



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

AMANDA DANTAS DE CERQUEIRA

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O IMPACTO NO ACESSO COLETIVO À
SAÚDE**

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

AMANDA DANTAS DE CERQUEIRA

**A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O IMPACTO NO ACESSO COLETIVO À
SAÚDE**

Trabalho de conclusão do curso de Pós-graduação em Direito Administrativo, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialização em Direito Administrativo.

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2016**

AMANDA DANTAS DE CERQUEIRA

A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O IMPACTO NO ACESSO COLETIVO À SAÚDE

Trabalho de conclusão do curso de Pós-graduação em Direito Administrativo, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialização em Direito Administrativo.

Brasília-DF, 03 de fevereiro de 2016

Prof. Mestra Janete Ricken Lopes de Barros
Membro da Banca Examinadora

Prof. Mestre Hector Vieira
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela infinita misericórdia, sem Ele nada seria possível.

Aos meus pais, que são a razão da minha vida, pelo apoio incondicional.

À minha família, por estar sempre ao meu lado.

Ao meu namorado, por tudo que representa para mim.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o direito fundamental à saúde. Contudo, diante das dificuldades enfrentadas pelos cidadãos na obtenção dos serviços mais essenciais e dos medicamentos necessários ao seu bem estar, constatou-se um aumento exponencial das demandas de saúde, com a massificação das ações individuais de fornecimento de medicamentos. A problemática reside justamente na ingerência excessiva do Poder Judiciário em tais demandas e os sérios impactos sociais, orçamentários e políticos ocasionados à coletividade. Busca-se, com o presente estudo, através da análise das possíveis causas da judicialização, bem como de suas consequências, trazer sugestões e explorar os instrumentos já existentes como forma de minimizar o problema.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Mínimo existencial. Judicialização excessiva. Impactos orçamentários, sociais e políticos. Reserva do Possível. Protocolos e políticas assistenciais de saúde. Mecanismos de auxílio ao Poder Judiciário.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution guaranteed everyone the fundamental right to health. However, given the difficulties faced by citizens in obtaining the most essential services and medicines necessary for their well-being, there was an exponential increase in health demands, with the mass of individual stocks for the supply of medicines. The problem lies precisely in the excessive interference of the Judiciary in such demands and the serious social, political and budgetary impacts caused at the community. Seeks, in the present study, by analyzing the possible causes of legalization, as well as their consequences, bring suggestions and explore the existing instruments in order to minimize the problem.

Keywords: Fundamental right to health. Existential minimum. Excessive legalization. Budgetary, social and political impacts. Reserve possible. Protocols and health-care policies. Aid mechanisms to the Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	10
1.1. Direitos fundamentais:	10
<i>1.1.1. Delimitação conceitual</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2. Os direitos fundamentais como direitos de defesa, de prestação e de participação.</i>	<i>12</i>
<i>1.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais</i>	<i>14</i>
1.2. Direitos fundamentais sociais	15
<i>1.2.1. Eficácia dos direitos fundamentais sociais</i>	<i>18</i>
1.3. A saúde e a garantia do mínimo existencial	21
<i>1.3.1. Proteção da saúde no ordenamento jurídico brasileiro</i>	<i>25</i>
2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE	29
2.1. Judicialização Vs. Ativismo Judicial.....	30
2.2. Prováveis causas do ativismo judicial e da excessiva judicialização no fornecimento de medicamentos	31
2.3. Efeitos e consequências oriundos da excessiva judicialização das demandas de saúde	36
<i>2.3.1. Impacto social</i>	<i>36</i>
<i>2.3.2. Impacto orçamentário</i>	<i>38</i>
<i>2.3.3. Impacto político</i>	<i>42</i>
3. CRITÉRIOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS DE SAÚDE	48
3.1. Reserva do Possível	48
3.2. Protocolos e Políticas Assistenciais de Saúde	53
3.3. Outros mecanismos de auxílio ao Poder Judiciário.....	58
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Através do presente estudo, buscou-se abordar o direito fundamental à saúde e os impactos ocasionados à coletividade em decorrência da intervenção do Poder Judiciário nas demandas individuais de medicamentos.

O interesse pelo tema surgiu a partir da constatação de que, em que pese o direito à saúde seja constitucionalmente assegurado como sendo de todos, o Poder Judiciário se depara, todos os dias, com um crescente número de casos que envolvem a necessidade de que o magistrado decida se concederá ou não medicamentos e serviços de saúde a pessoas que não conseguem obtê-los diretamente através do Sistema Único de Saúde.

A problemática a ser enfrentada diz respeito ao crescimento exponencial de tais ações individuais e de que forma tal aumento ocasiona sérios impactos nas mais variadas áreas, envolvendo aspectos sociais, orçamentários e políticos. Para tanto, serão analisados dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Saúde, com o intuito de se conceber uma visão mais concreta no que tange à extensão da problemática debatida no presente estudo.

Deste modo, com o objetivo de se examinar de forma mais científica a questão, será feita uma inserção teórica a respeito do direito à saúde. Assim, o primeiro capítulo buscará contextualizar tal direito, delimitando seu conceito, trazendo suas dimensões e aspectos característicos, de modo a situá-lo como direito fundamental social, e, portanto, detentor de tutela diferenciada, especialmente em face de sua estreita relação com a garantia do mínimo existencial e da proteção que lhe é outorgada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo terá por finalidade examinar a atuação do Poder Judiciário nas demandas de saúde, distinguindo os institutos do ativismo judicial, como fenômeno nocivo à prestação jurisdicional adequada, da judicialização da saúde, em que o cidadão recorre à justiça, na tentativa de obter os medicamentos e serviços que necessita à promoção, proteção e recuperação de seu bem estar físico e mental. Neste capítulo também serão indicadas algumas das possíveis causas geradoras desses fenômenos, bem como os impactos que têm sofrido as políticas públicas desta área, especialmente no tocante aos aspectos orçamentário, político e social.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão apresentados alguns critérios que buscam auxiliar o Poder Judiciário na solução das demandas individuais de medicamentos, de forma a promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Será destacada, primeiramente, a reserva do possível e sua relação com a garantia do mínimo existencial, servindo como um indicador de que os direitos sociais que envolvam prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado; em seguida, será ressaltada a necessidade de observância dos protocolos e políticas assistenciais de saúde já existentes, devendo-se levar em consideração, especialmente, os parâmetros traçados pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da audiência pública nº 4; por fim, sem que se pretenda esgotar o tema, serão analisados outros mecanismos de auxílio ao Poder Judiciário, citando-se exemplos de algumas iniciativas já implementadas, com sucesso, em Tribunais brasileiros, como a criação dos Núcleos de Assessorias Técnicas (NATs), a celebração de convênios com médicos e farmacêuticos com o intuito de disponibilizar suporte técnico aos magistrados quando se depararem com questões clínicas apresentadas nas ações de saúde, além da busca pela resolução dos conflitos na via administrativa, dentre outras.

Mister registrar que, para viabilizar a elucidação do tema desenvolvido no decorrer deste trabalho, a metodologia adotada foi a pesquisa dogmática, através do exame da legislação constitucional e infraconstitucional pertinente, bem como da apresentação de diversificado entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, de forma a subsidiar o estudo realizado.

1. SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

1.1. Direitos fundamentais:

Para que se possa visualizar o direito à saúde como integrante do rol dos direitos fundamentais sociais, é necessário, primeiro, entender como funciona a categoria dos direitos fundamentais como um todo. Para tanto, buscar-se-á analisar o conceito, a classificação e a carga de eficácia de tais direitos.

1.1.1. Delimitação conceitual

A conceituação dos direitos fundamentais não se mostra tarefa simples. Isso porque o catálogo de tais direitos vem ganhando densidade com o passar dos anos, a depender das exigências específicas de cada momento histórico.

Estabelecer a classe de direitos que se enquadram como fundamentais não é algo que se possa fazer de maneira homogênea, com observância de um padrão estipulado ou com base em uma estrutura normativa comum aos diversos direitos fundamentais.

Na verdade, tais direitos são fruto de um dado momento histórico e dos ideais políticos que foram adotados por determinada sociedade, os quais terminam por refletir em sua produção normativa.

Nesse sentido também se mostra a conceituação estabelecida por José Afonso da Silva, segundo a qual os direitos fundamentais do homem referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando, no nível do direito positivo, prerrogativas para garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, que devem ser não apenas formalmente reconhecidas, mas concretamente efetivadas. Já pela qualidade de fundamentais, entende como sendo as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não possui uma existência ou mesmo uma sobrevivência.¹

Para Gonet Branco, a característica básica que serviria para definir um direito como sendo fundamental seria a intenção de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o autor define os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, como sendo

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 180.

pretensões que, a depender do momento histórico, se revelam a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.²

Ingo Sarlet, por sua vez, entende que, independentemente da possibilidade de se sustentar que a base dos direitos fundamentais contempla sempre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o fato é que o próprio sistema constitucional detém uma coerência interna e fornece referenciais para a determinação desses direitos.

Um dos referenciais citados pelo autor diz respeito à norma contida no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual todos os direitos e garantias fundamentais detêm a condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis. Tal característica outorga aos direitos fundamentais uma qualidade comum e distintiva das demais normas constitucionais.

Outro referencial seria a proteção especial conferida ao conjunto dos direitos fundamentais pelo fato de terem sido alçados pelo Constituinte à condição de limites materiais à reforma constitucional, ou seja, foram incluídos no rol das chamadas cláusulas pétreas, com previsão no artigo 60, §4º, da Constituição Federal.

Destarte, conclui o autor que, além de existir uma unidade de conteúdo ou mesmo certos elementos comuns aos direitos fundamentais, também a prerrogativa de aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos e garantias e a sua proteção reforçada contra alterações promovidas pelo legislador podem ser considerados como elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais.³

Percebe-se, portanto, que, mesmo a doutrina não estabelece (e nem poderia, dado o fato de que tais direitos são relacionados ao momento histórico em que se encontram) um conceito estanque e taxativo acerca dos direitos fundamentais. O que se mostra mais relevante, contudo, não é a busca de uma definição precisa do que seriam tais direitos, mas a carga social que eles ostentam, o seu conteúdo e as funções que desempenham na sociedade, as quais serão analisadas a seguir.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 72-74.

1.1.2. Os direitos fundamentais como direitos de defesa, de prestação e de participação.

No final do século XIX, o publicista alemão Georg Jellinek concebeu a teoria de quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado: o primeiro *status* seria o *status subjectionis* ou passivo, representado por uma relação de subordinação do indivíduo com o Poder Público, de modo a ostentar deveres com o Estado; o segundo *status* seria o negativo, o qual atribui ao homem uma margem de liberdade em relação às interferências dos Poderes Públicos, podendo exigir a não intervenção em sua esfera individual; o terceiro *status* seria aquele através do qual o indivíduo possui a prerrogativa de exigir do Estado que atue de forma positiva, isto é, que desempenhe certa prestação, denominado *status civitatis* ou positivo; por fim, o quarto *status* seria o chamado ativo, em que o sujeito detém competência para influenciar a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, no direito de voto.⁴

A partir da análise da teoria desenvolvida por Jellinek, Robert Alexy desenvolveu um critério de classificação dos direitos fundamentais segundo a sua funcionalidade no ordenamento jurídico, a qual foi sistematizada por J.J. Gomes Canotilho em direitos fundamentais de defesa, direitos a prestação e direitos de participação.⁵

Os direitos fundamentais cumprem sua função de defesa em duas hipóteses: quando vedam os poderes públicos de se imiscuírem na esfera jurídica do indivíduo, estabelecendo normas de competência negativa; ou quando implicam o poder de exercer, de maneira positiva, direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissão dos poderes públicos, evitando agressões a si, traduzindo as denominadas liberdades negativas.⁶

Tal função pode ser compreendida, portanto, como um mecanismo de proteção da liberdade individual do sujeito contra interferências ilegítimas do Poder Público, independentemente de onde provier o ato, seja do Poder Executivo, Legislativo ou do Judiciário.⁷

No entendimento de Gonet Branco, os direitos fundamentais a prestação, ao contrário dos direitos de defesa, impõem uma atuação por parte do Estado, objetivando que este atenu

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

⁵ SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁶ *Ibid.*, p. 48-50.

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237.

desigualdades e assegure aos indivíduos condições materiais indispensáveis ao exercício de suas liberdades.⁸

Com esse objetivo, os direitos a prestação se traduzem por ações positivas do Estado, as quais podem refletir a imposição de prestações materiais ou jurídicas.

Pelas prestações jurídicas têm-se aquelas através das quais ao Estado incumbirá a emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento. Como exemplo, pode-se citar o fato de a Constituição estabelecer a obrigação do Estado de, diretamente, editar normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais ou mesmo nos casos em que os direitos fundamentais dependem da edição de normas infraconstitucionais para que seja estipulado o modo de seu exercício e seu significado.

Os direitos a prestações materiais, por sua vez, de acordo com o autor, são denominados direitos a prestação em sentido estrito, na medida em que revelam a concepção social do Estado, são os direitos sociais por excelência. Possuem a pretensão de atenuar as desigualdades de fato na sociedade, de modo que um maior número de indivíduos possa desfrutar do gozo de sua liberdade efetiva. São exemplos de tais direitos aqueles previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, entre outros.

A maioria dos direitos a prestação material depende da intermediação do legislador para produzir seus efeitos. Isso decorre tanto da forma como são enunciados pela Constituição quanto pelas peculiaridades de seu objeto. O fato é que tais direitos possuem importante dimensão econômica, dependendo de fatores como a disponibilidade orçamentária do Estado. Estão sujeitos, portanto, à reserva do possível, na medida em que a sua efetivação depende das disponibilidades materiais do Estado.

Por fim, os direitos de participação podem ser concebidos como aqueles em que os cidadãos possuem efetiva participação na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relacionado aos direitos políticos. É certo que tais direitos, conforme suas características, podem ser situados tanto entre os direitos a prestação como entre os direitos de defesa.

Cumprе destacar que, dada a complexidade inerente a alguns dos direitos fundamentais, não se faz possível o seu enquadramento exclusivo em uma das categorias referidas. É o caso do

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181- 189.

direito à proteção e promoção da saúde, o qual pode apresentar uma vertente de direito de defesa, quando exige que o Estado se abstenha de adentrar na esfera de individualidade do paciente, ou mesmo uma vertente prestacional, quando exige deste o fornecimento de medicamentos ou a garantia de tratamentos de saúde.

1.1.3. Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Há de se analisar, ainda, outra relevante perspectiva a ser considerada quanto aos direitos fundamentais, segundo a qual estes direitos podem ser enxergados sob a ótica das dimensões subjetiva e objetiva.

Pela dimensão subjetiva traduz-se a idéia de que o titular de um direito fundamental possui a prerrogativa de impor judicialmente os seus interesses, juridicamente tutelados, em desfavor de um destinatário ou obrigado⁹.

Tal imposição judicial pode refletir tanto a exigência de uma ação negativa quanto positiva em relação aos direitos, liberdades e garantias que lhe são outorgados pela norma consagradora do direito fundamental.

Assim, a dimensão subjetiva dos direitos estaria representada por uma liberdade de atuação de seu titular, servindo como pressuposto autorizador para que ele exija, mesmo em juízo, o cumprimento de uma obrigação objeto da norma, ou para que garanta imunidade ao cumprimento de uma obrigação imposta por outrem.¹⁰

A dimensão objetiva, por sua vez, advém do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Isso porque tais direitos fazem parte da essência do Estado Democrático de Direito, operando como limitadores do poder e firmando diretrizes para sua atuação.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de ser considerados, exclusivamente, como garantidores de interesses do indivíduo, passando a legitimar limitações aos próprios direitos subjetivos individuais, restringindo o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente relevantes.

⁹ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 38-42.

¹⁰ SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70-74.

Tal dimensão é responsável, por exemplo, por impor ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais contra as ingerências de particulares ou do próprio Poder Público, apresentando, portanto, um aspecto prestacional positivo, na medida em que se cobra a adoção de medidas, sejam materiais ou jurídicas, que assegurem e concretizem os direitos fundamentais.

O dever de proteção é mais comumente associado aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física, incluindo o direito à saúde, que integra o rol dos direitos fundamentais sociais, a ser analisado a seguir.

1.2. Direitos fundamentais sociais

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 6º um rol de direitos sociais, são eles: educação, saúde, alimentação (incluído pela EC n. 64/2010), trabalho, moradia (incluído pela EC n. 26/2000), lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

Não há dúvidas, contudo, que tal rol não contempla todos os direitos sociais previstos no texto constitucional. Com efeito, o próprio artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal consagra a possibilidade de existirem outros direitos e garantias decorrentes da própria carta constitucional e também dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Também o artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, reforça tal idéia ao declarar que não estão excluídos do rol de direitos sociais também aqueles que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Assim, evidencia-se que o Constituinte optou por conferir maior amplitude ao texto constitucional, de modo a admitir que outros direitos pudessem vir a ser reconhecidos como direitos fundamentais ao homem.

Em verdade, o extenso rol dos direitos sociais demonstra que estes direitos não possuem um núcleo unitário, mas heterogêneo, sendo mais evidente sua caracterização pelo seu objetivo ou pelo seu alcance do que pelo seu núcleo.¹¹

Tal amplitude pode ser justificada pelo contexto histórico em que os direitos sociais passaram a ter sua efetiva implementação na sociedade.

Isso porque, embora a Constituição de 1934, sob influência europeia, tenha sido a primeira a consagrar os direitos sociais em seu texto, versando sobre justiça social e conferindo destaque para os direitos dos trabalhadores, especialmente no âmbito da ordem social e econômica da Constituição, foi somente com a Constituição de 1988 que se adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do constitucionalismo brasileiro, passando a destinar um capítulo próprio para sua consagração, o dos “Direitos Sociais”.¹²

A efetiva implementação dos direitos sociais ocorre de fato com o surgimento do Estado Social, em que se busca a concretização de direitos da coletividade em detrimento dos direitos de cunho individualista, os quais evidenciaram a crise do liberalismo diante da constatação de insuficiência do Estado abstencionista.

Assim, com a eclosão de diversos movimentos sociais, os quais pleiteavam a oferta de proteção à classe operária, pobre e oprimida e aos cidadãos marginalizados pela sociedade, têm origem os denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, que consagram os direitos sociais, culturais e econômicos.

Deste modo, no âmbito do Estado Social e assistencialista, os direitos sociais, como nova categoria de direitos fundamentais, têm como objetivo possibilitar a concretização da igualdade liberal que se mostrou meramente formal, garantindo efetivamente direitos que protejam a dignidade do homem, os quais somente poderiam ser realizados por meio de condutas protetoras do Estado¹³

Tal visão é reforçada, por exemplo, na conceituação trazida por José Afonso da Silva, segundo o qual, “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas

¹¹ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 75.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 691.

¹³ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 45-46.

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a igualar situações sociais desiguais”¹⁴.

Contudo, a concepção segundo a qual somente por meio de prestações positivas poderia o Estado assegurar a tutela de direitos sociais restou superada pela doutrina contemporânea, a qual passou a conceber que tais direitos podem ser garantidos não só por meio de ações diretas, mas também por meio de meras abstenções.

Entende-se, assim, que, do mesmo modo como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais possuem uma dupla dimensão negativa e positiva, conforme destaca Ingo Sarlet:

neste contexto, convém sublinhar que os direitos sociais, embora habitualmente referidos ao princípio da igualdade na sua vertente substantiva, não se limitam à função de direitos a prestações materiais, de tal sorte que também para os direitos sociais vale a premissa de que todos os direitos fundamentais apresentam uma perspectiva (ou dimensão) positiva ou negativa. (...)

Valendo-nos do exemplo do direito à saúde, este apresenta uma evidente dimensão defensiva, no sentido de gerar um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos (estatais e privados) que possam causar dano ou ameaçar a saúde da pessoa, sem prejuízo de sua simultânea função prestacional (positiva), pois ao Estado incumbe a criação de todo um aparato de proteção (vg., as normas penais que vedam lesões corporais, morte, charlatanismo etc.), assim como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação e conferências de saúde, entre outros), além do dever estatal de fornecimento de prestações no campo da assistência médico-hospitalar, medicamentos, entre outras. Em síntese, os direitos sociais, na condição de direitos subjetivos, operam como direitos de defesa e direitos a prestações, que podem ser tanto direitos a prestações fáticas, quanto direitos a prestações normativas, de caráter organizatório e procedimental.¹⁵

Uma vez demonstrada a dúplici função dos direitos sociais, seja em seu caráter prestacional ou defensivo, cumpre analisar a problemática que envolve a efetividade e aplicabilidade de tais direitos na Constituição Federal de 1988.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 288-289.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 567-568.

1.2.1. Eficácia dos direitos fundamentais sociais

Antes de se adentrar, efetivamente, na temática que envolve a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, cumpre realizar algumas considerações terminológicas quanto às distinções feitas pela doutrina acerca de tais conceitos.

Inicialmente, há de se destacar que a doutrina realiza importante diferenciação entre as noções de vigência e eficácia.

A vigência, de acordo com a clássica conceituação de José Afonso da Silva, a qual será adotada no presente trabalho, está relacionada à existência da norma no ordenamento jurídico, após sua regular promulgação e publicação, tornando-a de observância obrigatória pela sociedade. Deste modo, a vigência constituiria pressuposto ao reconhecimento da eficácia da norma, isto é, para que uma norma seja eficaz, necessariamente precisa estar em vigor.¹⁶

A eficácia, por sua vez, de acordo com o posicionamento do tradicional constitucionalista pátrio, está relacionada à idéia de aplicabilidade das normas jurídicas, existindo uma relação de complementariedade entre ambos os conceitos.

O autor defende ainda a existência de duas acepções do conceito de eficácia. A primeira delas seria a eficácia social da norma, a qual estaria representada por sua obediência e aplicação no plano dos fatos, confundindo-se, portanto, com a idéia de efetividade. Já a segunda acepção seria aquela relativa à eficácia jurídica, traduzida pela aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.¹⁷

Nesse sentido, Ingo Sarlet, em sintonia com a conceituação trazida por José Afonso da Silva, defende que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, representando as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar em uma norma eficaz, mas que seja destituída de aplicabilidade. Isso, contudo, não impede que a norma eficaz (por ser sempre aplicável) deixe de ser aplicada no caso concreto, e, portanto, não alcance a sua eficácia social ou efetividade.¹⁸

Deste modo, acerca da definição de eficácia e aplicabilidade da norma, sintetiza o autor:

podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

¹⁷ *Ibid.*, p. 65-66.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 238.

de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.¹⁹

Pois bem, estabelecida uma breve delimitação acerca dos conceitos de eficácia e aplicabilidade da norma jurídica, passa-se a analisar, efetivamente, como os direitos fundamentais são enxergados sob tal perspectiva, isto é, em que medida são dotados de eficácia e aplicabilidade.

De acordo com o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.²⁰

Pela leitura do referido dispositivo, percebe-se que as normas que consagram direitos fundamentais são normas de conteúdo preceptivo e não meramente programático. Isso porque os direitos fundamentais têm como fundamento a própria Constituição e não a lei, de modo que esta que deve se amoldar aos direitos fundamentais e não o contrário.²¹

Não há como deixar de se reconhecer, entretanto, que nem sempre os direitos fundamentais serão aptos a gerar, de forma automática, direitos subjetivos, concretos e definitivos. Com efeito, nem todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais serão dotadas da mesma carga eficaz.²²

Um importante fator que demonstra a diferença de eficácia entre as normas se dá a partir das funções preponderantes que estas exercem, sejam como normas garantidoras de direitos fundamentais de defesa ou como garantidoras de direitos a prestações.

A plena eficácia dos direitos de defesa, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, garantias institucionais e direitos políticos, é questão que não demanda, como regra, maiores discussões por parte da doutrina. Na medida em que tais direitos geralmente se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de interferir na esfera de autonomia do indivíduo, não se constata, em regra, a dependência de realização destes direitos das prestações do Estado ou dos destinatários da norma. Além disso, sua aplicabilidade imediata

¹⁹ Ibid., p. 240.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de maio de 2015.

²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174.

²² BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 56.

e eficácia plena também podem ser justificadas pela circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte suficiente normatividade, independentemente de concretização legislativa. Assim, tais direitos são vistos com plena justiciabilidade, no sentido de que possuem ampla exigibilidade em juízo.²³

Os direitos fundamentais a prestações, como visto anteriormente, são caracterizados por exigirem condutas positivas do Estado, consistentes, em regra, em prestações de natureza fática ou normativa. Justamente em razão de seu objeto e da forma como costumam ser positivados, o debate acerca da eficácia e aplicabilidade de tais direitos encerram maiores debates.

A objeção mais comum²⁴, embora seja atualmente a menos utilizada, quanto à aplicabilidade imediata e eficácia plena dos direitos sociais prestacionais está relacionada ao argumento de que as normas reguladoras de direitos sociais teriam cunho meramente programático ou, no máximo, seriam impositivas de programas, fins e tarefas, as quais (diferentemente das normas meramente programáticas) possuiriam eficácia vinculativa, mas, mesmo assim, não poderiam, sem prévia manifestação legislativa, servir como fundamento para a retirada direta do texto constitucional de deveres de prestação por parte do Estado.²⁵

Tal linha de argumentação, contudo, não se revela a mais acertada, especialmente porque exclui qualquer possibilidade de busca em juízo de direitos subjetivos a prestações, especialmente os de cunho material. Entender dessa forma significa ir de encontro à interpretação literal e compreensão dominante do disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal e até mesmo esvaziar o conteúdo dos próprios direitos sociais, na medida em que perderiam sua condição de direitos fundamentais, caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia e efetividade ficassem dependentes da vontade do legislador.²⁶

Entende-se, nesse sentido, que a melhor interpretação conferida referido dispositivo constitucional, é aquela que parte da premissa de que se trata de uma norma de caráter eminentemente principiológico, considerando-a como um mandado de otimização, isto é, como uma forma de se estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 274-275.

²⁴ As demais questões que influenciam na problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais fundamentais, tais como a reserva do possível, a garantia do mínimo existencial, a alegação de impossibilidade do controle judicial das políticas públicas, dentre outras, serão objeto de análise mais aprofundada no decorrer do presente estudo.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 574.

²⁶ *Ibid.*, p. 575.

possível aos direitos fundamentais. Gera-se, assim, uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de modo que a recusa de sua aplicação, por falta de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada e justificada.²⁷

Tal hipótese excepcional, apta a justificar o afastamento da presunção de aplicabilidade, somente poderá ocorrer nos casos em que a norma garantidora de direitos fundamentais não possuir suficiente normatividade, sendo impossibilitada de gerar a plenitude de seus efeitos sem a necessária concretização legislativa.²⁸

Mesmo em tais casos, há de se ressaltar que as normas que consagram direitos fundamentais sociais deflagram efeitos, porém, em menor intensidade, eis que dependem de legislação infraconstitucional.²⁹

Assim, entende-se que, a exemplo das demais normas constitucionais, os direitos fundamentais prestacionais, especialmente o direito à saúde, o qual é objeto do presente estudo, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida dessa aptidão, diretamente aplicáveis. Já o quanto de eficácia que cada direito fundamental a prestações irá possuir dependerá sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e da análise do seu objeto.³⁰

1.3. A saúde e a garantia do mínimo existencial

A noção de mínimo existencial se revela, em sua origem, como uma construção jurídica de origem alemã, surgida no pós-guerra, com o objetivo de superar a ausência de previsão expressa do rol de direitos fundamentais sociais na Constituição de Bonn, de 1949.³¹

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 270.

²⁸ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 57.

²⁹ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 58.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 281.

³¹ URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n. 188, p. 179-190, out./dez. 2010.

A Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, através de uma interpretação sistemática do Princípio do Estado Social.³²

Nos moldes estabelecidos pela referida Corte e também pela doutrina alemã, o mínimo existencial foi concebido de forma a abranger mais do que simplesmente a garantia de mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Passou-se a entender que a dignidade da pessoa humana somente estaria assegurada quando fosse permitido a determinado indivíduo a plena fruição de seus direitos fundamentais.³³

A partir do contexto alemão, é possível se constatar que a garantia do mínimo existencial não depende de expressa previsão constitucional para que seja reconhecida, uma vez que já decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, no Brasil, embora o texto constitucional não tenha consagrado expressamente como direito de todos a garantia do mínimo existencial, não se pode desconsiderar que a garantia de uma vida digna consta do rol de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a qual resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar de 1919.³⁴

O mínimo existencial pode ser definido, portanto, como um direito às condições mínimas de existência humana digna, o qual não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos, podendo, ainda, se exigir do governo a realização de prestações positivas.³⁵

A delimitação dos elementos que integram o mínimo existencial se revela tarefa de alta complexidade, em razão da impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e taxativa, um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes a tal garantia. É vedado até mesmo ao legislador fixar valores estanques e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial. Isso porque, o que compõe o mínimo de

³² BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 86.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 566-567.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-314.

existência reclama uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.³⁶

Na tentativa de esclarecer a extensão do mínimo existencial, ensina Ricardo Lobo Torres:

carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social.³⁷

Constata-se que, apesar da evidenciada dificuldade em se definir qual o rol das prestações que integram o mínimo existencial, há razoável consenso de que nele se inclui, pelo menos, uma renda mínima, a saúde básica e a educação fundamental, além do elemento instrumental, consubstanciado no acesso à justiça, que se mostra indispensável à exigibilidade e efetivação dos direitos.³⁸

Especificamente em relação à saúde, não há dúvidas de que o efeito pretendido pelas disposições constitucionais que tratam da matéria é que todos desfrutem de todas as prestações necessárias à prevenção e recomposição de seu estado de saúde. Contudo, em face das realidades do sistema constitucional como um todo e das limitações materiais dos recursos disponíveis³⁹, verificou-se que apenas um núcleo básico das prestações de saúde poderia vir a integrar o conteúdo do mínimo existencial.⁴⁰

O problema reside, justamente, em estipular a extensão das prestações de saúde que fazem parte do mínimo existencial.

³⁶ Ibid., p. 25-26.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 314.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

³⁹ Tais limitações materiais de recursos equivalem ao que se denomina “reserva do possível”, conceito que será abordado e aprofundado em tópico específico deste trabalho.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 329-330.

Para Rafael Lazari ⁴¹, o conteúdo da saúde poderia ser dividido em cinco partes: saúde preventiva, a englobar as políticas públicas que antecedem a própria doença, como o acompanhamento da gravidez e das primeiras semanas do recém-nascido; saúde restauradora, correspondente às políticas concomitantes ao acometimento da doença, como no caso do fornecimento de medicamentos de alto custo que não constam da lista do SUS; saúde pós restabelecimento, seria aquela em que estariam inseridas as políticas posteriores à doença, mas cuja cura ou controle não impedem que medicamentos ou tratamentos durem por um longo tempo, como no caso dos portadores do HIV; saúde experimental, na qual se inserem os pedidos de tratamentos e medicamentos não autorizados pela ANVISA, os carentes de comprovação de sua eficácia, pedidos de tratamento no exterior, dentre outros; por fim, existiriam as demais questões atinentes à saúde, como realização de cirurgias estéticas e de mudança de sexo etc.

Para o autor, somente a saúde preventiva, a saúde restauradora e a saúde pós restabelecimento poderiam integrar o conteúdo do mínimo existencial, porquanto somente tais modalidades possuiriam baixo custo, grande proficuidade e garantiriam maior assistencialismo aos pacientes necessitados.

Em contrapartida a tal entendimento, demasiadamente amplo, acerca do que integraria o mínimo de existência no tocante às prestações de saúde, Ana Paula de Barcellos sustenta que a maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial deve estar relacionada não com o estado de saúde das pessoas, mas sim, com as prestações de saúde disponíveis. Assim, defende a inclusão no mínimo existencial daquelas prestações que vão ao encontro das prioridades estabelecidas pela Constituição Federal, quais sejam, serviço de saneamento (arts. 23, IX, 198, II e 200, IV), atendimento materno infantil (art. 227, §1º, I), ações de medicina preventiva (art. 198, II) e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II). ⁴²

Entende-se, contudo, que, se o minimalismo exagerado ameaça o direito à vida, não se pode desconsiderar que o outro extremo transborda os limites do mínimo existencial. Há de se reconhecer que a linha divisória é bastante tênue. Mas, ainda que não seja possível traça-la de maneira precisa, ao menos não em abstrato, o certo é que não se pode excluir do mínimo

⁴¹ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 122-124.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 329.

existencial as prestações vitais. Com efeito, outros fatores além das prestações disponíveis devem ser levados em consideração para, na solução do caso concreto, separar aquilo que faz parte do mínimo existencial e o que, não obstante mantenha seu caráter jusfundamental, encontre-se em uma área mais periférica do direito à saúde e, portanto, dependente da vontade governamental em instituir as políticas públicas correspondentes.⁴³

1.3.1. Proteção da saúde no ordenamento jurídico brasileiro

Cumprido destacar, inicialmente, que a concepção de saúde, como premissa básica no exercício de cidadania do ser humano, não se revela apenas como a ausência de doenças, mas também como um conjunto de direitos fundamentais sociais, ou prestacionais, que se configura como um dos elementos em destaque na transformação do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, passando, assim, a constar no catálogo constitucional de direitos que impõem um dever ao Estado (direitos à prestação).⁴⁴

Com a transição do Estado liberal para o social, ocorreu uma marcante transformação no plano dos direitos fundamentais, passando os direitos sociais a ostentar a característica de fundamentalidade. Em razão de tal fato, o Estado passa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social dos cidadãos, eis que não se mostra mais suficiente apenas a garantia de segurança, propriedade e liberdade, mas passa-se a exigir também medidas de planejamento econômico e social aptas a estruturar um sistema de prestações sociais.⁴⁵

Nesse contexto, os cidadãos passaram a exigir do Estado não mais uma atividade abstencionista, negativa, mas uma ação positiva, por meio de uma efetiva garantia e eficácia do direito fundamental à saúde.

Fazendo-se uma breve retomada histórica do Sistema de Saúde no Brasil, pode-se perceber que as primeiras Constituições existentes, tais como a de 1824 e a de 1891 nada

⁴³ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 136.

⁴⁴ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 115.

⁴⁵ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

dispunham sobre o direito à saúde, o qual somente veio ser tratado, ainda que precariamente, na Constituição de 1934.⁴⁶

Tal Constituição possuía forte inspiração da Constituição de Weimar de 1917 e representava o pretense Estado Social de Direito Brasileiro. Assim, tal carta constitucional trouxe vários títulos inexistentes nas Constituições anteriores, os quais tratavam da ordem econômica e social, da família, da educação, da cultura e da segurança nacional. Nela já era possível encontrar alguma medida relacionada à saúde, a qual, no entanto, se limitava a atribuir à União e aos Estados competência concorrente para tratar da saúde e assistências públicas. Na realidade, no contexto histórico brasileiro da época, a preocupação de garantia assistencial era destinada precipuamente à proteção da saúde do trabalhador.⁴⁷

As demais Constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1969 também não trouxeram grandes mudanças na proteção do direito à saúde, mas apenas se limitaram a traçar alterações no âmbito das competências legislativas para regulamentação de tal direito, o qual tinha a esfera de proteção social restrita aos contribuintes do sistema previdenciário.⁴⁸

A consagração de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, como um direito correlacionado, mas não propriamente integrado ou subsumido à garantia de assistência social, somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988, rompendo, assim, com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, o qual teve grande influência para o Constituinte originário, especialmente pelo resultado dos debates ocorridos na VIII Conferência Nacional de Saúde.⁴⁹

O relatório da referida Conferência continha as diretrizes básicas definidoras da política nacional de saúde a ser seguida pelo Constituinte brasileiro, dentre as quais, as principais destacadas por André Bianchi são:

adoção de um conceito de saúde relacionado com os seus demais determinantes e condicionantes: trabalho, salário, alimentação, habitação, transporte, meio ambiente etc.; acesso universal e igualitário à saúde; responsabilidade estatal na

⁴⁶ MENEZES, op.cit., p. 116.

⁴⁷ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 88.

⁴⁸ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 116.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

promoção, proteção e recuperação da saúde; natureza pública das ações e serviços de saúde; constituição de um Sistema Único de Saúde, organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada e descentralizado para os Estado e Municípios; subordinação do setor privado às normas do Sistema Único de Saúde e contratado segundo as normas de direito público; e desvinculação em relação ao sistema de Previdência Social, com a adoção de financiamento autônomo e estabelecimento de pisos de investimento.⁵⁰

Tais diretrizes encontram-se delineadas em diversos dispositivos espalhados pela Constituição Federal. Contudo, há de se destacar os dois principais artigos que refletem o tratamento constitucional assegurado ao direito fundamental à saúde.

O primeiro deles é o artigo 6º da Constituição da República, que eleva o direito à saúde ao *status* de direito fundamental social ao assim dispor: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição Federal”.⁵¹

Da leitura do texto constitucional, é possível se verificar que o SUS foi dimensionado conjuntamente com a previdência social e a assistência social. Contudo, não obstante compartilhem do mesmo sistema, o da seguridade social, cada uma dessas esferas foi organizada de maneira própria, eis que são dotadas de peculiaridades que as impediram de serem normatizadas constitucionalmente de forma igual.⁵²

Deste modo, o segundo dispositivo a ser destacado é o artigo 196 da Constituição Federal que possui a seguinte redação: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁵³

Da leitura de tais dispositivos é possível extrair algumas considerações importantes a respeito da forma como foi assegurada a tutela constitucional do referido direito fundamental social.

A primeira delas é que o próprio Constituinte determinou a forma através da qual a saúde será garantida, isto é, mediante a implementação de políticas públicas sociais e econômicas. Tais

⁵⁰ BIANCHI, op. cit., p. 92.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de maio de 2015.

⁵² SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 107.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de maio de 2015.

políticas públicas devem ter por objetivo não somente o tratamento da doença em si, mas, em uma interpretação mais ampla, a redução do risco de outras doenças.⁵⁴

Além disso, as ações e serviços de saúde devem ser disponibilizados a todas as pessoas de forma equitativa. Em face de tal comando, surgem como mandamentos essenciais, os princípios da universalidade e igualdade de acesso desses serviços.

Pela universalidade de atendimento, entende-se que os serviços de saúde são acessíveis a todas as pessoas, independentemente de qualquer outra característica que não a de ser humano. Já a igualdade de acesso preconiza que a atenção conferida àqueles que se encontram na mesma situação clínica deve ser a mesma.⁵⁵

Assim, após estabelecer a forma através da qual se dará a tutela do direito à saúde, a Constituição passa, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, a atribuir à lei o modo de sua regulamentação, fiscalização e controle, admitindo sua execução de forma direta, isto é, por meio do Poder Público, ou através de terceiros (pela iniciativa privada).⁵⁶

Em seguida, o artigo 198 da Constituição Federal representa o sustentáculo constitucional dado à criação do Sistema Único de Saúde – SUS, o qual se estrutura através de uma rede de ações e serviços de saúde regionalizada e hierarquizada, sendo organizada conforme as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais e participação da comunidade.⁵⁷

Além das atribuições conferidas ao SUS pelo artigo 200 da Constituição Federal de 1988, pouco tempo após a entrada em vigor da carta constitucional, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), a qual foi responsável por estabelecer a estrutura e o modelo operacional do sistema único de saúde. Tal sistema foi concebido como um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da

⁵⁴ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 79.

⁵⁵ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 113.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 de junho de 2015.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 de junho de 2015.

Administração direta e indireta, podendo, ainda, contar com a participação da iniciativa privada em caráter complementar.⁵⁸

Dentre as principais contribuições trazidas pela Lei Orgânica da Saúde pode-se citar a explicitação dos objetivos e atividades do SUS (artigos 5º e 6º, da Lei 8.080/90, respectivamente), a estipulação dos princípios sobre os quais se encontra estruturado o sistema de saúde (artigo 7º), as competências e atribuições cabíveis a cada um dos entes federativos (artigos 15 a 17) e sua forma de financiamento (artigos 31 e seguintes).

Cumprir destacar, ainda, outras disposições normativas de relevo no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à proteção do direito fundamental à saúde, tais como: a Lei 8.142/90, que disciplina a participação da comunidade na gestão do SUS; Lei 9.313/96, responsável por regulamentar a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes da AIDS; Lei 9.347/97, a qual trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano; a Portaria GM/MS nº 3.916/98, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos; a Portaria GM/MS nº 1.318/02, a qual, complementada pela Portaria SAS/MS nº 921/02, regulamentam o Programa de Medicamentos de Dispensação de Caráter Excepcional, dentre outras.⁵⁹

2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE

Traçados os contornos acerca do direito à saúde como direito fundamental social, definidas suas dimensões e as questões relativas à sua eficácia e aplicabilidade, bem como a forma como é normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se, então, a analisar a atuação do Poder Judiciário nas demandas de saúde, isto é, a excessiva judicialização e o ativismo judicial nas causas que envolvem a obtenção de medicamentos de forma individual.

⁵⁸ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 151.

⁵⁹ FUHRMANN, Italo Roberto. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. Brasília: Editora Consulex, 2014, p. 99-100.

2.1. Judicialização Vs. Ativismo Judicial

Inicialmente, cumpre destacar que, embora alguns autores⁶⁰ não façam distinção acerca dos conceitos de judicialização e de ativismo judicial, tratando-os como questões sinônimas, no presente estudo, entende-se importante realizar a sua distinção com o intuito de se obter uma visão mais detalhada e clara acerca do problema.

A judicialização pode ser definida como um fenômeno através do qual questões de ampla repercussão política e social, as quais deveriam estar sendo objeto de análise pelo Poder Legislativo e Executivo, estão sendo objeto de deliberação pelo Poder Judiciário, evidenciando certa transferência de poder em favor deste último. É um fato que decorre do próprio modelo constitucional adotado por determinado Estado e independe da vontade do Poder Judiciário, trazendo o debate político para o âmbito judicial.⁶¹

O ativismo judicial, por sua vez, consiste em um comportamento proveniente de uma atitude do Poder Judiciário, através da qual o magistrado age conforme suas convicções e crenças pessoais e não em face da moralidade que rege a comunidade política.⁶²

Evidencia-se que, embora tais institutos possuam certo grau de afinidade, não possuem as mesmas bases e características. Luís Roberto Barroso traz importante elucidação acerca do traço distintivo existente entre ambos os conceitos, ao dispor que

a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder

⁶⁰ Italo Roberto Fuhrmann, por exemplo, considera tais conceitos como sinônimos, dispondo que “o termo judicialização ou ativismo judicial pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva”. “Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília: Editora Consulex, 2014, p.127-128.

⁶¹ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 119-120.

⁶² NEGRI, André Del; RIBEIRO Ramon Antunes. Acesso à jurisdição e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 63-80, abr/jun 2014.

Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁶³

No Brasil, pode-se constatar a ocorrência do ativismo judicial em diversas situações, tais como: a criação de nova hipótese de perda do mandato parlamentar, em virtude do reconhecimento de que o mandato eletivo pertence ao partido político e não ao candidato; edição de uma súmula vinculante segundo a qual a vedação ao nepotismo é estendida aos demais Poderes; a distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos médicos em determinados casos específicos, mas, especialmente, naqueles relativos ao fornecimento de fármacos não incluídos na Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF, dentre outros.⁶⁴

É possível se verificar a ocorrência das duas situações, seja a de judicialização ou de ativismo judicial, no âmbito do direito à saúde. O problema encontra-se justamente no aumento excessivo da judicialização das demandas de saúde, com a massificação das ações individuais de fornecimento de medicamentos, bem como através dos crescentes casos de ativismo judicial, em que o magistrado começa a fugir da técnica, flexibilizando-a e criando um procedimento novo, julgando de forma subjetiva e temerária.

Diante dessa constatação, faz-se necessário investigar as possíveis causas e reflexos que estes fenômenos têm acarretado no direito fundamental à saúde.

2.2. Prováveis causas do ativismo judicial e da excessiva judicialização no fornecimento de medicamentos

Um estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ demonstra a quantidade crescente de demandas judiciais de saúde através da divulgação do número de ações ajuizadas no âmbito dos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais do país.

Até 2011, segundo o relatório, tramitavam, com exceção dos Tribunais de Justiça do Amazonas, da Paraíba e de Pernambuco, 240.980 processos judiciais na área da saúde, conforme se extrai da tabela a seguir:⁶⁵

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, p. 34-40, mai. 2009.

⁶⁴ BIANCHI, op. cit., p. 123.

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum da saúde**. Dados extraídos do relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até o ano de 2011. Disponível em:

Tabela 1 – Processos judiciais na área da saúde em tramitação nos Tribunais brasileiros até 2011.

<u>NOME</u>	<u>QUANTIDADE DE PROCESSOS INFORMADA</u>	<u>ESFERA</u>	<u>Data da inserção dos dados</u>
Tribunal de Justiça do Acre	7	ESTADUAL	30.08.2010
Tribunal de Justiça de Alagoas	145	ESTADUAL	04.02.2010
Tribunal de Justiça do Amazonas		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Amapá	76	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça da Bahia	781	ESTADUAL	30.08.2010
Tribunal de Justiça do Ceará	8.344	ESTADUAL	04.03.2011
Tribunal de Justiça do Distrito Federal	1.914	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça do Espírito Santo	5.181	ESTADUAL	07.07.2010
Tribunal de Justiça de Goiás	309	ESTADUAL	06.09.2010
Tribunal de Justiça do Maranhão	66	ESTADUAL	03.09.2010
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	7.915	ESTADUAL	01.09.2010
Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	357	ESTADUAL	21.02.2011
Tribunal de Justiça do Mato Grosso	2.919	ESTADUAL	29.07.2010
Tribunal de Justiça do Pará	19	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça da Paraíba		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Paraná	2.609	ESTADUAL	30.07.2010
Tribunal de Justiça de Pernambuco		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Piauí	153	ESTADUAL	18.02.2011
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	25.234	ESTADUAL	06.09.2010
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	452	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça de Rondônia	595	ESTADUAL	02.08.2010
Tribunal de Justiça de Roraima	64	ESTADUAL	01.03.2011
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	113.953	ESTADUAL	28.01.2010
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	5.395	ESTADUAL	03.02.2011
Tribunal de Justiça de São Paulo	44.690	ESTADUAL	30.8.2010
Tribunal de Justiça de Sergipe	189	ESTADUAL	21.03.2011
Tribunal de Justiça de Tocantins	56	ESTADUAL	04.02.2010
Tribunal Regional Federal 1ª Região	203	FEDERAL	31.08.2010
Tribunal Regional Federal 2ª Região	6.486	FEDERAL	31.08.2010
Tribunal Regional Federal 3ª Região	4.705	FEDERAL	30.08.2010
Tribunal Regional Federal 4ª Região	8.152	FEDERAL	30.08.2010
Tribunal Regional Federal 5ª Região	11	FEDERAL	30.06.2010
Total	240.980		

Fonte: dados extraídos do site do Conselho Nacional de Justiça

Comparativamente, em novo relatório divulgado pelo CNJ, até o mês de junho de 2014, as demandas judiciais de saúde sofreram um aumento considerável, eis que o somatório dos processos dos mesmos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais alcançou o número de 392.921 demandas, conforme se depreende dos dados a seguir:⁶⁶

http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf. Acesso em 04 de junho de 2015.

⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum da saúde**. Dados extraídos do relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até junho de 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf. Acesso em 04 de junho de 2015.

Tabela 2 - Processos judiciais na área da saúde em tramitação nos Tribunais brasileiros até 2014.

Ações de saúde

Tribunal Federal	1º Grau	2º Grau	TOTAL
TRF-1	10.194	5.608	15.802*
TRF-2	4.919	1.567	6.486
TRF-3	3.126	1.579	4.705
TRF-4	24.229	11.058	35.287
TRF-5	7	4	11
			TOTAL: 62.291

Tribunal Estadual	Número de ações
TJSP	44.690
TJAC	7
TJAP	76
TJAL	6.303*
TJBA	841
TJAM (não informado)	-
TJCE	8.344
TJDFT	2.575
TJES	8.991
TJMG	66.751
TJPA	19
TJGO	309
TJMS	1.081
TJMA	668
TJMT	6.664
TJPE (não informado)	-
TJRJ	46.883
TJRR	64
TJPI	229
TJRN	452
TJPR	2.609
TJRO	595
TJRS	113.953
TJSC	18.188
TJTO	149
TJSE	189
TJPB (não informado)	-
Total:	330.630

Fonte: dados extraídos do site do Conselho Nacional de Justiça

Tais números fornecem uma visão de como a judicialização das demandas de medicamentos vem se tornando fenômeno cada vez mais frequente e preocupante nos tribunais

brasileiros, levando-se a indagar quais seriam as possíveis causas para esse aumento exponencial no número de processos que envolvem a saúde.

O primeiro fator a ser destacado diz respeito ao processo de redemocratização brasileiro, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal processo fortaleceu o papel atribuído ao Poder Judiciário de fazer valer a Constituição e a legislação infraconstitucional, inclusive contra o Poder Executivo e Legislativo. Além disso, também se conferiu força à sociedade civil e às instituições democráticas, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, incrementando a cidadania do povo brasileiro, o qual passou a ter maior conhecimento de seus direitos.⁶⁷

Outro fator relevante diz respeito à criação de uma consciência quanto à real possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais. Assim, foram retirados diversos temas apenas da seara do debate público e passou-se a inseri-los no universo das pretensões judicializáveis. Com isso, alcançando os direitos sociais o *status* de direitos subjetivos, começou-se a comparar os compromissos estipulados pela Constituição Federal de 1988 com o que vinha sendo efetivado pelos poderes representativos, o que culminou com a abertura de um espaço maior para a atuação substitutiva do Poder Judiciário, sob o pretexto de corrigir eventuais falhas e ações débeis de representação legislativa.⁶⁸

Verifica-se, nesse sentido, que a constitucionalização abrangente das matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária contribuiu para a transformação da política em direito. Tal concepção se justifica pela idéia de que, na medida em que uma questão, seja ela um direito individual, prestação estatal ou fim público, é tratada por uma norma constitucional, ela adquire potencialmente a condição de pretensão jurídica, podendo, assim, ser formulada por meio de uma ação judicial⁶⁹. Citando-se como exemplo o direito à saúde: se a Constituição assegura a promoção, proteção e recuperação do direito à saúde, é

⁶⁷ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 125-126.

⁶⁸ MATTA, Jairo Luiz Jacque da; MARQUES, Gabriel Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o direito e a saúde. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.16, n. 109, p. 421-441, jun./set. 2014.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, p. 34-40, mai. 2009.

possível judicializar a exigência de tal direito, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas existentes nessa área.

Tem-se ainda como ponto importante para o reforço do papel exercido pelo Poder Judiciário (jurisdição constitucional), especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, a crise de representatividade sofrida pelo Poder Legislativo brasileiro. Isso porque o que comumente se evidencia é uma clara discrepância entre as manifestações parlamentares e os interesses da sociedade, eis que a lei, muitas vezes, se apresenta como um resultado das maiorias partidárias do governo e não como as reais necessidades da população.⁷⁰

Um dos fatores de maior relevância para a compreensão do aumento do número de demandas na área da saúde, contudo, está relacionado à interpretação conferida ao artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, no que tange à integralidade de atendimento preconizada às ações e serviços públicos de saúde.

Tal problema reside na leitura de que o referido dispositivo asseguraria ao paciente um direito subjetivo a todo e qualquer tratamento de saúde ou medicamento necessário à sua enfermidade. Em verdade, a interpretação conferida a este artigo deve ser realizada de forma a se concluir que dar atendimento integral significa que o Sistema Único de Saúde deve conferir ao doente desde as ações de promoção e proteção de saúde até àquelas relativas à sua recuperação, mas com a observância de certos critérios e limitações, os quais serão oportunamente tratados no presente trabalho.⁷¹

Há inúmeras decisões judiciais que determinam o fornecimento dos mais variados medicamentos aos pacientes sem levar em consideração a Política Nacional de Medicamentos – PNM e Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF. Além disso, muitas delas também impõem ao Estado o fornecimento de fármacos experimentais de alto custo sequer aprovados no Brasil pela ANVISA.⁷²

Tais decisões baseiam-se na equivocada concepção de que o direito à saúde é ilimitado, irrestrito e incondicionado, deixando, contudo, de considerar os critérios racionais que permitam enxergar o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça

⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395-396.

⁷¹ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 138.

⁷² *Ibid.*, p. 139.

social, na qual se deve compreender o direito à saúde em sua dimensão comunitária e não apenas individualista.⁷³

Examinadas as possíveis causas da excessiva judicialização e ativismo judicial nas demandas de saúde, cumpre analisar a seguir quais são os efeitos e as consequências advindos da intervenção do Judiciário nesta seara, para que, posteriormente, seja possível traçar critérios que sirvam de parâmetro para se assegurar o acesso universal e mais igualitário às ações e serviços de saúde disponibilizados pelo Poder Público.

2.3. Efeitos e consequências oriundos da excessiva judicialização das demandas de saúde

Todas as causas objeto de análise no tópico anterior, dentre outras, contribuíram para a excessiva judicialização, e, por vezes, para o ativismo judicial, dada a multiplicação de ações individuais, através das quais os cidadãos brasileiros recorrem ao Poder Judiciário, responsável por efetivar a promessa constitucional de prestação universalizada do direito à saúde, compelindo, assim, o Poder Público, nos âmbitos federal, estadual e municipal a lhes fornecer gratuitamente os medicamentos de que necessitam.

O problema reside no fato de que a proliferação das demandas individuais está causando sérios impactos às mais diversas áreas, sob os mais variados aspectos, seja do ponto de vista social, orçamentário ou político.

2.3.1. Impacto social

Um dos grandes problemas ocasionados pelo aumento excessivo do número de demandas individuais pela busca da saúde está relacionado à noção de micro e macrojustiça.

Por macrojustiça pode se entender aquela justiça universal, a que todos têm acesso, de modo a fazer valer seus direitos de forma plena e efetiva. A microjustiça, por sua vez, pode ser definida como aquela restrita a um número reduzido de indivíduos, em que só têm acesso à justiça aqueles que possuem melhores condições financeiras.⁷⁴

⁷³ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247-248.

⁷⁴ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 245.

O Poder Judiciário, ao determinar a concessão de fármacos a cidadãos determinados, sem levar em consideração as políticas públicas instituídas e sem ter a visão do orçamento público destinado a tal fim, pratica a denominada microjustiça. Com isso, termina por afetar a chamada macrojustiça, representada pelos efeitos benéficos de desenvolvimento que deveriam ser gerados pelas políticas públicas do setor de modo planejado, em sintonia com o interesse dos demais cidadãos.⁷⁵

A respeito do tema discorre Gisele Alcântara,

com efeito, percebe-se que, malgrado tenha assumido o papel de concretizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário ainda permanece atrelado a uma formação de viés individualista, própria do Estado liberal. Tal formação impõe-lhe uma espécie de “miopia cognitiva”, que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação. Suas novas funções, no entanto, exigem-lhe outra formação, um novo olhar sobre as lides. A concretização dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, exige do julgador uma ampliação dos horizontes, uma capacidade de estimar também a macrojustiça, de modo que a justiça do caso concreto seja sempre aquela assegurada a todos os que estão ou possam vir a estar em situação similar.⁷⁶

Através desta análise individualista realizada pelo magistrado, quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, de forma frequente, o Poder Público tem que retirar algum fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia de forma regular para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.⁷⁷

Percebe-se, assim, que a solução judicial das questões que envolvem a concessão de fármacos, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário.⁷⁸

Ilustrando a situação descrita, Ana Paula de Barcellos sustenta que

⁷⁵ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 144.

⁷⁶ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 88-94, mai./ago. 2012.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral Municipal de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

os indivíduos que vão ao Judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representados pelas classes menos favorecidas da sociedade. As necessidades destes, como regra, não chegam aos Tribunais e nem são ouvidas pelos juízes. Nesse contexto, o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais – que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detém informação e capacidade de organização.⁷⁹

A fim de evitar tal problema, entende-se que o magistrado, ao julgar o caso concreto, deve se assegurar de que o sistema de saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também de todos aqueles que se encontram na mesma situação, para que assim não coloque em risco a continuidade das políticas públicas de caráter universal, orientadas à promoção e proteção do bem estar da coletividade.⁸⁰

2.3.2. *Impacto orçamentário*

A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, órgão integrante da Advocacia Geral da União, desenvolveu relatório⁸¹ com o objetivo de apresentar o cenário das ações judiciais desenvolvidas em todo o país, levando-se em consideração o período de janeiro de 2009 até agosto de 2014.

No referido relatório constatou-se, exemplificativamente, que, dentre o período de outubro de 2011 até setembro de 2012, foram prolatadas, em todo o Brasil, 7.773 (sete mil setecentos e setenta e três) decisões judiciais, dentre as quais somente 2.263 (dois mil duzentos e sessenta e três) são favoráveis à União. De tais números pode-se extrair que 70% das decisões judiciais lhe são desfavoráveis, isto é, impõem a obrigação de fornecer medicamentos ou tratamentos de saúde em razão de determinação do Poder Judiciário.

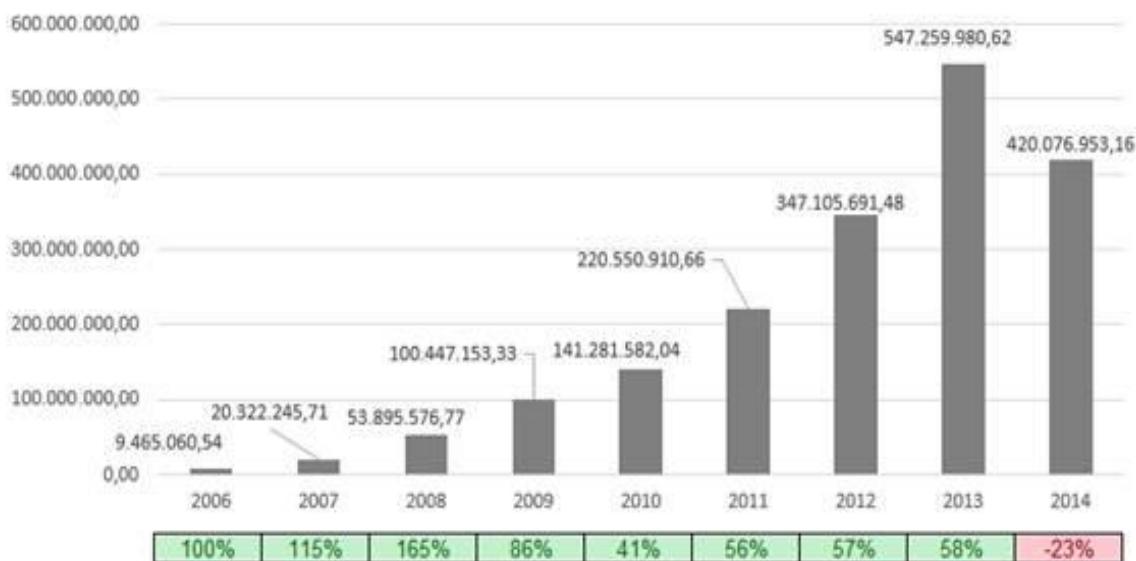
⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

⁸⁰ MATTA, Jairo Luiz Jacque da; MARQUES, Gabriel Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao Princípio da Universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o direito e a saúde. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.16, n. 109, p. 421-441, jun./set. 2014.

⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2015.

Ainda de acordo com o referido relatório, os gastos tidos pelo Ministério da Saúde, com aquisição de insumos, medicamentos e equipamentos, somados aos depósitos judiciais, têm crescido exponencialmente ano a ano, conforme ilustra a tabela a seguir⁸²:

Gráfico 1: gastos do Ministério da Saúde com aquisição insumos e medicamentos de 2006 a 2014



Fonte: dados extraídos do site do Ministério da Saúde

Cumprе ressaltar, ainda, que tais valores abrangem tão somente os gastos realizados com a aquisição dos medicamentos e insumos objeto da decisão judicial, sem considerar as despesas decorrentes do procedimento de compra e entrega dos medicamentos, tais como os valores relativos ao transporte para entrega dos fármacos, que totalizaram R\$ 1.362.598,40; R\$ 2.572.414,95 e R\$ 3.858.558,50, em 2012, 2013 e 2014, respectivamente, bem como o montante gasto com suplementos alimentares, que consumiram R\$ 907.351,30 e R\$ 590.892,52 dos cofres públicos em 2013 e 2014 (até o mês de agosto) respectivamente.

O custo mais significativo, contudo, conforme o relatório, está relacionado ao fato de que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrem com as

⁸² Na tabela disponível no site do Ministério da Saúde é possível a obtenção dos dados aqui utilizados somente até maio de 2013. Contudo, através de pedido feito por meio do Portal da Transparência me foram disponibilizados dados mais recentes, contabilizados até o mês de agosto de 2014. Cumprе destacar que o decréscimo no percentual de crescimento relativo ao ano de 2013 se justifica em razão de o período de análise ter se limitado ao mês de agosto de 2014. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa-----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2014.

aquisições provenientes das decisões judiciais. Assim, em que pese o abastecimento da rede do SUS devesse ser priorizada, em razão das constantes ameaças de fixação de multa, bem como da possível prisão de gestores, as compras voltadas ao cumprimento das decisões judiciais vêm ocupando espaço cada vez maior na alocação de recursos e de servidores do Ministério da Saúde.

Outra questão de suma relevância envolve o procedimento adotado após a decisão judicial estipular que seja fornecido, de forma imediata, determinado medicamento ou insumo específico para o paciente. Tal problema reside no fato de que, comumente, o ente federativo responsável pelo cumprimento da determinação judicial não dispõe do medicamento através da rede pública de saúde, fazendo-se necessária a sua aquisição emergencial, com a dispensa da realização de procedimento licitatório.

A inobservância do dever de licitar ocasiona relevante perda do poder de compra do Estado e descortina sério dano ao interesse público, na medida em que não se pode garantir que a compra do produto é precedida de ampla concorrência de preços. Além disso, a não realização do procedimento licitatório amplia a possibilidade da realização de atos fraudulentos e de improbidade administrativa, uma vez que se confere maior oportunidade para a prática de preços superfaturados, direcionamento da compra em benefício de determinados interessados e enriquecimento ilícito dos agentes envolvidos.⁸³

Além disso, a regra estipulada pelo artigo 100 da Constituição Federal determina que, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em âmbito federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judicial, deverão ser realizados da seguinte forma: exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos abertos para tal finalidade.⁸⁴

Tal regra é excepcionada caso a quantia seja considerada de pequeno valor, isto é, nas causas contra a União, aquelas que atinjam um montante de até 60 salários mínimos. Nesse caso,

⁸³ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 150-151.

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de junho de 2015.

os pagamentos poderão ser realizados de forma imediata, eis que são custeados através de um fundo orçamentário previsto especificamente para esse fim.⁸⁵

O sistema de pagamento imediato, em substituição ao sistema de precatórios, foi criado para implementar gastos decorrentes de processos judiciais onde o valor envolvido é de pequena monta. Contudo, mesmo tal sistema possui limites, haja vista que o planejamento financeiro se dá por estimativa da realização desses tipos de despesas de um ano para outro. Deste modo, caso ocorra alguma espécie de desequilíbrio com o acréscimo desmesurado dessas condenações, o fundo financeiro se esgotará, criando a necessidade de pedir suplementação de verbas.⁸⁶

Na prática, o que se vê é a determinação do bloqueio de dinheiro público disponível nos bancos, através de ordem judicial, com a ameaça de prisão dos responsáveis em caso de desobediência e a imposição de astreintes pelo eventual descumprimento da obrigação.

Fernando Facury Scaff, ao dispor sobre tal prática, bem conclui que

esta, a meu ver, é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de política pública, que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de um conjunto deles. Este tipo de decisão pode ser usada em casos excepcionalíssimos, restritivíssimos, e não como ocorre atualmente. É “exceção rara”, e não “regra usual”.⁸⁷

Destarte, considerando-se o impacto orçamentário ocasionado pelas determinações do Poder Judiciário de fornecimento individuais de medicamentos, é indispensável a análise, a ser feita de forma mais detalhada no capítulo seguinte, de um limite real e concreto aos gastos efetuados em tal área, o qual se denomina “reserva do possível”⁸⁸ e pode ser concebido,

⁸⁵ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.140.

⁸⁶ Ibid. p. 142.

⁸⁷ Ibid., p. 142.

⁸⁸ Tal instituto será objeto de análise mais aprofundada no capítulo seguinte, como parâmetro limitador às decisões individuais concessivas de medicamentos.

simplificadamente, como a visão de que os direitos sociais a prestações materiais são dependentes da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.⁸⁹

O que importa a ser destacado, portanto, é que a superação da omissão legislativa ou da lacuna orçamentária na área da saúde deve ser suprida por meio de instrumentos orçamentários e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Assim, na hipótese de não haver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos e não ao Poder Judiciário, sob pena, inclusive, de judicialização das próprias políticas orçamentárias.⁹⁰

2.3.3. *Impacto político*

Uma das características inerentes ao constitucionalismo brasileiro encontra-se no fato de que os poderes públicos estão submetidos à Constituição Federal, como uma decorrência direta do Estado de Direito, por força do qual o exercício do poder político encontra-se limitado pela existência de normas jurídicas a serem observadas. À Constituição não é dado invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a serem concretizados pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções constitucionais, entretanto, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que tange à promoção dos direitos fundamentais.⁹¹

Nesse contexto, ao Poder Judiciário cabe aplicar a Constituição, direta ou indiretamente, uma vez que qualquer norma jurídica será precedida de exame de sua própria constitucionalidade e deverá ser interpretada de forma a melhor atender aos fins constitucionais para satisfação dos interesses das partes.

À Administração Pública, por sua vez, cumpre efetivar comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais de forma ampla.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**: RDC, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76-77.

⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

Com essa finalidade, será necessário concretizar todo tipo de ações e programas e garantir a prestação de determinados serviços, ou seja, será preciso implementar as políticas públicas. Apenas por meio destas é que o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar as finalidades previstas na Constituição, sobretudo quando a fruição dos direitos fundamentais dependa diretamente destas ações.⁹²

Levando-se em consideração tais premissas, surge a problemática relativa à legitimidade da ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo e Legislativo, especialmente sob o ponto de vista do Princípio da Separação dos Poderes.

De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal de 1988, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁹³

A construção da teoria da Separação dos Poderes foi definida e divulgada por Montesquieu, com o objetivo de conferir maior proteção à liberdade individual e aumentar a eficiência do Estado através da divisão das funções por ele desempenhadas.⁹⁴

Contudo, a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não se dá de forma absoluta, mas com a busca de um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para se evitar a arbitrariedade de um Poder em detrimento do outro e dos próprios governados, o que é perquirido através do sistema de freios e contrapesos.⁹⁵

Tal sistema é responsável pela harmonia entre os poderes, de modo que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Poder Judiciário, só se desenvolverão de forma eficaz, se esses órgãos se submeterem ao princípio da harmonia que, de acordo com José Afonso da Silva, “não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos”.⁹⁶

Feita essa breve digressão acerca da separação dos poderes e seu mecanismo harmonizador, o sistema de freios e contrapesos, cumpre indagar se tal princípio restaria

⁹² Ibid., p. 105-106.

⁹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de junho de 2015.

⁹⁴ SOUZA, Fernanda Oliveira de. A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites nos casos dos medicamentos. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2010.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112.

⁹⁶ Ibid., p. 113.

malferido quando o Poder Judiciário adentrasse nas questões relativas às políticas públicas de saúde.

Para grande parte da doutrina não há ofensa ao referido princípio, posto que, quando os poderes públicos são omissos ou ineficientes na prestação de um direito garantido constitucionalmente, torna-se necessária a intervenção judicial. Outro argumento utilizado é o de que se está diante de uma situação de déficit democrático, na qual as instituições que são eleitas pelo povo vêm perdendo sua legitimidade. Assim, como o Princípio da Separação dos Poderes não é estático, mas dinâmico, à medida que um poder perde força, outro estaria legitimado a suprir sua falta.⁹⁷

No mesmo sentido destaca Ricardo Perlingeiro:

não extrapola suas funções institucionais o Judiciário que, para tornar efetivo o direito à saúde, principalmente por ser considerado um direito fundamental na jurisprudência brasileira, adentra as políticas de saúde sujeitas a normas e ações administrativas. Esse poder, obviamente, não se limita à reparação de danos causados por uma política equivocada, mas inclui a revisão de políticas ou a condenação à edição de normas ou atos administrativos correspondentes.⁹⁸

Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que a atividade judicial deve ser enxergada com parcimônia, respeitando o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas pelos órgãos institucionais competentes acerca da matéria. Deste modo sintetiza o autor, no tocante à possibilidade de intervenção judicial:

onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo leis e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo leis e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.⁹⁹

Entende-se não haver dúvidas de que o sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal atribuiu competência ao Poder Judiciário para, mediante

⁹⁷ SALDANHA, Rafael Meireles. Teoria e efetividade dos direitos fundamentais: o controle judicial na concessão de medicamentos. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 253-268, abr. 2014.

⁹⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, p. 184-203, jul/dez 2012.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral Municipal de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

provocação, sindicando negativamente o ato do Poder Público que venha a fundamentar determinada política pública adotada, reconhecendo, se for o caso, a sua contrariedade ao texto constitucional.¹⁰⁰

Todavia, questão mais delicada envolve a referida legitimidade para atuar de forma positiva quando vislumbra a ocorrência de uma omissão constitucional, determinando, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não constantes da relação disponibilizada pelo SUS, intervindo, assim, de forma proativa nas políticas públicas de saúde.¹⁰¹

Neste caso, vislumbra-se dificuldade para detectar no texto constitucional fundamento suficiente para legitimar a atuação ativista do Poder Judiciário. Isso porque a Constituição Federal de 1988 não parece ter permitido que tal Poder possa alterar a conformação de uma política pública já adotada, estendendo benefícios a categorias não contempladas pelo legislador infraconstitucional, como no caso da realização de procedimentos cirúrgicos não constantes de programas oficiais.

Há de se ressaltar, contudo, que não se está a defender a exclusão do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, mas de estabelecer limites ao seu campo legítimo de atuação. Com efeito, acredita-se que a maior parte dos problemas de efetividade do direito à saúde está nos desvios na execução de políticas públicas já existentes e não nas falhas de sua elaboração. Deste modo, o Judiciário desempenharia papel ainda mais importante se, em conjunto com o Ministério Público, passasse a controlar a execução de tais políticas, uma vez que conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, não fazer a realocação individualista de recursos escassos e, sobretudo, garantir maior eficiência aos direitos sociais.¹⁰²

É inegável, portanto, a necessidade de observância à separação, harmonia e independência entre os Poderes, salientando-se, com isso, não a impossibilidade de que o Poder Judiciário seja demandado quanto a determinadas prestações na área da saúde, mas a imprescindibilidade de

¹⁰⁰ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 98.

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.598.

que, em tais demandas, se considere a existência de legislação ou não sobre o tema, bem como o grau de desenvolvimento das políticas públicas já implementadas pelo Poder Executivo.¹⁰³

Outra dificuldade encontrada para se vislumbrar a possibilidade de controle judicial irrestrito das políticas públicas reside na carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Isso porque, conforme o próprio artigo 1º da Constituição Federal dispõe, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹⁰⁴

Com isso, incumbe ao povo, através de seus representantes, a prerrogativa de decidir de que forma os recursos públicos serão gastos. Assim, é o povo que detém a prerrogativa, por exemplo, de priorizar medidas preventivas de proteção da saúde¹⁰⁵ em detrimento de outras medidas protetivas.

Ocorre que, com a crescente atuação do Poder Judiciário nas mais diversas áreas, inclusive da saúde, os cidadãos julgam mais adequado buscar a resolução de seus conflitos diretamente através deste Poder e não por meio dos partidos políticos e demais órgãos democráticos, verdadeiros legitimados na concretização de políticas públicas, o que evidencia, em última análise, o enfraquecimento do próprio sistema democrático.¹⁰⁶

Deste modo e, conforme destacado anteriormente, não se busca impossibilitar o Poder Judiciário do controle de políticas públicas, mas é imprescindível reconhecer que, diante da maior proximidade das funções Legislativa e Executiva à expressão da vontade popular, a formulação das políticas públicas é esfera predominante de atuação reservada a estes Poderes, competindo ao Judiciário zelar pelo seu cumprimento e execução.¹⁰⁷

¹⁰³ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 248.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 de junho de 2015.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral Municipal de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

¹⁰⁶ DAHINTEN, Bernardo Franke; DAHINTEN, Augusto Franke. Judicialização do sistema de saúde suplementar: possíveis causas. **Interesse Público**, v. 15, n. 80, p. 155-185, jul./ago. 2013.

¹⁰⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 295.

Cumpra trazer, ainda, outro gravame decorrente da ingerência judicial nas demandas de saúde, relativo à incapacidade técnica de que dispõe o magistrado para instruir políticas públicas de saúde. Em verdade, o Poder Judiciário não detém conhecimento especializado para determinar se certo medicamento é ou não indispensável à proteção e promoção da saúde do demandante. Assim, mesmo instruído por laudos periciais, seu ponto de vista não é capaz de rivalizar com o da Administração Pública.¹⁰⁸

Cabe destacar que a participação do perito judicial, como regra, deve se limitar às questões determinadas no bojo de uma determinada demanda que visa a atender uma pretensão individual ou coletiva, ao contrário da avaliação realizada pelos técnicos e gestores públicos quando da elaboração das políticas públicas de saúde, os quais buscam o funcionamento satisfatório do sistema como um todo, priorizando a distribuição de medicamentos ao maior número possível de usuários.¹⁰⁹

Destarte, partir do pressuposto de que qualquer pleito de medicamento deve ser atendido, eis que, com isso, se está garantindo o direito à saúde, em um mercado farmacêutico com mais de 15 mil tipos de fármacos, evidencia o desconhecimento sobre as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico. Revela igualmente a desconsideração da Política Nacional de Medicamentos e suas diretrizes, em franca contrariedade à tendência internacional de racionalizar o uso de tecnologias na área de saúde.¹¹⁰

Portanto, pode se constatar, conforme bem destaca Ana Paula de Barcellos, que “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”.¹¹¹

Do exposto, considerados os impactos causados pela judicialização excessiva das demandas de medicamentos às políticas públicas de saúde, passa-se a analisar, no capítulo

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral Municipal de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

¹⁰⁹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113.

¹¹⁰ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais às políticas de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, 2007, p. 214-222.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

seguinte, os possíveis limites e critérios necessários para a harmonização da garantia do direito à saúde com a prestação jurisdicional envolvendo a concessão de fármacos.

3. CRITÉRIOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS DE SAÚDE

Não se desconhece o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tentativa de assegurar o direito à saúde àqueles que necessitam. Do mesmo modo, não se busca no presente trabalho negar a normatividade e aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, ou mesmo contestar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base em tal preceito, mas sim buscar um modelo que se proponha a concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, conforme estipulado no artigo 193 da Constituição Federal ¹¹², com a discussão de critérios que viabilizem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional, conforme sugere o próprio artigo 196 da Constituição Federal. ¹¹³

3.1. Reserva do Possível

Todos os direitos fundamentais implicam em algum custo para o Estado, não se limitando apenas aos direitos de cunho social prestacional. Aqueles direitos que não implicam em uma prestação estatal possuem neutralidade econômica e, portanto, a sua efetivação não depende de gasto de dinheiro público, ao menos não de uma forma direta. Contudo, em se tratando dos direitos sociais a prestações, como no caso da concessão de medicamentos, sua execução depende da alocação direta de recursos financeiros. ¹¹⁴

A construção teórica da “reserva do possível” teve como marco inicial a decisão proferida pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, idealizada com o objetivo de solucionar restrições ao número de vagas em algumas universidades alemãs. No acórdão, denominado

¹¹² Tal artigo dispõe que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e justiça sociais”.

¹¹³ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

¹¹⁴ GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

numerus clausus, a apreciação do caso se baseou na garantia prevista pela Lei Federal Alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não existia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.¹¹⁵

Na hipótese, o Tribunal alemão considerou que se tratava de uma pretensão originária a uma prestação, mas apenas se as limitações impostas fossem de forma tal que o acesso às universidades levasse a que o candidato, individualmente, jamais pudesse ingressar no curso desejado. Entretanto, a Corte negou a possibilidade de haver uma pretensão individual ajuizável com o intuito de criação de vagas.¹¹⁶

A reserva do possível em sua concepção original, portanto, teve como base o fundamento de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, porquanto seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, tal instituto passou a traduzir, tanto para a doutrina majoritária, como para a jurisprudência constitucional da Alemanha, a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria situada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, dependentes do orçamento público.¹¹⁷

De tal fenômeno é possível extrair algumas vertentes. A primeira delas consiste na reserva do possível fática, que se caracteriza pela efetiva disponibilidade orçamentária de recursos econômicos necessários à satisfação do direito e a segunda se traduz na reserva do possível jurídica, definida pela ausência de autorização orçamentária para uma despesa específica.¹¹⁸

Daniel Sarmento¹¹⁹, na tentativa de traçar um conceito constitucionalmente adequado de reserva do possível, argumenta que, em sua concepção, a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação demandada, levando-se em consideração os recursos efetivamente existentes. Deste modo, exemplifica o autor, se um

¹¹⁵ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 2012-202.

¹¹⁶ Ibid., p. 203.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**: RDC, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

¹¹⁸ GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 571-572.

portador de determinada doença grave requerer a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde a sua patologia tem maior chance de cura, o juiz não deve questionar se o custo daquela condenação judicial específica é ou não suportável pelo erário, mas sim acerca da razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, portanto, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, que demanda não só um olhar focado em um indivíduo, mas em toda a coletividade.

Já a reserva do possível jurídica, ainda de acordo com o autor, é traduzida pela existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa. Deste modo, adotando um pensamento mais ponderado, entende que ausência de previsão orçamentária é elemento que deve ser levado em consideração no momento de se analisar os interesses que envolvem a adjudicação dos direitos fundamentais sociais, tratando-se, portanto, de um fator relevante, mas que não pode ser encarado como definitivo.¹²⁰

Alguns autores ainda defendem outra limitação existente à reserva do possível, a qual consiste na necessidade de observância do parâmetro da razoabilidade, ou seja, deve ser razoável que o indivíduo exija do Estado determinada prestação social.¹²¹

De um modo geral, através de uma análise doutrinária e jurisprudencial mais ampla, é possível se constatar a presença de três posições a respeito do alcance da reserva do possível. A primeira reflete os defensores do orçamento público, os quais velam rigorosamente pelo seu cumprimento, seja qual for o direito em debate; a segunda posição é aquela em que se amparam os defensores dos direitos humanos, os quais não aceitam, em hipótese alguma, o argumento de limitação orçamentária em detrimento da efetivação de um direito fundamental; por fim, a terceira posição se traduz pelo exercício de ponderação de valores, em que se defende que, observadas as circunstâncias, o direito pleiteado não deve se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente de sua concessão.¹²²

Defensora da necessidade de ponderação de valores, a qual se entende ser a posição mais acertada, Silvia Faber Torres argumenta que:

¹²⁰ Ibid, p. 574.

¹²¹ GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

¹²² JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 250.

a temática da reserva do possível e, nela compreendida, a da possibilidade material e jurídica para a prestação dos direitos sociais e a sua justiciabilidade, está na ordem do dia e precisa ter o seu debate aprofundado. Não pode, por um lado, servir de “mote mágico” à negativa de qualquer tipo de prestação positiva. Mas a superação das distorções sociais a qualquer custo, por outro lado, não pode ignorar a conjuntura socioeconômica e as possibilidades orçamentárias do Estado, outorgando ao Judiciário carta branca para alocar recursos independentemente da pré-ponderação do legislador.¹²³

É necessário, portanto, observar a alegação de reserva do possível com a devida cautela, não podendo ser utilizada apenas como argumento genérico a justificar a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Público a comprovação, de fato, da inexistência efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos pleiteados, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.¹²⁴

Outro importante fator limitante à construção teórica da reserva do possível está relacionado ao mínimo existencial, tema já abordado neste trabalho.¹²⁵

Com efeito, parte da doutrina defende que a reserva do possível não pode servir como critério a obstruir a garantia do mínimo existencial, isto é, conforme destacado por Ricardo Lobo Torres, “a prestação positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”.¹²⁶

De acordo com tal posicionamento, o Poder Judiciário pode e deve fazer valer o mínimo existencial dos direitos sociais, controlando as políticas públicas de aplicação das verbas orçamentárias e determinando, se necessário, que os valores sejam empregados para garantir a fruição plena de tais direitos.¹²⁷

¹²³ TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 784-785.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**: RDC, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

¹²⁵ A respeito, vide o item 1.3. A saúde e a garantia do mínimo existencial.

¹²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

¹²⁷ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Direitos sociais e administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 119, jan. 2011.

Ingo Wolfgang Sarlet, adotando posição menos restritiva, preleciona que o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, pode ser afetado pela reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes ou mesmo pela capacidade jurídica e técnica de deles dispor. Em razão disso, a garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial atua como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo que o Estado seja omissivo ou adote medidas de proteção e promoção insuficientes. Assim, em matéria de tutela do mínimo existencial, o autor reconhece a existência de um direito subjetivo definitivo a prestações, de um lado, e uma cogente tutela defensiva, de outro. De tal modo que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumentos suficientes, por si só, para afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres estatais no tocante à saúde.¹²⁸

Entende-se, nesse sentido, ser possível a compatibilização da teoria da reserva do possível com a exigência de cumprimento do mínimo existencial, propondo-se, assim, que as situações que envolvam a escassez de recursos, por serem inafastáveis, sejam consideradas pela Administração Pública na sua atuação, mas não constituam óbice absoluto ao desempenho de suas obrigações. Apenas a utilização proporcional e razoável da reserva do possível poderá ser aceita como argumento para que a alocação de recursos e a postulação de direitos sociais não sejam atendidas de maneira uniforme. Da mesma forma, a razoabilidade e proporcionalidade que definem a correta aplicação da reserva do possível no caso concreto servirão como parâmetro para orientar em que medida o mínimo existencial funcionará como restrição à reserva do possível.¹²⁹

Analisando a temática da reserva do possível, o Ministro Celso de Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 – DF/MC¹³⁰, ressaltou que, apesar de os direitos sociais possuírem como característica a gradualidade em seu processo de concretização, eis que dependem, em grande parte, das disponibilidades orçamentárias do Estado, não se mostrará lícito ao Poder

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40-41.

¹²⁹ MOREIRA, Alínie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 189.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em: 24 de setembro de 2015.

Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável intuito de frustrar e inviabilizar o estabelecimento e preservação de condições materiais mínimas de existência dos cidadãos. Reforçou, ainda, que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando, de tal conduta negativa, puder anular os direitos constitucionais de essencial fundamentalidade.

Conclui-se, portanto, que a limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um relevante fator a ser considerado, sendo utópico imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa.¹³¹

O que deve ser considerado, no entanto, no momento de se determinar a concessão de medicamento ou tratamento a um indivíduo, é que até mesmo a denominada reserva do possível está sujeita a certos limites, como a garantia do mínimo existencial, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e a comprovação efetiva da insuficiência financeira a inviabilizar a prestação do direito pleiteado.

3.2. Protocolos e Políticas Assistenciais de Saúde

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), uma política pública de medicamentos deve implicar na estipulação de um conjunto de diretrizes e ações com o intuito de garantir à população uma prestação adequada de medicamentos seguros, eficazes e de boa qualidade.¹³²

Com vistas ao cumprimento da orientação firmada pela OMS, o Brasil promoveu a implementação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), através da edição de legislação infraconstitucional e de inúmeros atos normativos infralegais, buscando, com isso, dar concretude

¹³¹ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 250.

¹³² BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 112.

ao direito social à saúde. Em seguida, como consequência à estruturação do PNM, passou-se a implementar a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF, visando propiciar o acesso da população necessitada a medicamentos que possam contribuir com a promoção, proteção e recuperação da saúde.¹³³

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90, foi responsável por regulamentar o Sistema Único de Saúde, a partir dos comandos ditados pela própria Constituição Federal.¹³⁴

Contudo, somente em 28 de junho de 2011, foi editado o Decreto 7.508, que dispôs de forma detalhada sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento, a assistência à saúde e à articulação interfederativa.¹³⁵

Tal decreto adotou o modelo de gestão por protocolos de atendimento médico, com o objetivo de padronizar os serviços públicos de saúde, inclusive na área de assistência farmacêutica, como estratégia para atingir melhores resultados, no menor tempo possível e com redução de custos.¹³⁶

O reflexo de tal estratégia é a criação das listas de dispensação obrigatória, que representam os medicamentos que o Estado elegeu como de fornecimento universal e gratuito, compondo as listas dos remédios a serem concedidos pelas unidades de saúde estaduais ou municipais competentes.

Dentre as listas mais importantes, as quais integram a Política Nacional de Medicamentos, destaca-se a dos medicamentos essenciais, denominada RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que são considerados prioritários para o tratamento das doenças de maior incidência no País; e a dos medicamentos excepcionais, representadas por remédios de alto custo e menor incidência populacional que, normalmente, demandam tratamento continuado. Tais

¹³³ Ibid., p. 113.

¹³⁴ BRASIL. Lei 8.080/90. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 05 de outubro de 2015.

¹³⁵ BRASIL. Decreto 7.508/11. **Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em 05 de outubro de 2015.

¹³⁶ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 120-126.

medicamentos tendem a consumir cerca de 1/3 dos recursos necessários para a implementação da política de acesso a medicamentos.¹³⁷

Tais listas representam nada mais do que um planejamento do Poder Executivo, direcionando a aplicação de recursos para a compra de medicamentos. Deste modo, existindo as listas, os remédios são comprados anteriormente e disponibilizados aos pacientes, o que gera, por conseguinte, a possibilidade de negociação dos valores para a compra. O mesmo não ocorre, entretanto, quando a decisão vem do Poder Judiciário. Nesse caso, o Executivo é obrigado a comprar o medicamento, sem alternativa de barganha de preço, o que poderá vir a ocasionar o bloqueio imediato das contas do Estado a fim de garantir o cumprimento da decisão judicial.¹³⁸

Em razão de tal gravame é que se entende que o direito à saúde, a ser garantido pelo Estado, deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos adequadamente e sempre com observância de critérios técnicos. Por essa razão, há de ser levado em consideração o uso dos chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT que têm como objetivo estipular claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses indicadas, os mecanismos de controle, acompanhamento, verificação de resultados e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos.¹³⁹

Tais protocolos são documentos técnicos, de caráter científico, elaborados por especialistas e que indicam o tratamento adequado para determinada doença. O seu processo de elaboração observa variados procedimentos previamente estabelecidos, como a consulta pública de caráter nacional e a possibilidade de revisão periódica, constituindo-se, dessa forma, em instrumentos para aplicação racional e criteriosa do direito à saúde.¹⁴⁰

Naturalmente, não se ignora que existem certas situações em que os indivíduos necessitam e comprovam que os critérios das listas do SUS e seus protocolos são insuficientes, incapazes de atender a uma necessidade específica grave, mas o que importa destacar é que isto

¹³⁷ SABINO, Marco Antônio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 368.

¹³⁸ Ibid., p. 370.

¹³⁹ LIMA, Ricardo Seibel Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 251.

¹⁴⁰ Ibid., p. 252.

não pode se tornar prática costumeira ou mesmo inviabilizar a prestação à saúde da coletividade em detrimento de um único indivíduo.¹⁴¹

Buscando justamente estipular parâmetros que auxiliassem os Ministros do STF a solucionar as demandas de fornecimento de medicamentos, o Presidente deste Tribunal à época, Ministro Gilmar Mendes, convocou, em 2009, uma audiência pública para debater sobre o tema.

Um dos resultados das discussões proferidas na audiência pública nº 4/STF foi a decisão prolatada pelo referido Presidente do órgão, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE, na qual foram abordados diversos aspectos relacionados à judicialização da saúde, como, por exemplo, a questão da impossibilidade de se fornecer medicamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).¹⁴²

O Ministro Gilmar Mendes concluiu então pela necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Tal afirmativa decorreu de uma sequência lógica de etapas a serem consideradas quando da análise dos pedidos de medicamentos. A primeira etapa a ser analisada diz respeito à existência ou não de uma política pública que envolva a prestação de saúde pleiteada pelo indivíduo. Caso já exista tal política pública, o Judiciário apenas irá determinar o seu cumprimento. Contudo, se a prestação pleiteada não estiver dentre as políticas do SUS, passa-se à segunda etapa, na qual importa distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão de não fornecê-la ou de uma vedação legal a que seja concedida, como no caso da ausência de registro do medicamento na ANVISA.¹⁴³

Caso haja vedação legal, não haverá direito à obtenção do fármaco pleiteado. No entanto, se há decisão de não fornecer o medicamento, passa-se à terceira etapa. Neste caso, duas situações devem ser analisadas: a primeira delas ocorre quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas inadequado ao paciente. Nessa hipótese, o Juiz deve privilegiar os Protocolos Clínicos existentes, no entanto, isso não significa que o Poder Judiciário não possa analisar a situação concreta, indo de encontro ao protocolo, se ficar comprovado que o tratamento fornecido

¹⁴¹ FREITAS, Cristina Leitão Teixeira de. Judicialização da saúde, solidariedade e ressarcimento: destaques da posição dos Estados frente à polarização de entendimentos. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 79.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

¹⁴³ TERRAZAS, Fernanda. Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos Tribunais Superiores. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 311-312.

não é eficaz no caso; a segunda delas acontece quando o SUS não disponibiliza tratamento específico para determinada doença. Se isso ocorrer, terá lugar a quarta etapa.¹⁴⁴

Quando o SUS não oferece tratamento destinado a uma patologia específica, podem ocorrer duas hipóteses. Na primeira, a parte pleiteia tratamentos puramente experimentais, que são aqueles realizados por laboratórios de ponta, ainda sem comprovação científica de sua eficácia e que, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Na segunda, o paciente requer a concessão de tratamentos novos, ainda não incorporados pelo SUS. Nesse caso, admite-se que a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas, desde que haja ampla produção de provas.¹⁴⁵

Deste modo, resta evidenciado que o próprio Supremo Tribunal Federal traçou algumas balizas a serem observadas pelos magistrados quando se depararem com demandas em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos.

Isso porque o objetivo de evitar a morte ou superar a doença de um determinado indivíduo não pode ser argumento apto a justificar a crença de que ao Estado cabe sempre fornecer a cura. Tal ideal se afigura extremamente ilusório. Não se pode desconsiderar que o efeito curativo atribuído aos novos medicamentos vem igualmente agregado aos interesses econômicos das empresas produtoras e comercializadoras, não se podendo descartar os testes de eficiência e segurança realizados pelos órgãos sanitários, tecnicamente competentes nas matérias.¹⁴⁶

Em suma, o objetivo de resguardar a ampla efetividade do direito à saúde não pode ser encarado como meta absoluta, ignorando-se o fato de que o dever de proteção a tal direito deve ser coletivamente prestado. Justamente por isso, o controle de segurança dos medicamentos é medida a ser rigorosamente observada, devendo os órgãos julgadores sopesar todos os protocolos e políticas públicas já existentes, bem como considerar as diretrizes já estipuladas no tocante à matéria, a fim de garantir que a prestação estatal seja prestada sem que sejam extrapolados os limites existentes ao Poder Judiciário.

¹⁴⁴ Ibid., p. 314.

¹⁴⁵ Ibid., p. 314-315.

¹⁴⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212.

3.3. Outros mecanismos de auxílio ao Poder Judiciário

Em face do aumento excessivo das demandas judiciais no tocante aos fornecimentos de medicamentos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 31/2010¹⁴⁷, com o intuito de recomendar “aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.”¹⁴⁸

Dentre as principais recomendações dadas aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais constantes da referida resolução, pode-se destacar as seguintes: celebrar convênios, com o apoio de médicos e farmacêuticos, com o intuito de disponibilizar suporte técnico aos magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde; recomendar aos magistrados que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei e que ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação das medidas de urgência.¹⁴⁹

Tendo em vista tais recomendações, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil, em iniciativa pioneira, a qual, posteriormente, veio a inspirar outros Tribunais brasileiros¹⁵⁰, criou, no ano de 2009, os Núcleos de Assessoria Técnica (NATs).¹⁵¹

Referidos núcleos estão interligados à Secretaria Estadual de Saúde e são compostos por uma equipe multidisciplinar, que inclui funcionários administrativos, além de farmacêuticos, nutricionistas, enfermeiros e médicos. Tais profissionais são responsáveis pela emissão de pareceres isentos, os quais devem apenas analisar a questão da utilidade/necessidade do fármaco

¹⁴⁷ Tal resolução teve como fundamento as conclusões alcançadas pelo Supremo Tribunal Federal na audiência pública nº 4, realizada em 27/4/2009, a qual já fora mencionada anteriormente neste trabalho.

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 31, de 30/03/2010. **Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em 27 de outubro de 2015.

¹⁴⁹ Ibid., acesso em 27 de outubro de 2015.

¹⁵⁰ Posteriormente, os Núcleos de Assessoria Técnica também vieram a ser implementados nos Tribunais de Justiça do Paraná, Espírito Santo, Pernambuco e Piauí.

¹⁵¹ FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v.20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013.

pleiteado, deixando de lado critérios como laboratório, marca e fabricante. Os pareceres emitidos somente dizem respeito aos processos que envolvam fornecimento de insumos, medicamentos e algum tipo de tratamento médico eletivo, não abrangendo, entretanto, as questões que envolvam internações de urgência, transferências de leitos e procedimentos urgentes.¹⁵²

Caso seja constatado que o medicamento em questão é disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde e se encontra disponível, o paciente é orientado a se encaminhar até o local onde se encontra o medicamento para retirá-lo, evitando que a demanda se perpetue. Cumpre destacar, contudo, que os pareceres emitidos não são vinculativos, tendo o magistrado ampla liberdade para decidir conforme seu melhor juízo de convicção.¹⁵³

Os NATs se constituem, portanto, importantes ferramentas de auxílio aos julgadores, eis que viabilizam a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura, ao mesmo tempo em que criam uma espécie de filtro às demandas que possam ser prontamente solucionadas, sem necessidade de que seja percorrido todo o longo trâmite judicial.

Além dos NATs, têm surgindo outros tipos de ações com o intuito de auxiliar o Poder Judiciário e a própria população na busca de alternativas capazes de melhor solucionar as demandas que envolvam a saúde.

Dentre tais ações, pode-se destacar, por exemplo, a I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, a qual ocorreu no Estado de São Paulo, nos dias 14 a 16 de maio de 2014, tendo como objetivo a formação de um fórum de debates interdisciplinar que viabilizasse a troca de conhecimentos teóricos e práticos na área da saúde, com a participação de profissionais da área do biodireito, da saúde pública e da saúde suplementar. Tal jornada é uma importante realização do Fórum Nacional da Saúde, grupo de trabalho formado no âmbito do CNJ, em 2010, com o propósito de monitorar e auxiliar na resolução do elevado número de demandas de assistência à saúde, bem como analisar os fortes impactos destas no orçamento público.¹⁵⁴

Especificamente no tocante à saúde pública, debateu-se quanto à possibilidade ou não de concessão de medicamentos fora da lista do RENAME e seus efeitos orçamentários, além dos novos procedimentos a serem incluídos pelo sistema público de saúde. Discutiu-se também a

¹⁵² Ibid., p. 219-240.

¹⁵³ Ibid., p. 219-240.

¹⁵⁴ CIOCCI, Deborah. I Jornada da Saúde: apresentação e comentários dos enunciados aprovados. *In*: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 223.

necessidade de se estabelecer um maior diálogo com os gestores públicos para viabilizar o aumento da solução dos conflitos na seara administrativa, a fim de evitar, deste modo, a excessiva judicialização de tais casos. Há de se destacar, ainda, o debate quanto à possibilidade de uma maior cooperação entre estes setores, para que os juízes possam contar com mecanismos de auxílio às questões fáticas que envolvam conhecimento técnico específico na área de saúde.¹⁵⁵

Cumpram ressaltar que participaram dos referidos debates advogados, magistrados, promotores, procuradores, defensores públicos, gestores, professores e membros da sociedade civil, dentre outros. Antes da realização da Jornada de Direito da Saúde, foi aberto prazo para que os interessados enviassem propostas de enunciados a serem debatidas. Foram recebidas mais de 150 propostas que, após serem submetidas a uma análise da comissão científica, resultou na pré seleção de 45 enunciados interpretativos. Todos estes enunciados foram debatidos e aprovados durante o evento, dentre os quais, 19 tratam de saúde pública, 17 são de saúde suplementar e 9 são questões que envolvem o Biodireito.¹⁵⁶

Dentre os principais enunciados na área de saúde pública, cabe destacar os seguintes:

Enunciado nº 3: recomenda-se ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária;

Enunciado nº 4: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado;

Enunciado nº 6: a determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

Enunciado nº 9: as ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamentos e tratamentos experimentais;

¹⁵⁵ Ibid., p. 224.

¹⁵⁶ Ibid., p. 226.

Enunciado nº 14: não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde;

Enunciado nº 17: na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NATs) será franqueada a participação dos profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios;

Enunciado nº 19: sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notação de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NATS).¹⁵⁷

Deste modo, verifica-se que os enunciados têm a finalidade de indicar as bases e diretrizes de apoio aos magistrados e membros da comunidade jurídica, na interpretação de questões no âmbito da saúde que ainda não são pacificadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, auxiliando, assim, na tomada de decisões em casos concretos.

Outra relevante iniciativa a ser destacada, a qual também foi implementada no Estado de São Paulo, no ano de 2005, diz respeito à criação de um sistema informatizado, denominado Sistema de Controle Jurídico (SCJ), para cadastrar dados do processo judicial e do pedido, disponibilizar informações técnicas para assessorar as peças da Procuradoria Geral do Estado e fornecer informações sobre seu efetivo cumprimento.¹⁵⁸

Isso porque, diante da evolução crescente das demandas judiciais na área da saúde, surgiu a necessidade de se montar uma equipe especializada para enfrentar a questão de forma mais eficiente, com o intuito de melhor catalogar as demandas judiciais e estabelecer fluxos mais ágeis para o cumprimento da decisão judicial.¹⁵⁹

Tal fato levou a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES/SP) a organizar um grupo multiprofissional que, com o passar dos anos, tornou-se cada vez mais especializado. Tal grupo é composto atualmente por médicos, farmacêuticos, enfermeiros nutricionistas, técnicos em informática, além de profissionais especializados em planejamento de estoque e em compras

¹⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo – SP**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 30 de outubro de 2015.

¹⁵⁸ CHIEFFI, Ana Luiza; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. Judicialização da saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 272.

¹⁵⁹ Ibid., p.273.

públicas, com a finalidade de gerenciar exclusivamente as demandas judiciais para seu fiel cumprimento, prestando, ainda, informações técnicas à Procuradoria Geral do Estado durante o processo judicial. Esta equipe foi nomeada de Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (CODES) e passou a ser responsável pelo processamento das demandas judiciais do Estado, o que levou à necessidade de se desenvolver uma nova ferramenta informatizada para catalogar as referidas ações judiciais, o S-CODES.¹⁶⁰

No mesmo sentido, é possível se verificar a existência de inúmeras outras ações, em diversos estados brasileiros, com o mesmo objetivo, o de criar estratégias para melhor gerenciar e minimizar a crescente demanda das ações que envolvem a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde à população.

Sem que se pretenda esgotar as referidas ações, não se pode deixar de fazer referência, ainda, ao Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), desenvolvido no Estado do Rio Grande do Norte, buscando atuar tanto na resolução de conflitos pela via administrativa, quanto em demandas que já alcançaram a esfera judicial, por meio da conciliação, bem como junto às autoridades competentes, na busca de melhorias das políticas públicas já existentes; à Comissão de Análise de Solicitações Especiais, instituída em Ribeirão Preto, com o objetivo de emitir pareceres nos pedidos de ações judiciais enviadas ao Ministério Público Estadual, a fim de fornecer subsídios para a tomada de decisões; e à Câmara Técnica de Saúde, experiência similar ao NAT, utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, com a missão de subsidiar a justiça estadual com informações técnicas nas demandas que envolvam fornecimento de medicamentos, exames, internações e tratamentos clínicos ou cirúrgicos no âmbito do SUS.¹⁶¹

Como dito anteriormente, estas são apenas algumas das relevantes iniciativas que vêm sendo registradas na busca de se racionalizar o fenômeno da judicialização da saúde, através da tentativa de se estabelecer canais que propiciem maior diálogo entre as diversas instituições responsáveis pelas políticas públicas, a própria sociedade civil, os profissionais da área de saúde e, principalmente, os magistrados, de forma a lhes proporcionar ferramentas que conduzam a

¹⁶⁰ Ibid., p. 273.

¹⁶¹ TERRAZAS, Fernanda. Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos Tribunais Superiores. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 311-312.

decisões mais racionais e esclarecidas, levando em consideração os pareceres e suportes técnicos que lhe foram concedidos.

CONCLUSÃO

Conforme dispõem os artigos 6º e 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito social de todos e um dever do Estado, a ser garantido através das políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e promovam o acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não há dúvidas de que o efeito pretendido pelas referidas disposições constitucionais é que todos desfrutem de todas as prestações necessárias à prevenção e recomposição de seu estado de saúde. Contudo, em face das realidades do sistema constitucional como um todo e das limitações materiais dos recursos disponíveis, verificou-se que apenas um núcleo básico das prestações de saúde poderia vir a integrar o denominado mínimo existencial, em que o Estado não pode se negar a fornecer as prestações materiais básicas necessárias à sua satisfação.

Ocorre que, em face das dificuldades enfrentadas pelos cidadãos na obtenção dos serviços mais essenciais de saúde e dos medicamentos garantidores de seu bem estar, estes não veem outra alternativa a não ser recorrer ao Poder Judiciário, com o intuito de que ele determine ao Poder Público, nos âmbitos federal, estadual e municipal que lhes sejam fornecidos gratuitamente os fármacos de que necessitam.

O problema encontra-se justamente no aumento excessivo da judicialização das demandas de saúde, com a massificação das ações individuais de fornecimento de medicamentos, bem como nos crescentes casos de ativismo judicial, em que o magistrado age conforme suas convicções e crenças pessoais e não em face da moralidade que rege a comunidade política.

Dentre as principais causas apontadas como responsáveis pelo crescimento exponencial destas demandas, pode-se citar o processo de redemocratização brasileiro, além da criação de uma consciência nacional quanto à real possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais, bem como a crise de representatividade sofrida pelo Poder Legislativo e, principalmente, a interpretação conferida ao artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, no que tange à integralidade de atendimento preconizada às ações e serviços públicos de saúde.

É possível constatar, igualmente, que o aumento das demandas que envolvem a saúde muitas vezes tem como base a equivocada concepção de que tal direito é ilimitado, irrestrito e incondicionado, deixando, contudo, de considerar os critérios racionais que permitam enxergar o

referido direito não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, na qual se deve compreendê-lo em sua dimensão comunitária e não apenas limitado ao bem estar de uma única pessoa.

Justamente em face de tal visão individualista é que se verifica uma das mais relevantes consequências ocasionadas pela judicialização excessiva das ações de medicamentos. Tal consequência é representada pela realização da microjustiça, alcançada pela satisfação do direito de um determinado indivíduo, em detrimento da macrojustiça, representada pelos efeitos benéficos de desenvolvimento que deveriam ser gerados pelas políticas públicas do setor, de modo planejado, em sintonia com o interesse dos demais cidadãos.

Isso porque, não raras vezes, quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, o Poder Público tem que retirar algum fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia de forma regular para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.

Outra relevante consequência está relacionada ao significativo impacto orçamentário ocasionado com as inúmeras decisões concessivas de medicamentos por parte do Poder Judiciário. De acordo com uma pesquisa realizada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, somente no ano de 2013, por exemplo, foram gastos R\$547.259.980,62 com a aquisição dos medicamentos e insumos objeto de decisões judiciais, sem considerar as despesas decorrentes do procedimento de compra e entrega dos medicamentos, tais como os valores relativos ao transporte para entrega dos fármacos, que totalizaram R\$2.572.414,95, bem como o montante gasto com suplementos alimentares, que consumiram mais R\$907.351,30.

Com efeito, não se pode deixar de considerar que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrem com aquelas provenientes das decisões judiciais, de modo que, em razão das constantes ameaças de fixação de multa, bem como da possível prisão de gestores, as compras de materiais e insumos de saúde que deveriam ser priorizadas pelo SUS terminam por ficar prejudicadas.

Cabe destacar que, mesmo em face de tais problemas decorrentes da judicialização excessiva das demandas de fornecimento de medicamentos, não se está a questionar o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário na tentativa de assegurar o direito à saúde àqueles que necessitam. O que se busca, ao revés, é estabelecer um modelo que vise concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, conforme estipulado no artigo 193 da Constituição Federal,

através da definição de determinados critérios que imponham limites ao seu campo legítimo de atuação.

Um dos critérios a ser observado é a reserva do possível, que se traduz pela idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

É necessário, contudo, observar, com devida cautela, a limitação advinda da reserva do possível, a qual deve observar não só a garantia do mínimo existencial e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mas também não pode ser utilizada como argumento genérico a justificar a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Público a comprovação, de fato, da inexistência efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos pleiteados.

Outro importante critério a ser utilizado pelo Poder Judiciário está relacionado ao controle de segurança dos medicamentos e diz respeito à observância dos Protocolos e Políticas Assistenciais de Saúde existentes, dentre as quais se destacam a Política Nacional de Medicamentos, que engloba as listas de medicamentos essenciais (RENAME) e a lista dos medicamentos excepcionais, bem como os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, além das próprias balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE.

Na tentativa de auxiliar os magistrados a proferirem decisões com maior eficiência em demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, o próprio Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 31/2010, na qual sugere a celebração de convênios com o apoio de médicos e farmacêuticos, recomenda aos magistrados que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental e que ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação das medidas de urgência.

Cumprе ressaltar, ainda, que a implementação de mecanismos que auxiliem os órgãos julgadores nos litígios que envolvam fornecimento de medicamentos não se mostra apenas discurso teórico, mas uma preocupação efetiva dos magistrados e Tribunais brasileiros, os quais, inclusive, contam com iniciativas pioneiras na área, tais como a criação de Núcleos de Assessoria Técnica, no Rio de Janeiro; de ferramentas informatizadas para catalogar as respectivas ações judiciais, como o S-CODES, em São Paulo; de um Comitê Interinstitucional de Resolução

Administrativa de Demandas da Saúde, no Estado do Rio Grande do Norte; de uma Comissão de Análise de Solicitações Especiais, em Ribeirão Preto, dentre inúmeras outras ferramentas.

Percebe-se, portanto, que, apesar do aumento das ações judiciais de medicamentos estar longe de ser um problema a ser rapidamente solucionado pelos Tribunais brasileiros, ao menos se constata maior preocupação em torno do tema, com a evolução dos debates na busca de soluções mais efetivas, que promovam, além da concretização do direito à saúde, a garantia da prestação jurisdicional adequada não só para o demandante, mas para toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gisele. Chaves. Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, XVI, n. 57, p. 88-94, mai./ago. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas**, maio 2009. 34-40.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral Municipal de Juiz de Fora - RPGMJF**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

BIANCHI, André Luis. **Direito social à saúde e fornecimento de medicamentos: a construção de critérios parametrizantes à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo – SP**. Disponível em:

[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO DA SAUDE %20PLENARIA 15 5 14 r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em 30 de outubro de 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum da saúde**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf. Acesso em 04 de junho de 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 31, de 30/03/2010. **Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em 27 de outubro de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de maio de 2015.

_____. Decreto 7.508/11. **Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em 05 de outubro de 2015.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em: 24 de setembro de 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 07 de outubro de 2015

_____. Lei 8.080/90. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 05 de outubro de 2015.

CHIEFFI, Ana. Luiza.; SIQUEIRA, Paula. Sue. Facundo.de. Judicialização da Saúde no Estado de São Paulo. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil.** Campinas: Saberes Editora, 2014.

CIOCCI, Deborah. I Jornada da Saúde: apresentação e comentários dos enunciados aprovados. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil.** Campinas: Saberes Editora, 2014.

CORDEIRO, Karine. da. Silva. Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CORTEZ, Luís Francisco. Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada. Pellegrini.; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAHINTEN, Bernardo. Franke.; DAHINTEN, Augusto. Franke. Jucialização do sistema de saúde suplementar: possíveis causas. Interesse Público, v. 15, n. 80, p. 155-185, jul./ago. 2013.

FERNANDES, Bernardo. Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Siddharta Legale.; COSTA, Aline. Matias. da. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, 20, n. 36, abril 2013.

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

FREITAS, Cristina Leitão. Teixeira. de. Judicialização da saúde, solidariedade e ressarcimento: destaques da posição dos Estados frente à polarização de entendimentos. In: SANTOS, L.; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014.

FUHRMANN, Italo. Roberto. "**Judicialização**" dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília: Editora Consulex, 2014.

GLOECKNER, Joseane. Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LAZARI, Rafael. José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Ricardo. Seibel. Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MATTA, Jairo. Luiz. Jacque. da.; MARQUES, Gabriel. Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o direito e a saúde. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, p. 421-441, jun./set. 2014.

MEDEIROS, Fabrício. Juliano.Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar. Ferreira.; BRANCO, Paulo. Gustavo. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Vitor. Hugo. Mota. de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MOREIRA, Alinie. da. Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NAKAMURA, André Luiz. dos Santos. Direitos sociais e administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, jan. 2011.

NEGRI, André Del.; RIBEIRO, Ramon Antunes Acesso à jurisdição e direito à saúde. **Revista brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, n. 86, p. 63-80, abr./jun. 22.

NUNES, António José Avelã.; SCAFF, Fernando Facury **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PERLINGEIRO, Ricardo A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, p. 184-203, jul./dez. 2012.

SABINO, Marco Antônio da Costa Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SALDANHA, Rafael Meireles Teoria e efetividade dos direitos fundamentais: o controle judicial na concessão de medicamentos. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 253-268, abr. 2014.

SAMPAIO, Marcos **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In:

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgnag; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Algumas Considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 17, p. 125-172, jul/set 2008.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. A intervenção judicial como garantia de efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites nos casos de medicamentos. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel.; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

URBANO, Hugo Evo Magro Côrrea. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n. 188, p. 179-190, out./dez. 2010.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais às políticas de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, 2007.