

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – Especialização em Direito Constitucional

Cristiane Kovacs

**A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS A PARTIR DO
PODER JUDICIÁRIO –
A RAZOABILIDADE COMO SOLUÇÃO**

São Paulo
2014

Cristiane Kovacs

**A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS A PARTIR DO
PODER JUDICIÁRIO –
A RAZOABILIDADE COMO SOLUÇÃO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a aprovação no curso de Pós Graduação '*Latu Sensu*' - Especialização em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci.

São Paulo

2014

Cristiane Kovacs

**A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS A PARTIR DO
PODER JUDICIÁRIO –
A RAZOABILIDADE COMO SOLUÇÃO**

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Dedico este trabalho ao Augusto, pela compreensão e apoio, e a minha mãe e ao meu pai (*in memoriam*), que sempre me incentivaram a buscar desafios.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu orientador, Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci, pela atenção e pelas valiosas informações.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e em desdobramento positivou a proteção à vida e à saúde, muitas vezes garantida pelo uso contínuo de medicamentos. Consagrada a positivação do direito à saúde, surge a necessidade de sua efetivação pelo Poder Público, em princípio pelos Poderes que detém a incumbência ordinária para efetivar os direitos a prestações e, ao deixarem de agir, mostra-se possível e desejável a atuação do Poder Judiciário. Por tal razão, proliferam no Poder Judiciário demandas que buscam a efetivação do direito à saúde, principalmente o fornecimento de medicamentos, razão pela qual foi realizada a Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal, com o propósito de se estabelecer critérios e equacionar a discussão. A assistência farmacêutica faz parte do campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), implementada pela Política Nacional de Medicamentos, que estabeleceu uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Não obstante, diversas são as situações em que o cidadão não consegue adquirir o medicamento por meio dos programas de assistência farmacêutica, situação que o leva a acionar o Poder Judiciário com o propósito de obter o medicamento que necessita. Neste contexto, o Judiciário lida com a difícil tarefa de, ao mesmo tempo, assegurar o atendimento ao mínimo existencial e considerar as limitações orçamentárias, as quais levam o Estado a invocar a chamada reserva do possível. Ocorre que, se por um lado é inadmissível a concessão de medicamentos a partir do Judiciário de forma indiscriminada, sem critérios, por outro lado, as limitações orçamentárias não podem servir de escusa ao Estado para justificar o descumprimento do direito à assistência farmacêutica. Razão pela qual, as decisões judiciais que resolvem as demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos devem estar amparadas pelo bom senso e razoabilidade.

Palavras-chave: direito à saúde, medicamentos, razoabilidade

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil, enacted in 1988, has as one of its foundations the dignity of the human person and in unfolding regulated the protection of life and health, often guaranteed by continuous medication. Consecrated the positivization of the right to health, the need arises for adoption by the Government, in principle by the Powers that holds ordinary errand to enforce rights to benefits and, by failing to act, seems possible and desirable to the performance of Judiciary. For this reason, proliferate in the Judiciary demands seeking the realization of the right to health, especially the supply of medicines, which is why the Public Hearing 4 was held by Supremo Tribunal Federal, with the purpose of establishing criteria and equate discussion. Pharmaceutical care is part of the action field of the Unified Health System, known in Brazil as "Sistema Único de Saúde" (SUS), implemented by the National Medicines Policy, which established a National Essential Medicines List (RENAME). Nevertheless, there are several situations in which a citizen can not acquire the medication through pharmaceutical assistance programs, a situation that leads to trigger the Judiciary in order to get the medicine which need. In this context, the Judiciary handles with the difficult task, at the same time, ensure compliance to the minimum existential and consider the budgetary constraints, which take the State to invoke the called reserve of possible. Occurs that, if one hand is inadmissible to grant medicines from the Judiciary indiscriminately, without criteria, on the other hand, the budgetary constraints may not be an excuse for the State to justify the breach of the right to pharmaceutical care. Reason, judicial rulings that solve the demands involving the supply of medicines should be supported by common sense and reasonableness.

Keywords: right to health, medicines, reasonableness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.1 A dignidade da pessoa humana como fonte da proteção da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.....	11
1.2 O direito à saúde enquanto direito subjetivo fundamental.....	15
1.2.1 A saúde como direito subjetivo.....	17
1.2.2 A eficácia dos direitos fundamentais.....	19
2 O DIREITO A SAÚDE A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO.....	23
2.1 Incumbência ordinária dos Poderes Executivo e Legislativo em efetivar os direitos a prestações.....	23
2.2 Os limites da intervenção judicial concretizadora em matéria de direitos a prestações.....	26
2.3 Efetividade do direito à saúde.....	30
3 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
3.1 Principais ideias discutidas.....	36
3.2 Recomendação do Conselho Nacional de Justiça – maior eficiência na solução das demandas envolvendo assistência à saúde.....	38
4 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO.....	41
4.1 Limites à atuação do Poder Judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos.....	43
4.1.1 A reserva do possível – Problemas afetos aos limites à atuação do Poder Judiciário.....	45
4.2 Panorama jurisprudencial após a Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal.....	48
5 A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÕES MAIS EFICIENTES PARA OS ATORES ENVOLVIDOS.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, influenciada pela tendência mundial, positivou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, por decorrência, garantiu expressamente aos cidadãos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

O texto constitucional declara que a saúde é direito de todos e dever do Estado, oponível contra todos, até mesmo contra o próprio Estado. Direito este que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que garantam o acesso a todos de forma igualitária, disponibilizado por meio de um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes enumeradas na própria Constituição Federal.

Adotou-se, portanto, um Sistema Único de Saúde – SUS – integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que deve assegurar aos cidadãos, além de atendimento médico, assistência farmacêutica, cuja implementação foi regulamentada pela Portaria do Ministério da Saúde, nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que criou a Política Nacional de Medicamentos.

Ocorre que, não obstante a consagração da positivação dos direitos fundamentais que, em última análise visam o respeito à dignidade da pessoa humana, surgiu a necessidade do Estado fazer valer estes direitos, isto é, lhes dar efetividade, pois, na prática, o que se observa é que a concretização dos direitos fundamentais sociais tem se mostrado de extrema dificuldade. Para tanto, é preciso que o Estado, inclusive por meio da atuação do Poder Judiciário, e a sociedade se mobilizem, envidando esforços para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Não raro, a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, representado, muitas vezes, pelo fornecimento de medicamentos, não se dá de forma satisfatória pelos Poderes Legislativo e Executivo, que possuem incumbência ordinária para tanto, visto serem os responsáveis pela implantação e

execução de políticas públicas. Diante desta situação, as ações judiciais mostram-se um instrumento legítimo para o cidadão necessitado buscar tal direito.

No entanto, em razão dos direitos fundamentais de cunho prestacional exigirem para sua efetivação o dispendio de recursos públicos financeiros, cuja utilização é definida por meio das políticas públicas orçamentárias, surge a questão dos limites da atuação do Poder Judiciário em razão da inegável limitação dos recursos públicos e, ainda, se sua atuação nestas situações não caracteriza usurpação das funções originárias do administrador e do legislador.

O que se pretende neste trabalho é mostrar justamente a complexidade da questão do fornecimento de medicamentos aos cidadãos a partir do Poder Judiciário, visto que, ao enfrentar as demandas judiciais desta natureza o julgador se depara com a difícil tarefa de, ao mesmo tempo, tutelar um dos direitos fundamentais constitucionalmente previsto e considerar a escassez de recursos públicos.

Para tanto, o presente trabalho apresenta o direito à saúde como um dos direitos sociais tutelados na Constituição Federal de 1988, surgindo como corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que impossível se cogitar vida digna sem garantir ao cidadão a assistência à saúde. Garantia esta que deve ser assegurada pelas esferas do Poder, incluindo o Poder Judiciário, conforme examinado em um dos capítulos.

Por envolver, numa visão mais ampla, o direito fundamental à vida, observa-se a ocorrência de diversas demandas judiciais que visam à assistência à saúde, nas quais se pleiteia a concessão de tratamentos médicos ou o fornecimento de medicamentos. Situação que levou o Supremo Tribunal Federal a convocar a Audiência Pública nº 4, com o propósito de se estabelecer critérios aos julgadores e equacionar a discussão jurídica acerca do direito à saúde, segundo demonstra a análise realizada em capítulo específico do trabalho.

Detendo-se especificamente a questão do fornecimento de medicamentos aos cidadãos a partir do Poder Judiciário, o capítulo 4 do trabalho aborda a regulamentação legal do direito à assistência farmacêutica, assim como analisa a deficiência de tal assistência e a conseqüente atuação do Poder Judiciário e os limites que devem ser considerados pelos julgadores ao se depararem com estas

demandas, posto ser impossível desconsiderar as limitações orçamentárias, apresentando, ainda, o panorâma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao fornecimento de medicamentos após a Audiência Pública nº 4.

Finalmente, apresenta a razoabilidade como parâmetro a ser seguido pelo Poder Judiciário ao dirimir as demandas envolvendo a assistência farmacêutica, de modo a evitar possíveis abusos cometidos sob a justificativa da efetivação do direito fundamental à saúde.

1 O DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde está assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, como um dos direitos sociais previstos no artigo 6º.

Ao tratar da Ordem Social, a Constituição Federal de 1988, prevê que a seguridade social será compreendida por um conjunto de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, considerando especificamente a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido por meio de políticas sociais que visem à redução do risco de doença e outros agravos, assim como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços destinados a sua promoção, proteção e recuperação¹.

Com a promulgação do texto constitucional de 1988 o direito à saúde torna-se um direito público social, constitucionalmente tutelado, que deve ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos.

Portanto, a proteção à saúde, por meio da prevenção e cura de doenças, deve ser assegurada pelo Estado, visando à integridade física e psíquica do cidadão, surgindo como corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, na medida em que impossível se cogitar vida digna, sem garantir ao cidadão o direito à saúde.

1.1 A dignidade da pessoa humana como fonte da proteção da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana,

¹ Artigo 196 da Constituição Federal: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais 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. BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal, 1988.

expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, promulgada em 1988².

A Constituição Federal de 1988 menciona, ainda, a dignidade da pessoa humana em outros dispositivos como, por exemplo, artigo 170, *caput*, artigo 226, parágrafo 7º, artigo 227, *caput* e artigo 230, *caput*.

Ao analisar os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro e o sentido que o legislador constituinte dispensou à expressão dignidade da pessoa humana, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, afirmam:

O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o que ele está a indicar é que um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. É de lembrar-se, contudo, que a dignidade da pessoa humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra sua missão, conferindo-lhe um sentido. Esta tarefa é eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.³

Considerando a vontade da Constituição de 1988, resta claro que foi conferida à dignidade da pessoa humana a qualificação de norma jurídica fundamental. A dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de valor jurídico fundamental da sociedade, valor este que sustenta a própria existência do ordenamento jurídico.

Na análise de Ingo Wolfgang Sarlet,

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é norma básica e informadora de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas

² Art. 1º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III – a dignidade da pessoa humana;

[...]. BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal, 1988.

³ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.

definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso - denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.⁴

Certamente o texto constitucional promulgado em 1988 sofreu influência da tendência mundial, estabelecida desde o pós-guerra, que se consolidou nas cartas constitucionais de diversas nações (Lei Fundamental de Bonn, de 1949 e Constituição Espanhola, de 1978), nas quais houve o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como norma fundamental, também consagrada, vale frisar, na Declaração Universal da ONU, de 1948.

Ainda seguindo a tendência mundial, o constituinte brasileiro optou nitidamente pela proteção aos direitos humanos, revelando-os no artigo 4º como um dos princípios a reger a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais.

Observa-se a existência de uma mobilização mundial voltada à observância dos direitos humanos, preocupada, não apenas com a normatização destes direitos, como também com sua efetivação.

Paulo Bonavides assevera a respeito que:

a nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.⁵

Ingo Wolfgang Sarlet também observa que “ainda antes da passagem para o terceiro milênio -, a dignidade da pessoa e, nesta quadra, a própria pessoa humana, mereceram a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva.”⁶

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 573.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

À vista da posição que ocupa na ordem constitucional brasileira, tida como fundamento da República Federativa, a observância da dignidade da pessoa humana, segundo afirma Inocêncio Mártires Coelho:

a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.⁷

Assim, não obstante a preponderância do fundamento da dignidade da pessoa humana diante dos demais valores e princípios constitucionais, é preciso anotar que, no convívio humano, nos deparamos com situações em que ocorre a preponderância da dignidade de uma determinada pessoa em detrimento deste mesmo fundamento assegurado a outra pessoa.

Ingo Wolfgang Sarlet, considerando a possibilidade de se afastar o caráter absoluto do fundamento da dignidade da pessoa humana, afirma:

Com efeito, em se considerando a perspectiva dúplice da dignidade como elemento limitador e integrante (protetivo) dos direitos fundamentais, não nos parece – pelo menos em nível teórico e em caráter por ora meramente especulativo – desarrazoado indagar se, para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma determinada pessoa (ou grupo de pessoas), não se acaba, por vezes, afetando (limitando) a dignidade de outra pessoa, seja considerando a dignidade como bem jurídico autônomo, seja em se tomando-a como representando o conteúdo de determinado direito fundamental.⁸

Como desdobramento do fundamento da dignidade da pessoa humana, e com vistas a resguardá-lo, a Constituição Federal de 1988 positivou a proteção à

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 149.

vida e à saúde por meio de dispositivos que garantem o atendimento das necessidades básicas do cidadão.

Desse modo, a importância da dignidade da pessoa humana na compreensão da questão do fornecimento de medicamentos aos cidadãos a partir do Poder Judiciário reside no fato de que a Constituição Federal, assim como as interpretações constitucionais feitas pela doutrina e pela jurisprudência, consideram que não basta ao Estado assegurar a vida, mas sim uma vida com dignidade ao cidadão. E uma vida digna abarca uma série de elementos, dentre eles a saúde, muitas vezes garantida pelo uso contínuo de medicamentos, que está diretamente ligada à preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que não há como se cogitar uma vida digna se não assegurado ao cidadão o acesso aos recursos à saúde, acesso este que, não raro, acaba por ocorrer pela via do Poder Judiciário.

1.2 O direito à saúde enquanto direito subjetivo fundamental

A Constituição da República, promulgada em 1988, consagrou a garantia das liberdades e direitos básicos dos cidadãos, buscando atender a maior parte das necessidades da sociedade brasileira.

Por um lado garantiu aos cidadãos a liberdade em suas mais diversas formas (de ir e vir, de expressão, de informação, dentre outras), atendendo aos anseios gerados em razão do período de autoritarismo ditatorial. Por outro lado, protegeu o direito à vida, mas não só, resguardou o direito a uma vida digna, tendo como diretriz de todo o ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. E, conforme já exposto, uma vida digna pressupõe diversas circunstâncias, dentre elas a saúde.

Em seu artigo 6º, a Constituição de 1988 elegeu como 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 e a assistência aos desamparados, os quais, indubitavelmente, são elementos necessários para o desenvolvimento de uma nação e de seus cidadãos, caracterizando, assim, o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. São direitos indispensáveis à proteção da dignidade humana e sua tutela é exigível contra o Estado e também por meio do Estado.

Assim, perante a Constituição de 1988, o direito à saúde tomou a merecida dimensão de direito social, considerado fundamental.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes,

os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988, como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida - deixe-se claro - que as demandas que buscam a efetivação de prestações à saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de duas peculiaridades⁹.

Conforme antes demonstrado, o direito à saúde encontra-se delineado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Diante deste panorama, o direito à saúde, previsto como direito social no artigo 6º, da Constituição Federal, deve ser interpretado em consonância com o artigo 196, que determina sua universalização e define suas diretrizes.

O artigo 196 do texto constitucional declara que a saúde é direito de todos e dever do Estado, oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, até mesmo contra o Estado. Prevê, ainda, que o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que tenham por fim a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso de todos, de forma igualitária, às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, o que implica no oferecimento de medicina preventiva e curativa. Por tal razão, as ações e serviços voltados à saúde são tidos como de relevância pública.

Depreende-se, ainda, do artigo 196, da Constituição Federal que, conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes, “para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”¹⁰.

No artigo 198 da Carta Constitucional está previsto que as ações e serviços de saúde devem constituir um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes que enumera. No inciso II deste dispositivo, segundo observa Camila Daros Cardoso, “percebe-se que o legislador, ao conferir à saúde atendimento

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 831

¹⁰ *Idem*, p. 833.

integral, buscou abranger todas as necessidades dos cidadãos no que diz respeito ao seu bem estar”¹¹. O legislador não restringiu nenhum tratamento e priorizou as atividades preventivas. No parágrafo 2º deste dispositivo está prevista a obrigatoriedade de aplicação de recursos financeiros, provenientes da arrecadação de impostos, em ações e serviços públicos de saúde por parte dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Extraí-se do artigo 199 da Constituição de 1988, que a assistência à saúde pode ser exercida pela iniciativa privada, que poderá participar, de forma complementar, do sistema único de saúde, mediante submissão as suas diretrizes.

Nas palavras de José Afonso da Silva,

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à *regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público*, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.¹²

Desse modo, o texto constitucional de 1988 consagrou a garantia à saúde da forma mais ampla possível, sem exclusões de doenças e patologias, prevendo, inclusive, a participação, de forma complementar, da iniciativa privada. E mais, deixou de considerar eventuais dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público, de modo que os entes públicos responsáveis pelo atendimento à saúde não podem escapar de tal prestação.

1.2.1 A saúde como direito subjetivo

A definição de um direito como subjetivo sinaliza a possibilidade de seu titular exigir sua concretização.

Ao tratar sobre a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet expõe que:

¹¹ CARDOSO, Camila Daros. *Ações de concessão judicial de medicamentos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010, s/p. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14609>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 838.

Aliado a noção de direito subjetivo em sentido amplo, está, de outra banda, o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade (ou justiciabilidade, se preferirmos), que, no entanto, é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental. Para traçarmos uma distinção suficientemente precisa entre a perspectiva objetiva e subjetiva (sem prejuízo da possibilidade de uma eventual subjetivação de posições em princípio limitadas à juridicidade meramente objetiva), consideramos necessária a clarificação do significado desta exigibilidade, já que, de certa forma, a mera possibilidade de suscitar-se o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo. Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.¹³

Outrossim, segundo leciona Luís Roberto Barroso:

Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.¹⁴

O mesmo autor assevera ainda que:

Direitos subjetivos constitucionais investem os jurisdicionados no poder de exigir do Estado - ou de outro eventual destinatário da norma constitucional - prestações positivas ou negativas que

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 156-157 – Versão Digital

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222.

proporcionem o desfrute dos bens e interesses jurídicos nela consagrados. Tais direitos incluem os individuais, políticos, sociais e coletivos.¹⁵

O direito à saúde, tutelado constitucionalmente, deve ser prestado pelo Poder Público não simplesmente por meio de medidas que visem a impedir o seu descumprimento, e sim por intermédio de políticas sociais e econômicas que levem a efetivação de tal direito, de modo a revestir em seus titulares o direito de exigir do Estado o seu cumprimento, inclusive por meio do Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, que o direito à saúde configura-se como um direito público subjetivo, que permite a seu titular exigí-lo do Estado, ao qual é imposto constitucionalmente o dever de prestá-lo, ainda que por via judicial. Isto porque o direito à saúde é corolário do direito à vida, constitucionalmente protegido no artigo 5º, da Carta Constitucional de 1988, que visa concretizar o fundamento básico da dignidade da pessoa humana.

1.2.2 A eficácia dos direitos fundamentais

Cabe destacar, inicialmente, a lição de Norberto Bobbio, segundo a qual,

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.¹⁶

Consagrada a positivação dos direitos fundamentais nas declarações universais e nas cartas constitucionais, ao menos dos Estados Democráticos, surgiu a necessidade de se dedicar à tarefa, não menos importante, de se fazer valer estes direitos, isto é, de como lhes dar efetividade, garantir que os direitos fundamentais sejam cumpridos.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31.

Cabe indicar, mais uma vez, as afirmações de Norberto Bobbio acerca da questão:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹⁷

Em que pese o fato de observarmos uma disseminada, e almejada, positivação dos direitos fundamentais, na prática a concretização destes direitos, que visam, em última análise, o respeito à dignidade da pessoa humana, tem se mostrado de extrema dificuldade. Ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Inocêncio Mártires Coelho afirma que,

No plano dos fatos, entretanto, o que a experiência tem evidenciado é a extrema dificuldade em concretizar essa pauta axiológica, seja por questões de ordem cultural, que debilitam a sua pretensão de universalidade – a ponto de se indagar se a noção de direitos humanos não seria um conceito exclusivamente ocidental -, seja pela carência de recursos em países que, embora comprometidos, até formalmente, com a causa dos direitos humanos, mesmo assim não conseguem torná-los efetivos, máxime quando eles demandam serviços e prestações de alto custo. Isso porque, todos sabemos, são vários e “gananciosamente” expansivos os âmbitos de proteção da dignidade humana, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo – o seu conceito metafísico como conquista do pensamento cristão -, até à satisfação das carências elementares dos indivíduos – e.g., alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação e cultura -, sem cujo atendimento resta esvaziada a visão antropológico-cultural desse princípio fundamental.¹⁸

Nota-se, portanto, intensa preocupação em se evitar que os princípios e fundamentos tidos como essências à dignidade da pessoa humana permaneçam como meras teorias. Na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, ao enumerar a aplicabilidade imediata como uma das características dos direitos fundamentais,

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217-218

Essa preocupação liga-se à necessidade de se superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que se protegiam os direitos fundamentais por meio da regulação, expondo esses direitos ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.¹⁹

Sensível à necessidade de plena efetivação das normas que veiculam os direitos fundamentais, o constituinte de 1988 consignou no parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Restando assim definidos pelo constituinte, para Paulo Gustavo Gonet Branco “os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário”²⁰. E, justamente, por se originarem na Constituição, os direitos fundamentais não podem ficar vulneráveis a produção legislativa para, então, gerarem efeitos para os cidadãos.

Consequência desta característica dos direitos fundamentais é a possibilidade do Poder Judiciário aplicar diretamente ao caso concreto a norma constitucional, sem necessidade da produção legislativa ordinária.

A Constituição Federal brasileira positivou a proteção social por meio de dispositivos que garantem o atendimento das necessidades básicas do cidadão, como saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, previdência e assistência social. Conforme José Afonso da Silva,

A normatividade constitucional dos direitos sociais principiou na Constituição de 1934. Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia.²¹

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327

²⁰ *Idem*, p. 328

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 467.

Contudo, a positivação consagrada nos textos constitucionais não basta para a concretização dos direitos fundamentais. É preciso que o Estado e a sociedade tomem providências, de modo a se mobilizarem nas diversas esferas para que esta concretização venha, de fato, a ocorrer. Presente nesta cadeia de concretização, a atividade do Poder Judiciário se mostra imprescindível.

2 O DIREITO A SAÚDE A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário integra o sistema de freios e contrapesos que caracteriza a tripartição dos Poderes que integram o Estado Democrático de Direito e, como tal, é igualmente responsável pela implementação dos direitos sociais, destacando-se sua função por ser a via pela qual o cidadão necessitado, que deixou de ser amparado pelas vias ordinárias, se vale para conseguir acesso aos serviços públicos voltados ao atendimento dos direitos sociais.

Compreende-se que a ausência ou precariedade da prestação do direito à saúde, compreendendo-se a concessão de tratamentos médicos e o fornecimento gratuito de medicamentos aos cidadãos, ofende diretamente a Constituição Federal, na medida em que desrespeita princípios e direitos fundamentais lá preceituados, como o direito à saúde e, por conseguinte, o direito à vida, justificando, assim, a atuação do Poder Judiciário, que deve agir de forma subsidiária aos demais Poderes.

2.1 Incumbência ordinária dos Poderes Executivo e Legislativo em efetivar os direitos a prestações

A Constituição Federal de 1988 preconiza como um de seus princípios fundamentais a Separação de Poderes, prevendo em seu artigo 2º a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e ao caracterizá-los como harmônicos e independentes entre si, traz para o ordenamento jurídico brasileiro a tradicional tripartição de Poderes.

Segundo esta concepção, a cada um dos três Poderes é atribuída uma função estatal, cabendo ao Legislativo a atividade legislativa, ao Executivo a administrativa e ao Judiciário a atribuição jurisdicional. Entretanto, esta divisão de atribuições não é absoluta, e sim preponderante em cada um dos Poderes. Na concepção de José Afonso da Silva, “há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio

necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governadores”.²²

Apresentando a concepção atualizada da separação dos Poderes, Marçal Justen Filho afirma que,

Enfim, a separação de poderes é um mecanismo organizacional que se justifica pela afirmação dos direitos fundamentais. As diferentes autoridades se vinculam e comprometem com a defesa da dignidade humana e a dissociação de competências adquire uma dimensão finalística. Deixa de se constituir em uma simples técnica de organização do poder político e se configura como meio para atingimento de fins constitucionais protegidos.²³

Resta claro, portanto, que a sistemática da separação dos Poderes, muito além de se caracterizar como técnica de efetivação das funções estatais, possui como principal escopo a concretização dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior que, segundo afirmado alhures, visam, em última análise, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como uma das características dos direitos fundamentais, Paulo Gustavo Gonet Branco enumera a vinculação dos Poderes Públicos, destacando que:

A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.²⁴

Desta forma, no que concerne ao Poder Legislativo, a atividade legiferante deve ser adequada, ou seja, guardar vinculação, aos preceitos de direitos

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 88.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 321.

fundamentais constitucionalmente previstos. Além disso, os direitos fundamentais, muitas vezes, carecem de regulamentação para sua concretização, situação que leva o Poder Legislativo a assumir uma postura ativa, editando normas voltadas a esta concretização.

Oportunas as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer sobre dignidade como limite e tarefa do Estado, segundo as quais:

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio.²⁵

Por sua vez, o Poder Executivo também possui o compromisso de respeitar e fazer cumprir os direitos fundamentais.

Ao citar José Joaquim Gomes Canotilho, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que,

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.²⁶

Embora inquestionável a incumbência ordinária dos Poderes Legislativo e Executivo para formular e executar políticas públicas voltadas a concretização dos

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 132.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 128-129.

direitos fundamentais, os quais possuem como objetivo central assegurar a dignidade da pessoa humana, sempre que os órgãos estatais deixarem de agir, ou agirem de forma abusiva, ou com desvio de finalidade, mostra-se possível e desejável a atuação do Poder Judiciário, ainda que de forma subsidiária, voltada para a implementação de fato de tais direitos. A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet assinala que “a natureza precípua da função jurisdicional está precisamente em fazer cumprir a Constituição e as Leis, inclusive em virtude de omissão quanto à sua concretização e execução, ainda mais quando em causa a efetividade de direitos de caráter fundamental”.²⁷

Assim, os direitos fundamentais constituem um sistema que busca primordialmente a proteção da dignidade da pessoa humana, a qual, conforme já observado algumas vezes, exige a efetivação dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, justificando, nesse modo, o sistema organizacional da separação de Poderes.

2.2 Os limites da intervenção judicial concretizadora em matéria de direitos a prestações

Após a promulgação da Constituição de 1988 torna-se cada vez mais frequente a ingerência do Poder Judiciário em questões que, inicialmente, seriam da atribuição dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, o Poder Judiciário possui dentre suas incumbências assegurar a defesa dos “direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência de sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte”.²⁸

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes*. In Revista dos Tribunais, Ano 101, Vol. 921, Julho/2012. p. 483.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 132.

O Poder Judiciário, enquanto integrante do sistema de freios e contrapesos que caracteriza o princípio da Separação de Poderes de um Estado Democrático de Direito, é tão responsável quanto os Poderes Executivo e Legislativo pela concretização dos direitos sociais, na medida em que é pela via judicial que, muitas vezes, o cidadão carente se faz ouvir por parte do Estado.

Os direitos sociais conquistados ao longo da história podem vir a se tornar “letra morta” caso não existam mecanismos de garantia ao seu cumprimento, sendo que o Judiciário desempenha importante função na conquista destes direitos ao aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir sua efetivação.

Portanto, a própria Carta Constitucional legitima a intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos prestacionais no caso de omissão ou abuso, ou desvio, de poder cometidos pelas esferas do Governo, eis que as Cartas Constitucionais não equivalem apenas a declarações teóricas de intenções, e sim representam um conjunto de princípios e regras voltados para a realização dos direitos fundamentais.

Até mesmo a discricionariedade do administrador público é passível de controle jurisdicional. Seria inócuo proclamar-se a sujeição dos atos administrativos aos termos da Constituição e da lei, conforme ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, e, ao mesmo tempo, não permitir que outro ente público, alheio à Administração, pudesse exercer o controle destes atos, adequando-os aos termos para os quais foram editados, ou, no caso de vícios insanáveis, até mesmo proclamá-los nulos, surgindo, assim, como decorrência, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV.

Este amplo controle exercido pelo Poder Judiciário é justificado pelo sistema de freios e contrapesos, inerente a Separação de Poderes.

Porém, esta judicialização não deve ser irrestrita, pois, conforme as palavras de André Luiz dos Santos Nakamura, “o Poder Judiciário pode, em virtude do caráter aberto do ordenamento constitucional, se transformar em um superpoder,

interferindo nos rumos políticos do país e usurpando a função do administrador e do legislador (...).²⁹

Ao controlar um ato do Poder Legislativo ou da Administração Pública, seja fazendo controle de constitucionalidade ou legalidade, ou até mesmo, agindo de forma positiva no caso de omissão destes Poderes, o Judiciário acaba substituindo o juízo de conveniência e oportunidade do legislador e/ou administrador pelo seu próprio juízo, devendo, por tal razão, evitar exageros.

Neste contexto, Carlos Roberto Siqueira Castro pontua que:

As denominadas questões políticas, sem embargo da tremenda discussão conceitual que ensejam, consubstanciam exemplo típico de insubmissão ao predomínio decisório do Judiciário, desde que – é de ressaltar com toda ênfase – não encubram lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, caso em que forçosamente abre-se a porta da tutela jurisdicional, por indesviável imposição do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que reza: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.³⁰

A maioria dos direitos fundamentais de cunho prestacional depende da atuação do Estado, que, para torná-los efetivos, deve disponibilizar recursos públicos. As políticas públicas voltadas a efetivação dos direitos prestacionais implicam no dispêndio de recursos públicos financeiros que, por sua vez, por serem limitados, conforme demonstram as evidências fáticas, exigem planejamento e previsão orçamentária.

Ana Paula de Barcellos, discorrendo sobre políticas públicas e seu controle, resume de forma esclarecedora suas observações acerca das ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais e os recursos financeiros disponíveis para tanto:

²⁹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Ano 2010, Vol. 72, Julho/Dezembro 2010, p. 14.

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106.

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.³¹

A propósito, cabe expor a observação de Luiza Cristina Fonseca Frinscheisen, sobre a limitada discricionariedade governamental em matéria de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.³²

Tendo em vista as limitações orçamentárias, o Poder Público deve mirar suas políticas públicas, ou seja, suas escolhas em relação aos gastos públicos, nas diretrizes impostas pela Constituição Federal, que tem como fim precípua, a proteção à dignidade da pessoa humana e a promoção e proteção dos direitos fundamentais, decorrendo desta vinculação à Constituição a possibilidade, bem como os parâmetros e limites, da atuação judicial em matéria de direitos prestacionais.

Esta rigorosa vinculação às diretrizes impostas constitucionalmente, por um lado obriga o Poder Público a proteger e promover os direitos fundamentais, por outro lado, o instiga a invocar o princípio da reserva do possível - segundo o qual, na definição de Vidal Serrano Nunes Júnior, “a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de direito administrativo, v. 240, 2005, p. 83-103.

³² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade dos Administradores e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59.

respectivas entidades públicas para tal finalidade”³³ - para dar conta de prestar tais direitos a totalidade dos cidadãos. Situação, aliás, que, em princípio, limitaria a atuação do Poder Judiciário voltada a concretização dos anunciados direitos.

Os direitos fundamentais prestacionais não estão desvinculados do princípio da reserva do possível, porém, esbarram na premissa da satisfação pelo Estado do mínimo existencial, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.³⁴

A análise pelo Poder Judiciário dos direitos a prestações deve ocorrer de forma subsidiária, ou seja, somente em situações de inércia ou desvio de função ou finalidade dos entes públicos ordinariamente incumbidos.

E esta atuação do Judiciário deve ocorrer de forma consciente e responsável, exigindo sim a satisfação do mínimo existencial, mas, ao mesmo tempo, adequando seus vereditos à realidade orçamentária do ente público demandado, bem como respeitando suas políticas públicas voltadas a realização dos direitos fundamentais.

2.3 Efetividade do direito à saúde

Conforme assinalado alhures, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a saúde foi elevada à condição de direito social fundamental, que deve ser garantido a todos os cidadãos, mediante políticas públicas sociais e econômicas.

A própria Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a organização do Estado, prevê, em seu artigo 23, II, que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde.

³³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 171.

³⁴ 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 do Estado, Estado do Rio Grande do Sul, V. 31, p. 89-114. Disponível em:

<<http://www.repositorio.furg.br:8080/bitstream/handle/1/3464/La%20Inalienabilidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.%20An%C3%A1lisis%20Sistem%C3%A1tico%20sobre%20el%20conocido%20caso%20del%20lanzamiento%20de%20enanos.pdf?sequence=1#page=89>>. Acesso em 03 ago. 2014.

A legislação do direito à saúde será da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, XII). Por sua vez, os Municípios também possuem atribuições no tocante à saúde, devendo prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviços de atendimento à saúde da população – artigo 30, VII.

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, acrescentou a alínea “e” ao inciso VII, do artigo 34, passando a possibilitar a intervenção da União nos Estados e Distrito Federal para assegurar a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Da mesma forma, referida Emenda Constitucional possibilitou a intervenção dos Estados nos Municípios, e a União nos Municípios localizados em seus territórios, nas situações em que não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações públicas de saúde.

Também com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 houve a criação do Sistema Único de Saúde - SUS. Assim, o Brasil passou a adotar um sistema de saúde integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária pela regulamentação e implementação dos serviços de saúde, caracterizando-se, ainda, como legitimados passivos nas demandas cujo objetivo é a prestação do direito à saúde.

A partir do texto constitucional, depreende-se que o SUS caracteriza-se, principalmente, pelos princípios da universalidade (direito de todos) e integralidade (atendimento integral), demonstrando a preocupação do constituinte com a plena efetividade do direito à saúde.

Em decorrência, foi promulgada a Lei 8080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que, segundo sua disposição preliminar, “regula em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais de direito Público ou privado” (artigo 1º), bem como prevê o Sistema Único de Saúde³⁵

³⁵ Artigo 4º da Lei 8.080/90: O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). BRASIL. Presidência da República, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

O direito fundamental à saúde está devidamente regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, esta ampla regulamentação não é garantia da prestação de fato do direito à saúde a totalidade da população.

Gilmar Ferreira Mendes, ao escrever sobre o direito à saúde na Constituição de 1988, afirmou que:

O Estudo do direito à saúde no Brasil leva à concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.³⁶

Enfim, são inúmeros os motivos pelos quais é possível vislumbrar-se o não atendimento das demandas que visam o acesso à saúde, levando o cidadão a se socorrer do Poder Judiciário, requerendo seja o Poder Executivo compelido a assegurar-lhe o direito à saúde por meio de tratamentos médicos ou medicamentos não disponíveis a todos os usuários do SUS.

Em meio a tal situação é que se justifica a atuação do Poder Judiciário na entrega ao cidadão dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, visto tratar-se de um dos direitos fundamentais constitucionalmente garantido.

No entanto, até que ponto deve o Poder Judiciário interferir na atuação administrativa para garantir o acesso à saúde sem que sua interferência venha a ofender o princípio da Separação de Poderes e, até mesmo, o Estado Democrático de Direito. Opiniões antagônicas se dividem acerca da possibilidade e conveniência da garantia do direito à saúde pela via do Poder Judiciário.

Ressalte-se que as decisões judiciais neste contexto lidam com a difícil tarefa de, ao mesmo tempo, tutelar um dos direitos fundamentais constitucionalmente protegido e considerar as limitações dos recursos financeiros do Poder Público.

Neste contexto, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 834/835.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.³⁷

De um lado, existem aqueles que defendem a garantia do mínimo existencial, na medida em que está definida na lei fundamental a obrigação do Estado de assegurar a todos os cidadãos ampla e geral proteção à saúde, visando de forma mais ampla a concretização da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, há os adeptos da teoria da reserva do possível, segundo os quais o Estado deve sim prestar aos cidadãos o direito à saúde, porém dentro dos limites de seu orçamento previamente atribuído pela Administração Pública e ratificado por lei.

De todo modo, é preciso que o Poder Judiciário atue com cautela nas questões afetas ao direito à saúde, avaliando o impacto de suas determinações, evitando, quando possível, que uma decisão destine vultosos valores provenientes de recursos públicos a um único cidadão em detrimento de todos os demais. Para tanto, deve exigir que as demandas voltadas a assegurar o direito à saúde sejam instruídas com fartas provas da necessidade do tratamento ou medicamentos requeridos.

Daí a importância do estabelecimento de regras básicas para racionalizar a atividade judicial no tocante ao direito à saúde.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 830.

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito e, inequivocamente, consagrou o exercício do poder não apenas por meio dos representantes eleitos, mas também a partir da participação direta do povo³⁸.

Uma das manifestações do direito de participação popular, inerente ao Estado Democrático de Direito, é a audiência pública, instrumento cuja possibilidade de realização encontra-se prevista na Constituição de 1988 e na legislação ordinária.

Não há na legislação brasileira norma específica a regulamentar o procedimento da audiência pública. A Lei 9.784/99, que prevê as regras gerais para todo procedimento administrativo, é instrumento que também alcança a audiência pública.

Na Constituição Federal há diversos dispositivos que expressamente, ou de forma implícita, autorizam a realização de audiência pública. Especificamente no tocante ao direito à saúde, o artigo 198, III, da Constituição de 1988 ratifica a participação popular na administração pública ao prever que as ações e serviços públicos de saúde terão como uma de suas diretrizes de organização a participação da comunidade.

O que se extrai das normas que contemplam a possibilidade de realização de audiência pública é que se trata de uma atividade de natureza consultiva da qual dispõe a sociedade para participar das decisões que envolvem políticas públicas, entre elas aquelas direcionadas ao direito à saúde.

Segundo esclarece Maria Goretti Dal Bosco,

³⁸ Artigo 1º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal, 1988.

A audiência pública mostra-se um mecanismo eficiente na busca do aperfeiçoamento dos mecanismos de definição das prioridades de investimentos estatais nas chamadas políticas públicas, uma das atribuições dos governantes que maiores críticas tem gerado nos últimos tempos.³⁹

Ao tratar sobre a audiência pública na Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lúcia Valle Figueiredo afirma que:

4. Pretende-se demonstrar, pois, que o desiderato constitucional, seguido de perto pela legislação específica, foi o de transparência da Administração Pública e com a efetiva participação popular, tão importante para o concerto entre administração e administrado.⁴⁰

Portanto, a convocação de audiências públicas pelo Poder Público se justifica nas situações em que presente o interesse público.

A questão central do presente trabalho apresenta-se extremamente sensível, posto se tratar, numa visão ampla, do direito fundamental à vida e, considerando que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a situação não poderia se apresentar diferente: a ocorrência de diversas demandas direcionadas ao Poder Judiciário que visam a assistência à saúde, nas quais pleiteia-se a concessão de tratamentos médicos ou o fornecimento de medicamentos.

Diante de tal situação, com o propósito de se estabelecer critérios e, sob um aspecto mais amplo, equacionar a discussão acerca do direito à saúde, no ano de 2009 o Ministro Gilmar Mendes, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, com respaldo nos artigos 13, inciso XVII, 363, III, ambos do Regimento Interno, e

³⁹ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência Pública como Direito de Participação*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS, V. 4, nº 8, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/08/artigos/10.pdf>. Acesso em 11 ago. 2014.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumento da Administração Consensual: a Audiência Pública e sua finalidade*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2014.

considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, convocou

Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde (...)⁴¹

3.1 Principais ideias discutidas

Em razão do crescente número de demandas judiciais envolvendo o direito à assistência à saúde, principalmente no tocante ao fornecimento de medicamentos, o Presidente do Supremo Tribunal Federal convocou, para os dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 5 e 7 de maio de 2009, audiência pública para se discutir o tema, ocasião em que foram ouvidos 50 especialistas, dentre eles, advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS.⁴²

Da leitura do discurso de abertura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes⁴³, depreende-se que a realização da Audiência Pública nº 4 teve como escopo buscar soluções para os diversos problemas do Sistema Único de Saúde e de sua judicialização, assim como esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. Tudo isso com o propósito de que as considerações firmadas na referida audiência pública viessem a orientar os jurisdicionados e também as decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, como também do Poder Judiciário de todo o país. Restando consignado,

⁴¹ Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 11 ago. 2014.

⁴² Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciapublicaSaude>>. Acesso em 12 ago. 2014.

⁴³ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em 16 ago. 2014.

ainda, tendo em vista a complexidade do tema, não serem aceitáveis posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário no tocante ao direito à saúde, ou, por outro lado, aquelas que defendem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde.

No decorrer dos debates foram abordadas diversas questões⁴⁴. Ao discutir-se sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, foi reconhecida sua legitimidade no tocante as demandas envolvendo direito subjetivo.

Outra questão abordada foi a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do Sistema Único de Saúde. Observou-se as angústias dos gestores estaduais e municipais diante do dever de cumprimento das decisões judiciais e as limitações orçamentárias, assim como a fundamental atuação do Poder Judiciário, que deve apontar suas decisões para a construção de soluções compartilhadas, considerando todos os envolvidos.

Foram feitas considerações relativas à gestão do Sistema Único de Saúde e à universalidade do acesso ao Sistema. Discutiu-se sobre a responsabilidade solidária dos entes federados e sobre as dificuldades dos municípios, tendo em vistas suas carências financeiras; legitimidade dos requerimentos judiciais que buscam o fornecimento de produtos experimentais ou não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), assim como sobre a necessidade de prévia recusa do Poder Público em fornecer o medicamento ou tratamento pleiteado antes de ingressar no Judiciário com tal demanda.

Em continuidade, foram discutidas questões relativas ao registro de medicamentos e insumos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os protocolos e diretrizes terapêuticos do SUS. Ressaltou-se a importância da comprovação da eficiência e da qualidade de novos tratamentos, visto o grande número de demandas judiciais, nas quais se busca o acesso a medicamentos prescritos por médicos do SUS, porém ainda não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou não recomendados pelos protocolos e diretrizes dos SUS.

Os debates também envolveram as Políticas Públicas de Saúde e o Princípio da Integralidade do Sistema, abordando o desafio que se impõe ao Poder Judiciário

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em 16 ago. 2014.

em buscar compatibilizar a necessidade de distribuição de recursos escassos com a diretriz de buscar o atendimento integral em saúde, ressaltando-se a importância do oferecimento ao Poder Judiciário de todos os dados técnicos e científicos relacionados à enfermidade e ao tratamento médico requerido.

Por fim, foram prestados esclarecimentos relacionados à política de assistência, ressaltando-se a necessidade de atualização da lista de medicamentos do SUS.

Indiscutível a importância da realização da Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha trazido a solução para o tão sensível problema do acesso aos serviços públicos de saúde. É certo que a participação da comunidade, trazendo não apenas informações técnicas, mas, também, demonstrando suas expectativas, em muito contribuiu, e poderá continuar contribuindo, para o aperfeiçoamento das decisões judiciais relacionadas ao direito fundamental à saúde, valendo destacar algumas palavras do discurso de encerramento do Ministro Gilmar Mendes:

“Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica apresentados pelos ‘amigos da Corte’.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição e, também, no exercício de sua competência de proteção do interesse público e uniformização das decisões.”⁴⁵

3.2 Recomendação do Conselho Nacional de Justiça – maior eficiência na solução das demandas envolvendo assistência à saúde

Diante dos resultados da Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – também presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, na época o Ministro Gilmar Mendes, aprovou a

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub__Min_GM.pdf>. Acesso em 17 ago. 2014.

Recomendação nº 31, de 30/03/2010⁴⁶, que prescreve diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, recomendando 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.

Consta de tal recomendação do Conselho Nacional de Justiça que os Tribunais, tanto os Estaduais como os Federais Regionais, celebrem convênios com o objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação do juízo de valor quanto às questões clínicas apresentadas pelas partes das remandas relacionadas ao direito à saúde.

Recomenda, ainda, que os Tribunais orientem os magistrados vinculados que⁴⁷:

- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções previstas em lei;
- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental do laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

⁴⁶ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 17 ago. 2014.

⁴⁷ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 17 ago. 2014.

- determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Outrossim, o ato em referência também recomendou aos tribunais que incluam a legislação relativa ao direito sanitário nos concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura; promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a Hospitais habilitados em Oncologia.

Por fim, recomendou à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às escolas de Magistratura Federais e Estaduais que incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados, bem como promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

O Conselho Nacional de Justiça editou, ainda, a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde⁴⁸.

⁴⁸ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em 18 ago. 2014.

4 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS A PARTIR DO PODER JUDICIÁRIO

A assistência à saúde engloba diversas ações, dentre elas o fornecimento gratuito de medicamentos aos cidadãos. Este direito está expressamente previsto no artigo 6º, inciso I, alínea d e inciso VI, da Lei 8.080/90⁴⁹.

Como visto, o Sistema Único de Saúde – SUS – também assegura ao cidadão o direito à assistência farmacêutica.

No intuito de implementar a assistência farmacêutica, foi editada a Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, a qual criou a Política Nacional de Medicamentos, que tem como propósito “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”⁵⁰.

A Política Nacional de Medicamentos estabeleceu como suas diretrizes⁵¹:

⁴⁹ Artigo 6º da Lei 8.080/90: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

[...]. BRASIL. Presidência da República. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em 25 ago. 2014.

⁵¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em 25 ago. 2014.

- Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais;
- Regulamentação Sanitária de Medicamentos;
- Reorientação da Assistência Farmacêutica;
- Promoção do Uso Racional de Medicamentos;
- Desenvolvimento Científico e Tecnológico;
- Promoção da Produção de Medicamentos;
- Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos medicamentos;
- Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos.

Restou consignado na mencionada Portaria do Ministério da Fazenda o estabelecimento de uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), “imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País”⁵², devendo tal relação ser a base para as listas estaduais e municipais de medicamentos que devem estar disponíveis gratuitamente na rede pública de saúde para a população.

O fornecimento de medicamentos aos cidadãos é de indiscutível relevância para o bom funcionamento dos serviços de saúde, pois na maior parte das vezes a prescrição de medicamentos é indispensável para a continuidade do tratamento médico do enfermo que recebeu atendimento na rede hospitalar ou em postos de saúde, não nos esquecendo que, nos casos de tratamento de doenças crônicas, a utilização de medicamentos é contínua.

Contudo, diversas são as situações em que a assistência farmacêutica oferecida pelo Poder Público não supre as necessidades do cidadão que, por algum motivo, deve fazer uso de medicamentos. Por vezes, o paciente sofre de alguma moléstia que exige medicamento específico não previsto na relação de medicamentos, às vezes por conta de novas técnicas de tratamentos, ou em razão

⁵² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em 25 ago. 2014.

dos medicamentos constantes da lista tornarem-se obsoletos e, por consequência, ineficazes ou, ainda, por razões de natureza burocrática, não houve a aquisição ou distribuição do medicamento.

Assim, as deficiências na execução da assistência farmacêutica justificam a propositura de ação judicial voltada à obtenção de medicamentos na hipótese de interrupção de fornecimento ou na falta de algum medicamento previsto na RENAME, pois, conforme anteriormente exposto, o direito à saúde é direito fundamental previsto constitucionalmente e que implica na proteção de um direito ainda mais sublime, que é o direito à vida.

Situação diferente, e que também vem sendo cotidianamente enfrentada pelo Poder Judiciário, é aquela na qual o cidadão busca a concessão de medicamentos que não consta na RENAME ou em outro rol de programas de fornecimento gratuito de medicamentos e, até mesmo, medicamentos que não foram registrados nos órgãos competentes por se encontrarem em estágio experimental.

4.1 Limites à atuação do Poder Judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos

As decisões judiciais acerca da assistência farmacêutica enfrentam questões complexas que vão além dos entraves burocráticos, ou inércia do administrador público em manter seus dispensários de medicamentos abastecidos. Esbarram na insuficiência, ou até mesmo ausência, de recursos financeiros, assim como em gestão fraudulenta. Contudo, tais dificuldades não devem afastar o acesso ao Judiciário para a solução de demandas que visam o fornecimento de medicamentos à população.

Por outro lado, a judicialização excessiva, sem critérios, mostra-se indesejável, podendo levar a inviabilização das políticas públicas voltadas a tal assistência.

Chegando ao Judiciário, o ideal é que a demanda por medicamentos já tenha sido proposta perante a esfera administrativa responsável pela respectiva assistência, para que, à apreciação judicial, restem tão somente os casos que não tiveram solução satisfatória na esfera ordinariamente responsável pelo atendimento,

devendo as ações judiciais ser um recurso subsidiário e não primário, como ocorre com frequência.

Porém, a divulgação deficiente, de má qualidade, ou inexistente, acerca da dispensação de medicamentos à população alimenta a “cultura” popular de que somente se adquire gratuitamente um medicamento por meio de uma decisão judicial. Tal situação pode prejudicar os correspondentes programas sociais, na medida em que o Judiciário determina ao administrador o atendimento do pedido do litigante individual em detrimento dos demais necessitados que não procuraram o Poder Judiciário.

Muitas vezes as ações judiciais para a obtenção de medicamentos não estão de acordo com o preconizado princípio da universalidade que caracteriza o Sistema Único de Saúde, uma vez que não foram motivadas por restrições ou exclusões estabelecidas pelo serviço público.

É certo que, uma vez garantido legalmente o acesso ao tratamento medicamentoso, situação já concretizada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme anteriormente exposto, havendo o descumprimento – negativa - ou interrupção do fornecimento de medicamento, é inconteste o direito do cidadão de se socorrer do Poder Judiciário para buscar o atendimento de seu direito.

Contudo, o que se observa é a ocorrência de um número significativo de ações judiciais contra o Estado requerendo exclusivamente o fornecimento de medicamentos não previstos nos programas e listas executados pelo SUS, ou não registrados no órgão competente por se encontrarem em estágio experimental.

Nota-se também que nas situações em que o fornecimento de medicamentos ocorre por ordem judicial, muitas vezes não há uma avaliação criteriosa sobre a adequação e eficiência do tratamento requerido; se o medicamento almejado é o que melhor expressa a relação custo/benefício; se o indivíduo realmente necessita daquele específico medicamento pleiteado, ou se pode ser substituído por algum outro disponível nos programas públicos de assistência farmacêutica; ou, ainda, se o requerente possui condições financeiras de adquirir por conta própria o medicamento requerido judicialmente. Cabe ao magistrado priorizar, sempre que possível, o medicamento genérico de menor custo, assim como deve averiguar, especialmente nos pedidos envolvendo medicamentos de alto custo, se o produto

almejado é realmente o único capaz de assegurar a manutenção da vida, ou se há algum substituto de menor valor e também capaz de surtir o mesmo efeito.

A propósito, Luís Roberto Barroso, sugerindo cautela ao magistrado no momento do julgamento, afirma que:

Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.⁵³

Outrossim, não obstante as situações acima comentadas, ao se depararem com as demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, os magistrados ainda enfrentam as dificuldades relacionadas à limitação orçamentária, devendo equacionar em suas decisões, de um lado, o atendimento ao mínimo existencial e, de outro, o princípio da reserva do possível, o qual necessita ser melhor desenvolvido, posto não poder deixar de ser considerado como um limitador nas demandas judiciais que irão repercutir nas políticas orçamentárias, como é o caso daquelas em que se requer o fornecimento de medicamentos.

4.1.1 A reserva do possível – Problemas afetos aos limites à atuação do Poder Judiciário

A assistência farmacêutica, assim como a maioria dos direitos sociais, corresponde a uma prestação estatal que, como tal, exige para a sua efetivação a disponibilização de recursos financeiros. Esta vertente econômica dos direitos fundamentais acaba por ensejar a chamada “reserva do possível”, segundo a qual, a

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388>>. Acesso em 28 ago. 2014.

concretização dos direitos sociais está atrelada a capacidade orçamentária do ente administrativo responsável pelo serviço público.

Ingo Wolfgang Sarlet, em co-autoria com Mariana Filchtiner Figueiredo, escreveu sobre a reserva do possível, afirmando que:

A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.⁵⁴

Assevera, ainda, tal autor que,

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁵⁵

No que toca especificamente a dispensação de medicamentos, o que se observa é que o recurso ao ajuizamento de ações tem sido utilizado como a solução de acesso a tal direito.

Inadmissível é a concessão de medicamento pela via do Judiciário de forma indiscriminada, sem nenhum critério, ainda que, em última análise, o que se discuta nestas demandas seja a ofensa à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, as limitações orçamentárias da Administração Pública não podem servir de escusa para o descumprimento do direito constitucionalmente previsto da assistência farmacêutica.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

⁵⁵ *Idem*, p. 30.

A propósito, as afirmações de Vidal Serrano Nunes Junior⁵⁶:

Em outras palavras, contrapondo-se os limites matérias do orçamento ao aumento progressivo das exigências dos cidadãos em relação aos direitos de participação nos benefícios da vida associada (direitos fundamentais sociais), a teoria da reserva do possível, em sua concepção original, pode ser sintetizada na observância de dois pontos essenciais de seu regime jurídico:

- observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital;
- realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social.

Não há como negar que a alegação da reserva do possível é um argumento atraente a justificar a deficiência do Estado no fornecimento de medicamentos a totalidade da população. No entanto, até que ponto é possível ao Estado utilizar-se do fundamento da reserva do possível para se eximir da entrega de um medicamento ao cidadão?

Por se tratar a assistência farmacêutica de um direito prestacional, posto que inerente ao direito fundamental à saúde, a alegação de insuficiência de recursos por parte do órgão estatal é muito restrita por conta da necessária observância do direito ao mínimo existencial, que opera como garantia da efetividade de tal direito.

Observar-se um número significativo de demandas judiciais contra o Estado pretendendo exclusivamente o acesso a medicamentos não elencados nas listas do SUS. Tais listas são formadas a partir das diretrizes dos programas de assistência farmacêutica, embasadas em estudos técnicos, com vistas a abranger as doenças mais recorrentes e mais graves que acometem a população. No entanto, ainda que abrangentes, as listas de medicamentos não contemplam todos os medicamentos dos quais necessitam os cidadãos, justificando a atividade judicial.

Todavia, apenas a indicar algumas situações frequentes, já aventadas anteriormente, ao se estabelecer o fornecimento de medicamentos pela via do Judiciário, nem sempre é avaliado se o tratamento requerido é realmente o mais adequado em termos de relação custo/benefício; se o medicamento pleiteado

⁵⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 176.

realmente é o mais adequado ao caso específico ou se pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistências farmacêutica, ou, ainda, se o requerente possui atributos financeiros para adquirir o medicamento com os seus próprios meios.

Portanto, ao se depararem com as demandas concernentes ao direito à assistência farmacêutica, por enfrentarem de um lado a alegação da reserva do possível e, de outro, o direito ao mínimo existencial, os julgadores devem se pautar sempre pela razoabilidade, conscientes das consequências de suas decisões perante as políticas públicas orçamentárias.

4.2 Panorama jurisprudencial após a Audiência Pública nº 4, do Supremo Tribunal Federal

A Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal, realizada entre os meses de abril e maio de 2009, estabeleceu, conforme observado alhures, algumas diretrizes para orientar os magistrados ao enfrentar as demandas envolvendo o direito à saúde.

Em decorrência, com vistas a resguardar o direito à saúde e em atenção à dignidade da pessoa humana, assim como baseado nos princípios da universalidade e integralidade, inerentes ao Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal tem decidido favoravelmente as demandas que pleiteiam a concessão de medicamentos:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA PARA ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 100, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AI 700543 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-08 PP-01646)

EMENTA: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 716777 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013)

EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AI 824946 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196

da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.

O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 822882 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)

No primeiro dos julgados, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, é mantida a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal que indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada, concedida em pedido de fornecimento de medicamento formulado por paciente portadora de doença rara, restando determinado que a União fornecesse medicamento de elevado custo por existirem provas do estado de saúde da requerente e da necessidade do medicamento indicado. Vale frisar que o Ministro Relator inicia seu voto afirmando analisar as questões relacionadas ao direito à saúde levando em conta as “experiências e os dados colhidos” na Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal, destacando que um dos primeiros entendimentos a se sobressair nos debates travados na ocasião foi a constatação de não se tratar de um problema de judicialização das políticas públicas em matéria de direito à saúde, mas sim “apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”. Ademais, consagrou também a vedação à Administração Pública de fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, ressaltando, porém, não ser uma regra absoluta, admitindo a utilização de fármacos não registrados em casos excepcionais. Aduziu, ainda, que, de modo geral, “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. E conclui em seu voto a “necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças (...)”.

No segundo acórdão, cuja Relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, o Ente Público insurge-se contra decisão que determinou o fornecimento de medicamento à paciente, sob pena de bloqueio do valor correspondente. Neste caso, restou consignado na decisão que, de acordo com a jurisprudência dominante da Corte

Constitucional, não há ofensa ao artigo 100, da Constituição Federal a determinação de “bloqueio de verbas públicas para assegurar o fornecimento de medicamentos a pessoas hipossuficientes”, visto que o fornecimento de medicamento à pessoa hipossuficiente é dever do Estado.

O julgado de Relatoria do Ministro Celso de Mello, terceiro apresentado, enfatiza o entendimento consagrado do Supremo Tribunal Federal de que o artigo 196, da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de proteção à saúde, “qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa”. Resta, também, consignado no julgado que, conflito entre a obrigação de proteção a vida e a saúde dos cidadãos e o interesse financeiro do Estado, ao julgador resta uma única opção: “aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.

Discute-se no quarto julgado apresentado, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, a eventual obrigatoriedade do fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA. Restou assentado neste julgado, seguindo a orientação sedimentada do próprio Supremo Tribunal Federal, que o “implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados”. Outrossim, o acórdão firmou o entendimento no sentido de que, não obstante o medicamento não possuir registro na ANVISA, o fato de não se tratar de um medicamento de procedência estrangeira - situação que poderia levar ao não fornecimento pelo Estado - e constar na lista de medicamentos excepcionais que o próprio recorrente se comprometeu a fornecer aos necessitados, levou o Relator a concluir pela obrigatoriedade do recorrente, Estado Federado, fornecê-lo ao paciente necessitado.

O último julgado citado, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, expôs interessante situação, na qual se observa que o Poder Público é relutante em fornecer medicamentos ainda que de baixo custo. Neste caso, o acórdão repisou a orientação já firmada no Supremo Tribunal Federal segundo a qual “apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos”. Confirma, ainda, a posição uníssona da Corte Superior no sentido dos entes federados possuírem obrigação solidária de

fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes, destacando ser este o entendimento consolidado das duas Turmas da Corte.

Outrossim, em termos gerais, observa-se dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal a realização de análise detalhada dos fatos concretos. Em cada caso é observada a comprovação, por meio de laudos médicos, da ocorrência da doença e conseqüente necessidade do medicamento, assim como sua eficácia ao caso em questão, e também a hipossuficiência do requerente.

Nota-se, ainda, a sedimentação do entendimento segundo o qual há responsabilidade solidária dos entes federados – Estados, Municípios, Distrito Federal e União – em prestar ao cidadão a assistência farmacêutica.

Importa observar que a discussão acerca da obrigatoriedade do fornecimento de medicamento de alto custo encontra-se submetida ao regime de repercussão geral (RE 566.471).

É possível concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal vem, de maneira geral, se posicionando no sentido de entender cabíveis as demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, fazendo valer as diretrizes constitucionais que determinam o atendimento do direito fundamental à saúde, situação, aliás, que revela o posicionamento dos Tribunais de Instâncias inferiores, visto que as decisões da Corte Constitucional são, no mais das vezes, ratificadoras das sentenças daqueles Tribunais.

5 A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÕES MAIS EFICIENTES PARA OS ATORES ENVOLVIDOS

Inicialmente, convém anotar que no direito brasileiro existem controvérsias acerca da utilização como sinônimos da proporcionalidade e razoabilidade. De qualquer forma, ambos conduzem à proibição de excesso, que deve servir de esteio às decisões das demandas envolvendo o direito ao fornecimento de medicamentos.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade possui dupla função, correspondentes a proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente, esclarece que:

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado – por meio da atuação de seus órgãos ou agentes – corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. Por outro lado, poderá o Estado frustrar seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar – hipótese, por sua vez, vinculada (ao menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto a assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou chamar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação de deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermaßverbot*).⁵⁷

Também admitindo que a proporcionalidade apresenta dupla finalidade, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 463-465 – Versão Digital.

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.⁵⁸

Este mesmo autor esclarece ainda que a regra da proporcionalidade se subdivide em três sub-regras que se relacionam de forma subsidiária entre si: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁹.

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 estabelece pertencer ao Estado a responsabilidade pela efetivação e manutenção dos direitos fundamentais dos cidadãos, que, por serem inerentes a todos, podem entrar em colisão, que deve ser dirimida também pelo Estado, limitando reciprocamente tais direitos, apresentando-se a razoabilidade como um dos parâmetros para tal solução.

No tocante ao direito à assistência farmacêutica, desdobramento do direito à saúde, ocorre a questão do conflito entre a garantia do direito individual e a sua preconizada universalização. Questão esta que, conforme anteriormente abordada, vem sendo cotidianamente enfrentada pelo Poder Judiciário.

Em regra, o litígio judicial envolvendo o direito ao fornecimento de medicamento é de caráter individual, visando exclusivamente ao atendimento da necessidade do litigante, desconsiderando os interesses coletivos que, não raro, serão afetados pela decisão judicial.

Como antes referido, a restrição orçamentária não pode servir de justificativa para o Poder Público deixar de cumprir o dever de assistência farmacêutica. Por outro lado, impossível não considerar a limitação dos recursos financeiros públicos,

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, p. 23-50. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso 20 set. 2014.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, p. 23-50. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso 20 set. 2014.

não sendo crível afirmar que o Estado possui capacidade de entregar toda e qualquer prestação de saúde a todos que dela necessitar.

Sendo assim, o fornecimento de medicamentos por meio de decisões judiciais deve ocorrer de forma ponderada e criteriosa, evitando-se excessos que possam culminar em desequilíbrio ao orçamento do Ente Público condenado. Convém, portanto, que o magistrado verifique a imprescindibilidade do medicamento requerido para a manutenção da boa saúde do paciente.

Neste contexto, mostra-se necessária a compreensão abrangente por parte do Poder Judiciário da complexidade da questão que envolve a prestação da assistência farmacêutica, sendo desejável que venha a dirimir as correspondentes demandas com responsabilidade e com o olhar voltado ao princípio da razoabilidade.

Em artigo sobre os princípios no Direito Brasileiro, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que,

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade e sentido estrito).⁶⁰

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em 10 set. 2014.

Apenas para exemplificar, não se mostra razoável que o Poder Judiciário imponha ao Administrador Público o fornecimento de medicamento de determinada marca, quando existe similar de valor inferior no mercado, ou, até mesmo, à disposição nos dispensários públicos.

Outrossim, ainda que legítima a decisão judicial no sentido de impor ao Estado o fornecimento de medicamento de elevado custo, deve ser questionado se tal medicamento é o mais adequado para o caso específico, ainda que imprescindível a observância do mínimo existencial.

Outras tantas situações poderiam ser citadas a indicar a necessidade do julgador pautar suas decisões pelo bom senso e razoabilidade, de modo a evitar abusos que possam vir a ocorrer sob a justificativa da efetivação do direito à assistência farmacêutica e que venham a prejudicar os demais titulares dos direitos envolvidos e, até mesmo, desrespeitar o princípio da Separação de Poderes, posto que tais decisões refletem nas diretrizes orçamentárias.

A propósito, vale destacar as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

(...) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinada hipótese), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente.⁶¹

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 44.

Sendo assim, ao se deparar com as demandas envolvendo o direito ao fornecimento de medicamentos, o Poder Judiciário deve assegurar a efetividade de tal direito, de modo universal e igualitário, seguindo os preceitos constitucionais, valendo-se, contudo, do critério da razoabilidade, avaliando as consequências de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 proclamou o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser prestado por meio de um Sistema Único de Saúde.

No presente trabalho procurou-se mostrar que a Constituição Federal não traçou simplesmente diretrizes a serem seguidas pelos Legisladores, e sim positivou o direito fundamental à saúde de forma a permitir sua ampla e imediata efetividade, tanto que também previu o direito à assistência farmacêutica. E assim dispôs por ter entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Depreende-se da Constituição Federal que o direito à saúde deve ser assegurado mediante atendimento integral a todos os cidadãos que dele necessitar, sem restrição de qualquer tratamento, restando determinado para tanto a aplicação de recursos públicos financeiros provenientes da arrecadação de impostos.

Por conseguinte, o direito à saúde, e seus desdobramentos - como o direito a assistência farmacêutica – está amplamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas por encontrar-se previsto na Constituição Federal, que o elevou a condição de direito fundamental, mas também por estar regulamentado em leis ordinárias, situação da qual se depreende que a precária prestação estatal do direito à saúde no Brasil não se dá por ausência de regulamentação legal e sim por deficiência ou ausência de efetivação das políticas públicas já implementadas.

Decorrência do dever do Estado à prestação de saúde é a possibilidade de seus titulares, individualmente, poderem exigir do Estado a sua concreta efetivação, podendo inclusive se valer do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de tal direito fundamental, situação que caracteriza o direito à saúde como direito público subjetivo.

Por corresponder a uma prestação estatal, a assistência farmacêutica requer para sua efetivação a disponibilização de recursos financeiros, razão pela qual o Ente Público justifica sua omissão na falta ou insuficiência de recursos, alegando a

necessidade de considerar a chamada reserva do possível. Argumento, no entanto, que esbarra na inafastável observância do mínimo existencial, posto estar em questão a prestação do direito fundamental à saúde, que visa, numa abordagem ampla, a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Assim, por ser garantidor de um dos fundamentos da Constituição Federal - dignidade da pessoa humana – o direito à saúde não poderia ficar na dependência das possibilidades financeiras do Estado. Contudo, acreditar que o Estado é capaz de arcar com todas as necessidades da população referentes à saúde, em particular o fornecimento de medicamentos, mostra-se utópico.

Porém, ainda que inegável a insuficiência financeira do Estado para fazer frente à implementação dos direitos prestacionais, incluindo o direito à assistência farmacêutica, de todos que deles necessitam, seria adequado que a Administração Pública cuidasse de realocar recursos públicos de um setor para outro, de modo a garantir a capacidade financeira daqueles que lidam com questões prioritárias, voltadas à concretização dos direitos fundamentais, garantindo, assim, o mínimo existencial.

Consciente da elevada questão que lhe é posta a decidir, o Poder Judiciário vem decidindo favoravelmente os pedidos de concessão de medicamentos aos cidadãos carentes, valendo destaque alguns argumentos do Ministro Gilmar Mendes, consignado no voto retro indicado, nos quais afirma que a atuação do Poder Judiciário neste contexto não caracteriza ativismo judicial, na medida em que existem políticas públicas implementadas, que, no entanto, não vêm sendo eficazmente efetivada, situação que legitima a atuação do Poder Judiciário.

A alegação por parte do Estado da chamada reserva do possível não deve ser acatada de forma a escusá-lo do cumprimento do dever constitucional de prestação à saúde, tanto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afastado as alegações desta natureza nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, entendendo não comprovada “grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública”.

Não obstante, ao resolver as demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, os magistrados devem se valer do critério da razoabilidade, evitando juízos passionais, avaliando as consequências da decisão tomada, enfim, evitando

excessos que possam levar ao desequilíbrio orçamentário do Ente Público responsável por fornecer o medicamento.

O fornecimento de medicamento aos cidadãos a partir do Poder Judiciário não deve ser encarado, de forma simplista, como interferência deste Poder na discricionariedade do Administrador, eis que, ao assim agir, propiciando ao paciente um medicamento que lhe alivie a dor ou lhe traga de volta uma vida saudável, o Judiciário está fazendo valer, acima de tudo, um dos fundamentos constitucionais, que é a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*, v. 240, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em 10 de set. 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In *Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Estado do Rio Grande do Sul*, V. 31, p. 89-114. Disponível em: <<http://www.repositorio.furg.br:8080/bitstream/handle/1/3464/La%20Inalienabilidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.%20An%C3%A1lisis%20Sistem%C3%A1tico%20sobre%20el%20conocido%20caso%20del%20lanzamiento%20de%20enanos.pdf?sequence=1#page=89>>. Acesso em 03 de ago. 2014.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388>>. Acesso em 28 de ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 5 de março de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 11 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciapublicaSaude>>. Acesso em 12 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em 16 de ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub__Min_GM.pdf>. Acesso em 17 de ago. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 17 de ago. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em 18 de ago. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2001. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em 25 de ago. 2014.

CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010, s/p. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14609>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DAL BOSCO, Maria Goretti. Audiência Pública como Direito de Participação. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS, V. 4, nº 8, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/08/artigos/10.pdf>. Acesso em 11 de ago. 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumento da Administração Consensual: a Audiência Pública e sua finalidade. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>>. Acesso em 10 de ago. 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas – A Responsabilidade dos Administradores e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Ano 2010, Vol. 72, Julho/Dezembro 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, Versão Digital.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes. Revista dos Tribunais, Ano 101, Vol. 921, Julho/2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, p. 23-50. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 20 de set. 2014.