do direito à saúde, está ligado com a crescente carência de recursos disponíveis e com o aumento de demandas sociais; o que não pode levar a utilização indiscriminada do argumento da reserva do possível como impeditivo da intervenção estatal ou escusa para omissões do Estado. Não se deve, condicionar a efetivação do direito à saúde à cláusula da “reserva do possível”, pura e simplesmente, sem sopesá-lo com a garantia do mínimo existencial – no sentido de garantia de condições existenciais para uma vida com dignidade - e analisar, conjuntamente, a comprovação efetiva de indisponibilidade total ou parcial de recursos pelo Estado e o não desperdício dos recursos existentes.

Também, não se pode ignorar, no discurso jurídico da efetivação dos direitos sociais, para que ele não fique dissociado da realidade, que existe uma limitação dos recursos estatais, o custo de todos os direitos e a relação entre a escassez relativa dos recursos e as escolhas trágicas. Ademais, a finalidade do Estado ao arrecadar recursos é gastá-lo com obras, prestações de serviços e políticas públicas, concretizando, enfim, os objetivos da Constituição. Assim, como a Constituição visa ao bem-estar do homem e à sua dignidade, o que inclui direitos individuais e condições mínimas existenciais, somente após se estabelecerem os gastos públicos prioritários é que se poderão destinar os recursos remanescentes, de modo que o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Nesse sentir, a intervenção judicial nas decisões que determinam a entrega gratuita de fármacos pelos entes estatais deve ser aceita, considerando o deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente através dos próprios mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Inclusive, contata-se após o término deste trabalho, que o Judiciário, através da sua nova faceta como possibilidade para a realização dos direitos que estão previstos na Constituição Federal, pode servir como meio de resistência as

investidas dos Poderes Legislativo e Executivo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos sociais. Mas também é evidente que não se pode pretender que o Judiciário passe a ditar políticas públicas *lato sensu* ou que passe a exercer funções executivas e nem a Constituição permite tal situação. Basicamente, a mudança de postura dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, provocou nos últimos anos discussões que levaram os Poderes Legislativo e Executivo à reformulação de suas linhas de atuação, mormente no que concerne as prioridades orçamentárias.

Portanto, não obstante o tema da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestação material seja controvertida, leia aqui também na possibilidade de determinar o fornecimento de medicamentos, não há dúvidas que o pluralismo social, político e jurídico emanado tanto da Constituição Federal como da legislação infraconstitucional e protocolos administrativos, associado à força normativa que as normas constitucionais possuem, autoriza – para não dizer exige – uma atuação proativa por parte do Poder Judiciário.

Contudo, tudo como tudo que é demais sempre pode acarretar prejuízos, o excesso de intervenção judicial mostrou-se por vezes maléfico, pois a judicialização descomprometida pode atuar como fator fortemente impeditivo da instalação do sistema público eficiente e, mais, inviabiliza a prestação ordinária mínima.

Devido ao nível de tensão gerado nessas demandas que buscam medicamentos, que crescem vertiginosamente a cada ano, como citado no trabalho, a consequência dessas determinações não são benéficas para a efetivação do direito, mostrando muitas vezes não ser a melhor solução para o caso. Em muitas situações envolvendo o fornecimento de medicamentos, sem dúvida, deve o Judiciário intervir, contudo, tal constatação não torna a intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente agressiva na deliberação dos outros poderes, criando inclusive uma cultura de que o Estado, por seus gestores, passa a se omitir na realização de políticas públicas adequadas, a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Sempre válido ensinamento de que o Judiciário não pode ser a solução mágica para todos os problemas, pois não se pode investir em uma “república de juízes”!

Certamente é fato que a via judicial educa aquele gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízos à vida das pessoas.

É fato também que os juízes não ficam em uma situação confortável, na medida em que não podem se esquivar de decidir e, por inúmeras oportunidades, os casos colocados para julgamento trazem pessoas entre o dilema vida e morte, dependentes do pronunciamento judicial, considerando a inércia e/ou negativa estatal no fornecimento do respectivo medicamento. Porém, convém lembrar que é uma problemática nítida, que os juízes não têm condição técnica de avaliar se um medicamento solicitado é o melhor para o caso em análise ou se a sua eficácia foi comprovada, nem se é capaz de provocar danos irreversíveis ao doente, além de rombos orçamentários.

Outra questão prejudicial, é que quando algum ente público é obrigado a fornecer medicamento via ordem judicial, os gestores do orçamento público da saúde tiram o dinheiro de outro lugar. Com isso, milhares (ou milhões) de cidadãos perdem. A verba destinada à compra de um determinado medicamento em prol de um indivíduo, significa priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo e tem consequências sobre a saúde pública. Inegável que esse aumento de despesas acaba por desorganizar as políticas públicas de saúde, na medida em que recursos destinados ao sistema como um todo passam a ser direcionados para o atendimento de situações individuais, com prejuízo para a universalidade do atendimento e também o aumento de custos “desnecessários”. Conforme visto, o que está em jogo nessas ações é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Certamente não existe solução jurídica fácil.

Dessa forma, o trabalho dissertativo afunilou na conclusão de que as políticas públicas e as decisões judiciais concessivas de medicamentos necessitam um redimensionamento, de nenhuma forma nos posicionamos contrários a intervenção do Poder Judiciário, pois é evidente a sua necessidade na execução de políticas públicas, sendo uma imposição do atual Estado Constitucional, entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. É preciso impor limites constitucionalmente adequados para a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde (fornecimento de medicamentos), principalmente, em se tratando de países periféricos (de modernidade tardia), nos quais os recursos voltados à saúde são cada vez mais escassos.

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve, obrigatoriamente, ter como fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

Através da própria audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, que contou com a participação de especialistas em matéria de Saúde Pública, os votos dos Ministros na sequência deram a impressão que chegaram à conclusão que a intervenção judicial pode ser útil, desde que ocorra a construção de um critério ou parâmetros para racionalizar ou uniformizar a decisão ou atuação judicial em casos envolvendo o fornecimento de medicamentos, de forma a diminuir ou abrandar os reflexos negativos provocados pela interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Felizmente, condizente com esse drama da tensão entre os poderes, que o Supremo Tribunal Federal convocou a audiência pública da saúde, com o objetivo de debater o assunto com a sociedade e chegar a uma melhor solução. O resultado pode ser visto através de julgamentos posteriores à audiência pública, em que o Ministro Gilmar Mendes enfrentou o problema da distribuição de medicamentos no julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada

– STA 175²⁸⁹, e fixou critérios e parâmetros objetivos que poderão ser seguidos pelas instâncias ordinárias, tendo fixado alguns parâmetros.

Além disso, neste trabalho se apresenta algumas objeções quanto às ações individuais, que merecem cuidados redobrados do Judiciário, pois são as principais responsáveis pelo caso e em nada auxiliam nos problemas coletivos da saúde.

Contudo, como ajuizamento delas será inevitável, o trabalho procurou adotar alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, de que elas sirvam apenas para efetivar as opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos do SUS, pois, a princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário, devendo limitar-se as determinações para fornecimento de medicamentos constantes nas listas definidas para atendimento pelo Sistema Único de Saúde.

Noutra banda, com relação às ações coletivas o entendimento é outro, pois ela é o modelo mais adequado de intervenção do Judiciário na esfera da Administração Pública para a defesa de interesses dessa espécie. Neste contexto da importância das Ações Coletivas, a dissertação apresentou ponderações para que a discussão se trave neste âmbito: 1) a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; 2) evita-se a questão da microjustiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macrojustiça, atendimento com recursos limitados às demandas ilimitadas; 3) a decisão proferida em uma ação coletiva trará efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Ainda no contexto de eventuais demandas que possam discutir e debater eventuais alterações de listas ou fornecimentos de medicamentos não constantes delas, o trabalho dissertativo apresentou outros critérios complementares, que possam ser capazes de orientar as decisões sobre as

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Acórdão publicado em 17.03.2010.

matérias: a) a possibilidade do Poder Judiciário apenas determinar o fornecimento de medicamentos com eficácia comprovada, ou seja, não se deve optar por realizar a inclusão ou fornecimento de medicamentos experimentais ou alternativos, que ainda não passaram pela avaliação dos órgãos competentes; b) optar “sempre que possível” por medicamentos disponíveis no Brasil, ao invés de determinar o fornecimento da substância disponível apenas no exterior; c) optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) que o Judiciário considere ser o medicamento indispensável para a manutenção da vida; e) a possibilidade de fornecimento de medicamentos, apenas aqueles que demonstrarem a sua condição de hipossuficiente; f) quanto à responsabilidade entre os entes da federação (União, Estados e Municípios), levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS.

Certamente elas não são as soluções para as ações postas em juízo, mas podem ser utilizadas como critérios para racionalizar a atuação judicial.

Como marco e destaque do trabalho, trouxe à dissertação a discussão sobre a necessidade de resgatar a via administrativa como uma solução mais viável para a diminuição de demandas judiciais que pleiteiam medicamentos, como forma de reduzir a tensão existente entre Poder Executivo e Judiciário. Como destacado no trabalho, é hora de repensar o fenômeno da judicialização, pois tendo detectado os entes o futuro ajuizamento de demandas, mostra-se também relevante a adoção de práticas administrativas, que após identificar os problemas, possa-se atuar de forma preventiva para evitar a enxurrada de ações pleiteando medicamentos e logicamente evitar o colapso do Judiciário e também do Executivo.

Mostrou-se imprescindível que os poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) trabalhem formas diversas de solução desses conflitos, através de um instrumento que priorize uma aproximação entre as partes envolvidas, o que permite que as decisões deixem um pouco o campo da litigiosidade excessiva e privilegiem a formação de um ambiente mais harmônico e consensual. A via administrativa propicia sem sombra de dúvidas, uma agilização em termos de solução dos conflitos, na medida em que o diálogo é travado diretamente entre as partes envolvidas, travando o debate num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores, evitando, que se restrinja somente a interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal. Nesse

sentir foram citados no trabalho vários exemplos que comprovam a alegação, pois otimizaram a relação entre os poderes e diminuíram o número de ações ajuizadas, além de garantir o mais importante, a efetividade do direito que seria demandado.

Portanto, antes de qualquer discussão sobre a possibilidade de intervenção judicial, parece mais razoável que seja feita a aproximação entre o Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo responsáveis, pois permite uma troca de informações sobre os medicamentos padronizados e aqueles objeto das demandas judiciais, o que certamente irá facilitar tanto a decisão das ações pelo Judiciário como a dispensação do medicamento pela Administração.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferraioli. Madrid: Trotta, 2004.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conciliação e realidade brasileira”. Disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 28/03/2012.

ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. **Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7854-reducao-da-judicializacao-e-efetivacao-das-politicas-publicas-sob-o-enfoque-do-planejamento-e-gestao-sistemicos>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. v. 4: Manual de Autocomposição Judicial. Brasília: Grupo de Pesquisas, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, v. 3, n. 32, 2006.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, abr. / jun. 2005.

BARRADAS, Luiz Roberto. **É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?**. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br/Novo/conteudo.cfm?conteudo=4079>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, v. 9, n. 46, p. 54-60, nov. / dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria, crítica e pós-positivismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coords.). **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, abr. / jun. 2005.

BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Rev. Direito Sanit.** [online], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v10n1/02.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL. Disponível em: http://www.pge.sc.gov.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=993. Acesso em 10/04/2012.

_____. STF, DJU 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie:

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Brasília. 2007.

BRASIL. Ação Civil Pública nº 5002213-42.2010.404.7000/PR. Disponível em: <http://jf-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2149559/jfpr-determina-que-toda-a-populacao-do-parana-seja-imunizada-contra-a-gripe-a>. Acesso em: 10/02/2012.

_____. Comitê Executivo da Saúde no Paraná, instituído pelo CNJ, baixou o seguinte enunciado: *Enunciado nº 3 - "A determinação judicial de fornecimento de medicamentos deve observar a existência de registro na ANVISA"* (Ref. Legislativa: artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, com redação dada pela Lei nº 12.401/11). Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10/04/2012.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2003, p. 27-28.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. – Brasília : CONASS, 2004.

_____. Decreto n. 79.094, de 5 de janeiro de 1977. Regulamenta a Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, que submete a sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, saneamento e outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/Antigos/D79094.htm. Acesso em: 16 out. 2011.

_____. Disponível em: <http://www.ioc.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>. Acesso em 14/03/2012.

_____. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/apresentacao-historico-do-comite-executivo-da-saude/455>. Acesso em: 10/04/2012.

_____. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10/04/2012.

_____. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-enunciados/492>. Acesso em: 10/04/2012.

_____. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=184>. Acesso em: 18/03/2012.

_____. Disponível em: <http://www.sesa.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=2025>. Acesso em 12/03/2012.

_____. Lei Federal nº 6.360/76.

BRASIL. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitas os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências.

_____. Lei n. 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Ed. 182, seção I, p. 170, publicado em 20 set. 1990.

_____. Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. *Diário Oficial da União*, Ed. 222, seção I, p. 1, publicado em 11 nov. 1996.

_____. Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

_____. Ministério da Saúde. Ações Judiciais Comprometem Política Pública de Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828> acesso: 27/03/2012.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 1.587/2002. Aprova a revisão da relação nacional de medicamentos essenciais. Rename. *Diário Oficial da União*, Ed. 170, seção I, p. 68, publicada em 3 set. 2002.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.577/2006. Trata da organização e da execução do componente de medicamentos de dispensação excepcional. *Diário Oficial da União*, Ed. 207, seção I, p. 91, publicado em 27 out. 2006.

_____. Ministério da Saúde. Portaria n. 3916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. *Diário Oficial da União*, ed. 215, seção I, p. 18, publicado em 10 nov. 1998.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa.– Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Saude_no_Brasil.pdf, acesso em 10/04/2011.

_____. Palácio do Planalto. **Lei aprimora diretrizes para inclusão e oferta de produtos e tratamentos pelo SUS**. Brasília: Blog do Planalto, Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/lei-aprimora-diretrizes-para-inclusao-e-oferta-de-produtos-e-tratamentos-pelo-sus/>> Acesso em 26/09/2011.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei aprimora diretrizes para inclusão e oferta de produtos e tratamentos pelo SUS**. Brasília: Blog do Planalto, Disponível em: < <http://blog.planalto.gov.br/lei-aprimora-diretrizes-para-inclusao-e-oferta-de-produtos-e-tratamentos-pelo-sus/> > Acesso em 26/09/2011.

_____. Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007, define os recursos a serem repassados para os Estados e o Distrito Federal, a título de co-financiamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para a aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional da Tabela SAI/SUS.

_____. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional e apresenta a lista de medicamentos sob a responsabilidade da União. A lista completa contendo mais de 105 substâncias ativas pode ser verificada no endereço: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>.

_____. Recurso Extraordinário 271.286/RS, STF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF nº 210, de 22/11/2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança, externado na peça de nº 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Ed. 84, seção I, publicado em 4 maio 2004. RTJ 200-01, p. 91.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. SS nº 3158 – RN, Relatora Min. Ellen Gracie.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente: União. Requerido: TRF/5ª Região. Interessados: MPF, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Julgado em 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico* n. 76 de 30 abr. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câm. Cível. Reexame Necessário e Apelação Cível n. 438385-7. Acórdão n. 19349. Apelante: Estado do Paraná. Apelado: Ana Cleide Andreassi Pereira. Autoridade Coatora: Diretora da 13ª Regional de Saúde do Estado do Paraná, Diretor Cemepar – Central de Medicamentos do Paraná. Relator: Des. Leonel Cunha. Revisor: Des. Luiz Mateus de Lima. Julgado em 4 dez. 2007. *Diário da Justiça do Estado do Paraná*, Ed. 7517, p. 55, de 21 dez. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DE 23.08.07. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&hash=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> acesso: 04.02.2012.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública Brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **SUS – Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde – Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90**. 4. ed. rev. atual. Campinas: Unicamp, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (org.) **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marsial Pons, 1996.

HOLMES, Sthephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Marcelo Palis. Aspectos formais sobre o registro de medicamentos e os limites da atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 3, p. 52-68, nov. 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Renovar, 2009.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. **Direito Público**, n. 12, p. 68-69, 2006.

_____. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “Reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 5 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Wal. **Direito à Saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

MENDES, Andréia Cristina Rosa; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **A evolução dos gastos com medicamentos: o crescimento que preocupa**. Disponível em <[http://www.abres.org.br/18\[1\].pdf](http://www.abres.org.br/18[1].pdf)>. Acesso: 27 mar. 2012.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde!. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. **O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização**. Texto baseado na conferência inaugural no Seminário “Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização” - proferida por Jose Luis Bolzan de Moraes, organizado, entre outras, pela Escola de Saúde Pública do RS, AJURIS, ESMP, APERGS-Escola, realizado em maio de 2007 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NASCIMENTO, Marilene Cabral do. **Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003.

NEGRI, Barjas. **A Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/03_negri.pdf>. Acesso em: 23 set. 2011.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. p. 137-148. In: COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda et al. (orgs.). **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra / São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e acesso a medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento público e o processo de judicialização do direito à saúde**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2005.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 176**, de 30 de agosto de 2006. Dispõe sobre a mudança no setor de medicamentos, designadamente nas áreas do fabrico, controle da qualidade, segurança, e eficácia, introdução no mercado e comercialização dos medicamentos para uso humano. Publicado no Diário da República n. 167, p. 6297-6383. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2006/08/16700/62976383.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2011.

REVISTA ÉPOCA. O paciente de R\$ 800 mil. n. 722, p. 56-57, 19 mar. 2012.

RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**. Sapucaia do Sul, n. 12, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, n. 175, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELOS, Ana Paula de (orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “Reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. O Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos**. São Paulo: Del Rey, 1999.

SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. In: **Âmbito Jurídico**, n. 76, 01 maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748>. Acesso em: 07 fev. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Renilson Rehem de. **O sistema público de saúde brasileiro**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Quinze anos da Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário nº 6 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; KÖLLING, Gabriela. As dificuldades e os avanços na efetivação do Direito à Saúde: Um Estudo da Decisão Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul X Município de Giruá. In: **Boletim da Saúde**. Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. Escola de Saúde Pública. Porto Alegre, v. 24, n. 2, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011.

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