

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

IANNA MOURA DA COSTA

**FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS: A ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

**NATAL/RN
2010**

IANNA MOURA DA COSTA

**FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS: A ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade
Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do
Norte – FARN.

Orientador: Carlos Thompson Costa Fernandes (Ms.).

**NATAL/RN
2010**

RB-34.165



34:614
C 878
2010
Ex. 01

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Costa, Ianna Moura da

Fornecimento gratuito de medicamentos: a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde / Ianna Moura da Costa. – Natal: FARN, 2010.

65f.

Orientador: Carlos Thompson Costa Fernandes (Msc.)

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Natalense, para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Legitimidade do Poder Judiciário – Monografia. 2. Políticas Públicas – Monografia. 3. Direito à Saúde – Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 34:614

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Ianna Moura da Costa

Ianna Moura da Costa

Monografia aprovada em ____/____/____.

Prof. Ms. Carlos Thompson Costa Fernandes

Orientador

Prof. Esp. José Albenes Bezerra Júnior

Examinador (a) Titular

Prof. Esp. Walber Cunha Lima

Examinador (a) Titular

Prof. Walber Cunha Lima

Coordenador do Curso

A Deus,
pelo amor incondicional em todos os momentos da minha vida.

À família,
minha fortaleza.

Ao namorado,
pelo apoio, compreensão e incentivo na elaboração deste trabalho.

Aos amigos,
pelo estímulo nas horas difíceis.

Ao Professor Carlos Thompson,
pela atenção e pelos ensinamentos valiosos nesta pesquisa.

*"Todas as grandes coisas do mundo
começam nas pequenas. Uma jornada de mil
milhas começa com o pedaço de chão debaixo do pé."*

Lao-Tsé

RESUMO

A presente pesquisa trata da legitimidade do Judiciário em intervir nas políticas públicas envolvendo a saúde, em especial, no tocante ao fornecimento de medicamentos, como forma de viabilizar o direito à saúde, garantido constitucionalmente nos artigos 6º e 196 da Carta Magna. Dessa forma, princípios como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida serão objetos de análise no que tange à obrigação do Estado no atendimento à saúde. Em momento posterior, após uma contextualização histórica da saúde pública no Brasil, avalia-se o papel do Poder Judiciário em imputar ao Executivo o fornecimento gratuito de medicamentos, a partir do exame minucioso das críticas a respeito do tema e o entendimento da jurisprudência no país.

Palavras-chave: Legitimidade do Poder Judiciário. Políticas públicas. Dignidade Humana. Direito à saúde. Medicamentos.

ABSTRACT

This research deals with the legitimacy of the Judiciary to intervene in public policies including health, especially with regard to the provision of medicines as a way to make viable the right to health, constitutionally guaranteed under Articles 6° and 196 of the Constitution. Therefore, principles such as human dignity and right to life will be analyzed with respect to the State's obligation concerning health care. Subsequently, after a historical context of the public health in Brazil, we evaluate the role of the Judiciary in compelling the Executive to provide free medication, starting from the scrutiny of the criticism about the subject and the understanding of the jurisprudence in the country.

Keywords: Legitimacy of the Judiciary. Public policies. Human Dignity. Right to health. Medicines.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
3 O DIREITO À VIDA ENQUANTO GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	14
4 O DIREITO À SAÚDE COMO ELEMENTO INDISSOCIÁVEL AO DIREITO À VIDA.....	16
5 TRAJETÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	20
5.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DAS LEIS Nº. 8.080/90 E Nº. 8.142/90.....	22
6 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS NA PROMOÇÃO DA SAÚDE.....	25
6.1 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS.....	27
7 A DISCRICIONARIEDADE NA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE.....	29
7.1 MEDICAMENTOS FORA DA LISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA PELO SUS.....	31
8 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS.....	35
8.1 DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA.....	38
8.1.1 Separação dos poderes.....	39
8.1.2 Direito à saúde enquanto direito social fundamental.....	41
8.1.3 Direito à saúde enquanto norma programática.....	43
8.1.4 Legalidade orçamentária e a reserva do possível.....	46
8.1.5 A macro e a micro-justiça.....	49
9 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA.....	52
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

Após a derrocada do regime militar no país, a prescrição de direitos e liberdades cominados aos cidadãos foi bastante prestigiada, de forma a protegê-los dos abusos e arbitrariedades do Estado. Nesse contexto, a Constituição Federal alçou à categoria de fundamento da república, a dignidade da pessoa humana, conforme se depreende do artigo 1º, inciso III, da Carta Política.

A dignidade da pessoa humana se inseriu no sistema constitucional pátrio tanto como princípio constitucional, quanto como fundamento da república, e, para os doutrinadores mais abalizados, ela constitui o princípio norteador que confere unidade de sentido a toda Constituição, dele irradiando todos os demais direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais colacionados pela Carta Magna que assumem maior relevo, acha-se o direito à vida (art. 5º, §1º, CF), sem o qual não se poderia garantir o desfrute dos demais direitos; e o direito à saúde (art. 6º c/c art. 196, CF), corolário ao primeiro, posto que não haveria sentido tutelar a vida sem que esta seja protegida em sua acepção digna e saudável.

O artigo 196 da Carta Política acentua que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido através de políticas públicas sociais e econômicas. Dessa forma, embora as políticas públicas constituam veículos imperativos na concretização do direito à saúde, o que se nota da conjuntura hodierna em que se insere o sistema de saúde pública do país é um completo descaso, seja na elaboração de leis, seja na alocação de recursos públicos nessa seara.

Nesse diapasão, são cada vez mais frequentes as demandas judiciais com o desígnio de obter medicamentos pelo Estado, como forma de concretizar o direito à saúde, constitucionalmente garantido. Essa prática gerou diversas críticas no que toca à intervenção judicial nas políticas públicas, garantindo o acesso à saúde através das vias judiciais, cognominado por muitos de fenômeno da “judicialização excessiva”.

Atualmente, existe no país cerca de 50 mil ações na Justiça exigindo tratamentos ou medicamentos não proporcionados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), segundo informações do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Reinaldo Guimarães, durante Audiência Pública na Comissão de Seguridade Social e Família, que debate a judicialização da saúde e a Emenda Constitucional 29/00. Nesse sentido, o tema sofre ainda constantes debates, e as críticas permeiam o princípio da legalidade orçamentária,

a reserva do possível, o direito à saúde enquanto norma programática, dentre outros aspectos estudados. É sob a controvérsia da legitimidade do Judiciário em intervir na prestação da saúde, em especial, no fornecimento de medicamentos, que se funda a presente pesquisa.

Destarte, o referido trabalho se desenvolve partindo da análise alocativa do princípio da dignidade humana no sistema constitucional brasileiro, acentuando sua importância e sua força imperativa sobre os demais direitos fundamentais elencados pela Constituição Federal.

O terceiro capítulo versa sobre o direito à vida como direito primeiro do homem enquanto ser humano, evidenciando que, para concretizar a dignidade humana perfilhada constitucionalmente, faz-se mister garantir ao indivíduo não somente a sobrevivência, mas também oferecer condições de se viver dignamente.

O quarto capítulo, consequência do raciocínio empregado nos capítulos precedentes, demonstra que o direito à saúde é um elemento indissociável do direito à vida, e somente através de sua garantia torna-se possível alicerçar um mínimo existencial digno ao ser humano.

Os preceptivos desenvolvidos nesses primeiros capítulos podem se mostrar por vezes redundantes *prima facie*, contudo, a reiteração dos argumentos que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana objetiva deixar bem delineado o fundamento primeiro deste trabalho, explanando os imperativos precípuos que emanam do comando constitucional.

Traçada essa exposição inicial, será apresentada a trajetória da saúde pública no Brasil, evidenciando a questão sanitária como tema recente na história do país e, em seguida, será discutida a distribuição de competência de cada ente federativo no que respeita o pólo passivo das demandas judiciais sobre esse tema.

Antes de adentrar no foco principal da pesquisa, será discutida a discricionariedade do poder público na feitura das políticas públicas, uma vez que, na ausência ou insuficiência dessas políticas na área da saúde, os cidadãos postulam perante o Poder Judiciário, como forma de concretizar seu direito à saúde, constitucionalmente estabelecido. Portanto, o capítulo oito debate o papel do Poder Judiciário nesses litígios, imputando uma visão crítica sobre os argumentos levantados acerca da sua legitimidade em intervir nessas questões.

O último capítulo desfecha o trabalho, colacionando as principais jurisprudências a respeito do tema e comentando o entendimento que vem sendo manifestado no Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e no âmbito da Justiça Estadual.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Prefacialmente, impende registrar que o termo “princípio”, em sua essência jurídica, denota um comando nuclear, viga mestra que respalda e alicerça um sistema. Em outras palavras, é do princípio que se irradiam as demais regras, servindo como um norte para o alcance harmônico do espírito do sistema normativo.

Importa consignar, portanto, que os princípios fundamentais traduzem os preceitos básicos do ordenamento constitucional, sintetizando todas as normas que o integram, funcionando como verdadeiras balizas na interpretação do seu texto, subordinando tanto o Estado, como toda coletividade.

Por essa razão, Mello (2008, p. 53) destaca:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Oportunas são essas observações porque se o princípio é o comando norteador do sistema normativo, erigindo dele seu espírito e sua exata concepção, a violação a um princípio é nitidamente mais gravoso do que a inobservância a uma regra. Se a inspiração do ordenamento se mostra empregada nos princípios que dela emana, violá-los não fere uma regra isolada, mas todo sistema normativo constitucional que rege e dita os fins daquele Estado Democrático de Direito.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, sobreleva notar que se trata de valor absoluto e inerente à própria condição e natureza humana, pois os elementos que lhe dão a condição de ser respeitado em si mesmo e pelos demais integrantes da sociedade não são passíveis de renúncia, alienação ou prescrição. Por esse motivo, os valores correspondentes à natureza do homem são de eficácia e aplicação imediata, posto que existem desde a condição do homem enquanto ser humano, anteriores à própria concepção de Estado.

Segundo a ótica kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, e por isso não pode ser objeto de eventuais interesses, estatais ou até mesmo particulares. Foi sob esse espírito humanista, sobretudo após a derrocada da Segunda Guerra Mundial, que o princípio da

dignidade da pessoa humana foi elevado à categoria de valor supremo dos sistemas jurídicos de cunho democrático.

Nesse passo, é cediço que a conjuntura hodierna de um Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a atual estrutura constitucional no Brasil revelam que a dignidade humana insurge-se tanto como princípio normativo, quanto como fundamento e dever de consagração da República, guardando intrínsecas ligações com os demais direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, portanto, está localizada no núcleo central do sistema jurídico pátrio, valorizando-a a tal ponto de considerá-la ensejo fundamental para a estruturação do Estado e da ordem jurídica. Reflexo disso foi o legislador constituinte originário alçar à categoria de princípio fundamental da República a dignidade da pessoa humana, com supedâneo no art. 1º, inciso III, da Carta Política de 1988.

Sua alocação no artigo 1º reflete seu *valor constitucional supremo* (BULOS, 2007), isto é, em verdade, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se no centro de irradiação dos direitos fundamentais (BARROSO, 2008), visto que só é possível a efetivação de um mínimo existencial digno ao ser humano, diante da plena fruição de todos os direitos fundamentais, refletindo a inspiração que se almeja de um Estado Democrático de Direito.

Por isso aduzir que a dignidade da pessoa humana, por representar uma qualidade inerente e indissociável do ser humano, impõe o dever de respeito tanto por parte do Estado quanto da coletividade, pois constituem valores cogentes na criação de direitos e deveres fundamentais que assegurem ao indivíduo a devida proteção contra atos que degradem ou diminuam sua condição. Logo, se mostra salutar a criação de condições existenciais mínimas que promovam certa qualidade de vida a todos os seres humanos, para que se tornem aptos a ter uma convivência saudável em sociedade.

Bonavides (2001, p. 233) preleciona que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição do que o princípio da dignidade da pessoa humana”. Ou seja, a Carta Federal prescreve como núcleo essencial dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, preceito este que confere unidade de sentido a todo sistema constitucional.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal também segue essa linha, quando em diversos julgados acentua a relevância da dignidade humana. Em consonância com o exposto, o ministro Celso de Mello, em voto proferido no HC 100.574/MG, em 10.11.2009, asseverou que o princípio em estudo é

significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expresso, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (STF. HC 100.574/MG. Rel. Celso de Mello. DJ 10/11/2009).

Inobstante o contexto alcançado pela dignidade humana no ordenamento nacional hodierno, o princípio em comento já havia assumido relevos internacionais na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que trazia em seu bojo, no Preâmbulo, bem como insito no seu artigo 1º, as premissas de que o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Entretanto, mesmo com toda essa valorização da dignidade humana traçada em linhas anteriores, e com a cautela destinada aos direitos fundamentais, observadas no Texto Constitucional brasileiro, ainda assim, diuturnamente notam-se transgressões sucessivas ao preceito alhures mencionado.

Nesse contexto, o princípio em análise confere ao Estado o dever de abstenção, ao mesmo tempo em que presta condutas positivas, ou seja, o Estado deve se abster da prática de atos que venham a atentar contra a dignidade humana, além de garantir, por meio de ações, o mínimo existencial para os indivíduos. Assim, a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana advém do dever estatal de garantir à pessoa humana um grau mínimo de recursos tendentes a prover a sua subsistência.

Nessa esteira, resta evidente a estimação da dignidade humana enquanto princípio e fundamento da República Federativa Brasileira. As ações públicas, através das três esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), devem atuar norteadas a garantir o princípio em exame, para, a partir disso, alcançar a efetivação dos direitos fundamentais, que gravitam em torno da dignidade humana.

3 O DIREITO À VIDA ENQUANTO GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A existência humana é pressuposto elementar de todos os direitos e liberdades colacionados pela Carta Magna, haja vista que não haveria sentido assegurar quaisquer direitos se não fosse garantido o direito à vida, para então desfrutá-los. Nessa esteira, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, ou seja, é direito estabelecido como pressuposto para exercício e gozo dos demais.

Sob essa perspectiva, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, afiança a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento de que também é assegurado aos estrangeiros de passagem no território brasileiro o gozo dos mesmos direitos fundamentais ligados à dignidade humana reconhecidos aos brasileiros, que não poderia limitar-se a condições puramente circunstanciais. Veja-se:

A indagação se remete logo ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (...). Em princípio, parece que tal norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país. Não é esta, porém, a leitura mais curial, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comporta exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem domicílio no país, se encontrem sob império de sua soberania. (HC 97.147, voto do Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 4-8-09, 2ª Turma, DJE de 12-2-10)

Dessa forma, a Carta Federal proclama o referido direito, impondo o dever estatal de assegurá-lo sob dois enfoques, quais sejam: o direito de permanecer vivo e o de se ter uma vida digna no que tange a sua subsistência.

Dessa feita, o desiderato do legislador constitucional não foi simplesmente garantir a vida; ele traz à baila o direito à vida como corolário da dignidade humana, propugnando pela defesa da vida digna. Nesse norte, esse direito apresenta uma íntima conexão com o princípio da dignidade humana, pois se traduz na plenitude da vida, uma vez que para assegurá-lo não basta sobreviver, mas deve se criar condições de se viver dignamente.

Quadros de Magalhães (2000, p. 189) se manifesta sobre o tema aduzindo:

Acreditamos, no entanto, que o direito à vida vai além da simples existência física. [...] O direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é a vida com dignidade, e não apenas sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito [...], sendo, portanto, a própria razão de ser dos Direitos Humanos.

Resta evidente, portanto, que o art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, guarda e estabelece uma relação indissociável entre o direito à vida e o da dignidade da pessoa humana, de forma que esse último se apresenta como vetor constitucional unificador de todos os demais direitos fundamentais.

Insta anotar que o direito em comento se destina à coletividade, porque qualquer indivíduo, independentemente de sua condição econômica, possui o direito de viver dignamente. Assim, no que pertine os menos afortunados, vale dizer que cabe ao Estado garantir ao menos um mínimo existencial capaz de garantir e efetivar direitos como os da dignidade humana, direito à vida, bem como outros direitos sociais, dentre os quais se acha insito o direito à saúde.

Ilustra bem o assunto o comentário levado a cabo por Torres (1999, p. 141), que define o mínimo existencial como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

O mínimo existencial, embora não se encontre positivado e expresso na Constituição Federal, se revela implícito no artigo 3º, inciso III, instituído dentre objetivos da República Federativa do Brasil, a exemplo da erradicação da pobreza e da marginalização.

Nesse pórtico, se apresenta também o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o qual faz alusão ao mínimo existencial quando aduz que: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Destarte, os preceptivos citados servem para ilustrar que o ordenamento jurídico como um todo, ao garantir os direitos mencionados, orbita em torno dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, direitos primeiros do homem enquanto ser humano, que devem ser resguardados pelo Poder Público e por toda sociedade.

4 O DIREITO À SAÚDE COMO ELEMENTO INDISSOCIÁVEL AO DIREITO À VIDA

O direito à saúde é um dos bens jurídicos primordiais do homem, na medida em que se encontra indissociável do direito à vida, merecendo a devida tutela estatal para viabilizar um mínimo existencial digno ao indivíduo. Esse direito inclui-se dentre os direitos sociais e deriva do valor da fraternidade advindo da Revolução Francesa de 1789, com o fito de fundamentar o Estado Democrático de Direito pautado na dignidade da pessoa humana.

No ordenamento constitucional, o direito à saúde se encontra compendiado no artigo 196 da Carta Política, elencado dentre os direitos sociais, que acentua ser direito de todos e dever do Estado a sua garantia mediante políticas públicas sociais e econômicas.

Nesse diapasão, as políticas públicas se apresentam como vias precípuas para a realização do direito à saúde, de modo a salvaguardar o direito primordial à vida. Contudo, o contexto fático se apresenta bastante dissonante do que os comandos normativos preceituam, já que a realidade revela leis, políticas públicas e alocação de recursos públicos insuficientes, que não acompanham a demanda populacional, tampouco garantem um sistema de saúde pública eficaz. (SCHWARTZ, 2001).

O direito à saúde, hoje já expresso na Constituição Federal, representou um significativo avanço nas tutelas estatais que envolvem a proteção do indivíduo. A história constitucional sanitária no país, estudada a seguir, demonstra ser recente a preocupação do Estado em zelar pela saúde dos cidadãos e, embora a conjuntura atual garanta o amparo à saúde de todos, pouco se percebe na prática o efetivo alcance das previsões já consignadas pela Constituição.

Nesses termos, aduz Silva (2008, p. 309) em sua preciosa lição:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

Ocorre que a obrigação na prestação de socorro aos indivíduos é de ordem universal, e o Estado não pode se imiscuir de prestar socorro às pessoas, diante de iminente e grave perigo

de incidência de condições que atentem à dignidade inerente ao ser humano, haja vista que o poder público tem a obrigação de prover um mínimo essencial à preservação de sua vida.

Depreende-se de tais considerações que nem o Estado, nem a coletividade podem se esquivar do dever de prestação de socorro aos que necessitem desta, podendo ensejar, inclusive, em demandas judiciais para reaver os prejuízos sofridos, ou ainda, como forma de punição à omissão estatal do seu dever de preservar o direito fundamental à vida.

Parte da doutrina entende o direito à saúde como norma programática, considerando que nessa espécie de norma o constituinte não cuida de regular diretamente, ventilando apenas os princípios a serem implementados pelo Poder Público através de ações e programas de longo prazo, com o fito de alcançar os fins sociais estabelecidos pelo Estado.

Assim, segundo parcela minoritária da doutrina, o direito à saúde trata-se de disposição a ser cumprida por ações futuras do poder público, isso porque tem por destinatário o legislador, e não o aplicador do direito. Ademais, para os que seguem essa linha, ela é programática dado ao seu grau elevado de abstração, que não denota qualquer caráter concreto ou imperativo, no sentido de aplicação imediata da norma.

Nesse sentido, autores como Loewenstein e Estay apud Correia (2004) asseveram que os direitos sociais, de forma geral, não podem ser considerados normas jurídicas porque não exigem uma prestação estatal até que sejam institucionalizadas na seara fática e jurídica.

Por outro lado, melhor se afigura a postura assumida por Barcellos (2008) ao defender a imperatividade das normas jurídicas, acentuando brilhantemente que tais normas não se tratam de meras recomendações. Ora, se a Carta Política é uma norma jurídica, seus preceitos e dispositivos também o são e, portanto, se investem de caráter obrigatório. Ainda traz à baila a impossibilidade de lançar mão de argumentos de conteúdo programático no que diz respeito ao direito à saúde, na medida em que isso não pode servir de respaldo para o Poder Público, enquanto desculpa deveras “conveniente” para alocação de recursos em setores não prioritários, deixando de lado os aspectos sociais mais relevantes.

A assertiva de que as normas programáticas impõem uma tarefa tão somente ao legislador não pode afastar, diante de sua omissão, a possibilidade de pleitear judicialmente condições que assegurem seu direito à saúde e, por conseguinte, à vida, quando se está em discussão o conteúdo mínimo essencial ao alcance desses direitos.

No afã de ilustrar mais precisamente a questão, cumpre anotar que a reserva do possível, estudado com mais afinco em linhas futuras, é o obstáculo maior da efetivação dos direitos sociais. Essa teoria impõe, para concretude de tais direitos, uma observância aos

limites orçamentários, notadamente quando se trata de demandas judiciais envolvendo lides individuais tendentes a assegurar os direitos em comento.

Mastrodi (2008), também sobre a questão, trouxe a lume o fato de a teoria da reserva do possível só se tornar viável nas nações em que há efetiva escassez de recursos, a exemplo de algumas nações africanas e asiáticas. Contudo, no âmbito nacional tal postulado não pode prosperar para justificar a ausência de ações sociais prioritárias por parte do Estado.

O referido argumento é irretocável, já que o Brasil não pode ser considerado um país pobre, quando, na realidade, trata-se de uma nação em que se verifica evidente desigualdade na distribuição de recursos, recaindo a escassez para determinados setores, como acontece com a saúde pública.

O Pretório Excelso reconhece o direito à saúde como corolário do direito à vida, conforme restou delineado no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273834 (DJ 02/02/2001), do Relator Min. Celso de Mello:

SAÚDE. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. CF/88, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196. PRECEDENTES DO STF. (STF. AgR – RE nº 273834. Rel. Celso de Mello. DJ 02/02/2001).

Portanto, o direito à saúde consiste em um núcleo intangível, que não pode ser suprimido sob qualquer pretexto, devendo sempre ser resguardada uma prestação mínima para preservação da vida de cada indivíduo, legítimo destinatário desse direito. Para tanto, o Estado pode ser acionado a intervir com o intuito de garantir essa prestação, porque uma previsão constitucional não pode ser afastada diante da escassez, e por vezes ausência, de políticas públicas que visem efetivar os direitos por ela previstos, sob pena de conferir à atuação legislativa supremacia em relação à própria Carta Federal.

A supremacia constitucional é assente no sistema normativo brasileiro e ordena respeito à Constituição diante da força normativa que dela deriva, obrigando que as leis infraconstitucionais sejam elaboradas sob sua observância e vetando qualquer espécie normativa que a contrarie.

Ademais, o postulado da maior efetividade possível, atribuída à Carta Federal, proclama a necessidade de se imputar a uma norma constitucional a interpretação que lhe dê

maior eficácia, desde que harmônica aos demais dispositivos, sem implicar prejuízo à unidade constitucional.

Assim, diante da supremacia determinada pela Constituição, paripasso ao postulado da maior efetividade possível, o direito à saúde não pode ser mitigado face à falta de compromisso, de ordem infraconstitucional, com essa seara.

Sarlet apud Lopes (2010, p. 75) dispõe que:

[...] uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.

O direito à vida, enquanto consequente lógico da dignidade humana, só pode ser garantido a partir da concessão do conteúdo mínimo que está atrelado ao direito à saúde, e, por isso, as ações político-sociais devem ser inclinadas nesse sentido.

É com respaldo nas exposições supra que Sarlet apud Lopes (2010) enfatiza que a saúde é um direito humano *fundamentalíssimo*, cogente de tal forma que mesmo nos países em que sua previsão é implícita, à semelhança da Alemanha, foi reconhecido como direito fundamental. Se a ordem jurídica protege o direito à vida, por consequência inafastável, se impõe a tutela ao direito à saúde.

Importa consignar, por fim, que para assegurar a dignidade humana – princípio norteador do ordenamento jurídico –, faz-se mister não somente assegurar a vida, mas também assegurá-la em sua acepção digna e saudável.

5 TRAJETÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A gênese da saúde pública nacional decorre do século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, implantando pontuais ações de combate à lepra e à peste, ao lado de um tímido controle sanitário. Em face disso, os anseios da Corte compeliram a criação das duas primeiras escolas de medicina no Brasil, quais sejam: o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar da Cidade de Salvador e a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro.

A constituição vigente à época do Império, datada de 1824, possuía forte conteúdo liberal, que, embora tenha inovado em outros aspectos sociais, não trouxe nenhuma regularização no tocante ao direito à saúde, porque, sob àquela ótica, não era da responsabilidade do Estado interferir nesse setor.

A Constituição Republicana de 1891, ao revés, não dispôs nada acerca de direitos sociais, tampouco tratou do direito à saúde.

No governo de Rodrigues Alves (1902-1906), foi implementada a primeira medida efetivamente sanitaria no país. O então presidente nomeou o médico sanitaria Oswaldo Cruz para liderar uma ação de combate a doenças como varíola, malária, febre amarela e peste, que estavam sendo disseminadas em razão da falta de saneamento no Rio de Janeiro. O movimento não teve nenhum caráter educativo, e em razão do uso da força policial para efetivar essas ações, desencadeou-se uma revolta popular denominada Revolta da Vacina.

Depois desse período, pouco foi realizado no que diz respeito à saúde, até a chegada dos imigrantes europeus, que fortaleceram a massa operária brasileira, pressionando uma assistência médica aos carentes e necessitados, através de manifestações e greves.

Em 1923, a Lei Elói Chaves criou as Caixas de Aposentadoria e Pensão, que se consubstanciavam em instituições conservadas pelas próprias empresas, as quais passaram a proporcionar esses serviços aos seus funcionários.

O panorama apresentado sofre severas modificações a partir da Revolução de 1930, quando Getúlio Vargas cria o Ministério da Educação e Saúde Pública e as caixas são substituídas por Institutos de Previdência, denominados de Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo e, refletindo modelo sindicalista de Vargas, passam a ser dirigidos por entidades sindicais. A União ainda se abstinha do financiamento desses institutos, e, por tal fato, o instituto fora mantido pela contribuição sindical, constituída na Era Getulista. Assim, a saúde pública, nesse período, não

era universal, uma vez que se destinava apenas aos trabalhadores que contribuíam para seus respectivos institutos.

A Constituição de 1934 propôs um sistema de assistência sanitária destinado aos trabalhadores e às gestantes, constituindo, por assim dizer, direito subjetivo dessa categoria, implementado pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões. Outrossim, atribuiu à União e aos Estados a competência no que diz respeito ao combate da mortalidade infantil e à contenção da disseminação de doenças.

Sob a égide do período militar, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPS) sofreram um processo de unificação que deu origem, em seus lugares, ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). Atrelados a tal instituto, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, que possibilitaram a todo trabalhador urbano de carteira assinada ter direito ao atendimento público de saúde, desde que contribuinte ao sistema. Nesse sentido, o restante da população brasileira ainda permanecia marginalizada nessa esfera.

A Constituição de 1937, por sua vez, nada dispôs acerca dos benefícios sociais. Já a Constituição de 1946 conferiu à União a tarefa de legislar sobre o amparo e proteção à saúde, todavia, permaneceu restringindo a gama de destinatários dessa tutela, a saber, os trabalhadores. Em 1950, ainda sob a vigência dessa Constituição, houve a criação do Ministério da Saúde.

A Constituição de 1967 foi escassa de avanços no plano sanitário, haja vista que, embora tenha aderido à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que propugnava a saúde enquanto conteúdo intrínseco à cidadania, somente fez menção ao direito à saúde no que toca a competência da União para elaborar planos voltados à saúde e à educação.

Com o fim do período militar, e, por conseguinte, com o advento da redemocratização, a discussão acerca de uma universalização no serviço público de saúde se intensificou. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o direito à saúde enquanto dever do Estado a ser implementado através de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com o fito de assegurar um acesso universal.

Distinguindo-se das demais Constituições, a Carta Política de 1988 inaugurou a previsão expressa do direito à saúde, contemplando um acesso universal e igualitário que não se restringia à categoria de trabalhadores. Nesse sentido, o direito à saúde passou a ser direito de todos os indivíduos.

Ademais, foi previsto no artigo 198 da Constituição da República, um Sistema Único de Saúde, no qual as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e

hierarquizada. Depreende-se daí, a clara inspiração no Estado de Bem-Estar Social vigente à época.

5.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DAS LEIS Nº. 8.080/90 E Nº. 8.142/90

Sumariamente, insta destacar que a Constituição Federal em seu artigo 198, conforme supramencionado, determinou que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único, a partir de uma rede regionalizada e hierarquizada, devendo ser estruturados sob determinadas diretrizes.

Nesse plano, define que esse sistema único: será fundado descentralizadamente, com direção única em cada esfera de governo; será voltado ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e por fim, afiançará a participação da comunidade nessa estrutura.

Dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes ao Sistema Único de Saúde.

De pronto, nas disposições gerais, o artigo 2º da lei em destaque preceitua a saúde como sendo um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Na sequência, o seu parágrafo 1º aduz que o referido dever do Estado se concretiza a partir da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que propendam à redução de riscos de doenças e de outros agravos, além da consignação de condições que garantam acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

É necessário, assim, ter em conta que, para garantir as condições supra alinhadas, o artigo 6º, inciso I, do mesmo diploma legal, garante uma unidade de sentido ao inferir que se encontram ínsitas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a execução de ações tendentes a conceder assistência terapêutica integral, o que compreende, nesse ínterim, a assistência farmacêutica.

Sob as balizas estabelecidas pelo artigo 198 da Carta Magna, retro esposado, o artigo 7º da Lei 8.080/90 dispõe que as ações e serviços públicos de saúde deverão nortear-se por determinados princípios. Dentre eles, merece destaque os que são pertinentes ao estudo que se

desenvolve, quais sejam: a universalidade, a equidade, a integralidade, a hierarquização e a descentralização.

O primeiro deles é a *universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência. Nesse diapasão, todos, sem qualquer distinção, possuem o direito de usufruir do sistema de saúde, independentemente da complexidade da necessidade, seja em seu nível preventivo, seja curativo. O direito à saúde consagra-se, pois, como um elemento inerente à cidadania humana.

Em seguida, o artigo em comento traz à baila o princípio da *equidade* com o escopo de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas diferenças, ou seja, as ações públicas devem individualizar a necessidade dos mais carentes com vistas a reduzir tais desigualdades.

Por outro lado, tem-se a *integralidade* de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. Dessa forma, o sistema deve estar de tal forma articulado, que as ações e serviços devem manter relações entre si para melhor atendimento da população.

Sobre o tema, Schwartz (2001) ensina que integralidade consiste na articulação da saúde com outras políticas públicas, voltadas a assegurar uma atuação entre os diversos setores que tenham reflexos na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

A *hierarquização* propõe que o paciente, em primeiro instante, tenha acesso a um serviço de saúde de menor complexidade, e somente diante de situações particulares, que demandem determinada urgência, será encaminhado para os de maior complexidade.

Por fim, cabe mencionar o princípio da *descentralização*, que visa uma melhor e mais efetiva sistematização do direito à saúde, partindo de uma observância da realidade local. Daí decorre a municipalização, na qual se busca uma aproximação com o cidadão visando conhecer suas reais dificuldades no setor da saúde.

É no cerne dessa questão que a Lei nº. 8.142/90 trata da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), além de dispor sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Exemplo disso são os Conselhos de Saúde, disciplinados pelo seu artigo 1º, §2º, que se consubstanciam em órgãos deliberativos permanentes, formados por representantes da sociedade, a fim de propor estratégias e controle de políticas públicas que dizem respeito à saúde. Não obstante, têm-se os fóruns realizados pelas Conferências de Saúde (artigo 1º, §1º), que visam discutir questões dessa natureza, com a participação de diversos setores da sociedade.

Dessa feita, depreende-se das linhas supracitadas que o Sistema Único de Saúde, oriundo dos movimentos sociais promovidos à época da elaboração da Constituição de 1988, representou um imenso avanço das políticas sociais na história do país.

O panorama esposado demonstra que, mesmo o Brasil sendo um país de mais de quinhentos anos de história, a preocupação do Estado com a saúde pública é tema recente. Nesse sentido, a consequência natural foi a criação de um sistema de saúde pública revestido de falhas, tornando imprescindível a promoção de constantes debates no sentido de viabilizar, de logo, o direito à saúde, até que se possa alcançar uma efetiva universalização desse direito.

6 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS NA PROMOÇÃO DA SAÚDE

Por todo o exposto nos capítulos anteriores, restou cristalino o dever do Estado em salvaguardar o direito à saúde, por força de dispositivo constitucional. Esse Estado deve ser entendido em sua acepção ampla, incluindo no gênero do termo tanto a União, quanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O artigo 23, II, da Carta Política infere que a tutela à saúde é de competência dos três entes da Federação e, por conseguinte, todos são legitimados a figurarem nas demandas envolvendo negativa pelo SUS no que tange às prestações nessa seara.

Ao mesmo tempo em que se verifica uma solidariedade entre os entes federativos, um dos princípios estabelecidos pelo Sistema Único de Saúde é a descentralização, a qual propõe uma distribuição de competências com vistas a conferir uma melhor sistematização no atendimento à saúde, a partir da realidade local.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto na Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental 175, do Pretório Excelso, enfatizou que a descentralização decorrente da estrutura do Sistema Único de Saúde ratifica a obrigação solidária e subsidiária entre os entes federativos, com o escopo de garantir a qualidade e tornar mais acessíveis os serviços dessa natureza.

Destarte, as três esferas da Federação são solidariamente responsáveis pela prestação de ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde pública. A jurisprudência consagra a mesma exegese, senão observe:

Responsabilidade solidária no SUS: MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (STF. RE 195192 / RS. 2ª Turma. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julg. 22/02/2000. DJ 31-03-2000, PP-00060).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - SUS - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - SÚMULA 284/STF - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE DA UNIÃO. 1. Aplicável a Súmula

284/STF quando o recorrente, a fim de indicar violação do art. 535 do CPC, não aponta com clareza e precisão as teses sobre as quais o Tribunal de origem teria sido omissor. 2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 3. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ. REsp 834294/SC - 2006/0089027-5. 2ª Turma. Rel. Min. ELIANA CALMON. Julg. 05/09/2006. DJ 26/09/2006, p. 196).

No que toca ao financiamento desse sistema, sob a dicção do artigo 198, § 1º, da Carta Maior, conclui-se que ele deve ser promovido através dos recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, advindos da seguridade social, além de outras fontes.

Retratando a descentralização do sistema público de saúde, cumpre sopesar a competência atribuída à direção nacional do SUS no artigo 16, incisos XII e XV, da Lei 8.080/90. Os dispositivos alhures incumbem à administração nacional a prestação de cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, além de promover a descentralização para os Estados e Municípios, dos serviços e ações de saúde, de abrangência estadual e municipal, respectivamente.

No mesmo diploma legal, mais precisamente no artigo 17, acha-se registrada a competência da direção estadual do SUS, a qual deve promover a descentralização dos serviços e das ações de saúde aos Municípios, prestando auxílio técnico e financeiro, além de, em caráter suplementar, executar tais ações.

Da leitura do artigo 18, incisos I e III, entende-se que a competência da direção municipal do SUS está direcionada ao planejamento, à organização, à gerência e à execução dos serviços públicos de saúde.

Nesse passo, cumpre ao poder público federal a normatização e a coordenação do sistema nacional, ao passo que na esfera estadual a competência está inclinada à criação de condições efetivas para a gestão da saúde naquela municipalidade, enquanto que resta à seara municipal a própria gestão da saúde pública local.

Em síntese, os entes federados devem tutelar a saúde, consoante o artigo 23, II, da CF, em atendimento à competência administrativa ou executiva comum a todos. Ademais, tanto a União como os Estados e o Distrito Federal têm competência para legislar concorrentemente sobre saúde (art. 24, XII, da CF). Nesse norte, a União edita normas gerais e os Estados cuidam de editar normas suplementares ou complementares. Aos Municípios restam legislar

sobre o interesse local, podendo, inobstante, suplementar a legislação federal e estadual, adequando-se ao interesse local (art. 30, I, II, da CF).

6.1 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

O alcance, pelos cidadãos, do direito à saúde só se faz possível através da garantia, pelo Estado, do fornecimento de medicamentos, com o fito de preservar a vida dos indivíduos. Nesse diapasão, o Estado tem o dever de conceder medicamentos que se façam imprescindíveis à preservação e à qualidade de vida.

Todavia, os medicamentos disponibilizados pelos órgãos de saúde respeitam um critério de responsabilidade das ações de saúde na esfera do SUS. Nesse particular, as responsabilidades atinentes à assistência farmacêutica e ao seu financiamento são repartidas entre as esferas de governo.

Com o desígnio de se alcançar tais prestações, notadamente no que pertine à assistência farmacêutica, o Ministério da Saúde instituiu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), periodicamente atualizada, para ditar a distribuição de medicamentos da rede pública.

A listagem é feita sob os parâmetros de patologias mais graves e relevantes no cenário nacional, observadas as peculiaridades regionais, após a demonstração da eficácia e segurança do fármaco, além do menor custo.

Os medicamentos destinados ao tratamento e às terapias de moléstias de alta complexidade são de encargo dos Estados, de acordo com o ajuste de saúde firmado na esfera do SUS. Os medicamentos são empregados para tratamento das patologias inseridas no Grupo 36 – Medicamentos da Tabela Descritiva do SIA/SUS – e são financiados a partir de recursos repassados pelo Ministério da Saúde aos Estados.

O Município, em especial, é responsável pelo atendimento básico e, porquanto, deve adquirir os medicamentos imprescindíveis ao cumprimento de suas atribuições, fazendo uso dos recursos advindos do Ministério da Saúde, que variam de acordo com sua população. Com efeito, é dever do Município, enquanto ente mais próximo do cidadão, proporcionar os meios imperiosos para amparo de sua saúde, não só com relação ao indivíduo, mas também a toda a sociedade.

De fato, a repartição de competências se estabelece de forma a não imputar um encargo demasiado a um ente federado apenas. Na realidade, embora haja uma sistematização logística na distribuição de medicamentos, o direito à saúde é cogente para todos os entes da Federação, conforme preceitua a Constituição Federal.

Assim, a repartição de competência aos entes federados foi instituída para melhor atender o cidadão, estabelecendo diretrizes para uma distribuição de medicamentos mais estratégica. Todavia, isso não implica dizer que o cidadão que esteja necessitando de determinado medicamento não possa requerer a outro ente federado.

Nesse sentido, importa anotar o entendimento da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO: [...] DA LEGITIMIDADE PASSIVA. O Município é responsável, solidariamente ao Estado e à União, ao fornecimento de medicamentos, eis que incumbe ao Poder Público, em todas as esferas de poder político, a proteção, defesa e cuidado com a saúde. Preliminar afastada. DO CHAMAMENTO DO ESTADO E DA UNIÃO À LIDE. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva do Município, ante o reconhecimento de solidariedade entre o Município, o Estado e a União, compete à parte autora decidir contra quem direcionará a demanda. A compensação de valores despendidos em razão da presente demanda deve ser discutida em ação própria. Preliminar afastada. (Apelação Cível Nº 70027110139, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 29/04/2009).

Dessa feita, várias decisões judiciais já manifestaram entendimento de que, como a responsabilidade entre a União, os Estados, os Municípios e o DF é solidária, o ente acionado deverá arcar com esse ônus, e caso reste comprovado que aquele recurso deveria advir de outro ente, cabe regresso contra este para reaver os valores empregados. O que não é possível é que o cidadão que necessita de urgência no seu atendimento, com vistas a preservar sua saúde e sua vida, aguarde o “jogo de empurra” dos entes federados em estabelecer quem é o responsável, de fato, pelo fornecimento de dado medicamento.

7 A DISCRICIONARIEDADE NA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE

Feitas as considerações a respeito da competência atribuída aos entes da Federação, insta esclarecer que atrelada às atribuições que lhes são conferidas, está a discricionariedade na promoção de políticas públicas que tratam da saúde, isto é, compete a cada ente federativo empregar um juízo de conveniência e oportunidade na elaboração de políticas públicas com desígnio de melhor atender à população.

Isto porque o Poder Público tem uma margem de liberdade para ponderar a melhor forma de atender os comandos constitucionais – e infraconstitucionais – relativos aos direitos sociais, porém, encontra-se limitado à observância do interesse público e da legalidade.

Resta enunciado, desse modo, o próprio conceito de discricionariedade, que se trata do grau de liberdade, conferido por lei, para que a Administração decida qual a melhor forma e momento de agir, permanecendo, porém, sempre vinculado ao interesse público.

Da exegese natural do artigo 196 da Carta Maior, extrai-se a noção de que o direito à vida é dever do Estado a ser garantido através de políticas públicas (sociais e econômicas), que propendam à redução do risco de doença e de outros agravos, além de proporcionar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Dessa forma, a saúde pública está atrelada a uma política estatal sujeita à disponibilidade de recursos para seu efetivo exercício.

As políticas públicas, portanto, devem estar em constante atenção às necessidades demandadas pela população, para definir a prioridade de alocação de recursos nesse sentido. (DALLARI, 2006).

Consigne-se por salutar que a Constituição Federal, em seu artigo 197, conferiu ao poder público poderes discricionários no que tange à gestão de políticas públicas. Esse dispositivo comenta que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, mas que compete ao poder público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos da lei.

Wasconcellos Júnior (2008) entende que o poder discricionário atribuído ao Estado reflete a realidade factual, em que se evidencia uma constante transformação da realidade socioeconômica, ao lado dos avanços tecnológicos dos equipamentos da saúde, bem como de medicamentos mais eficazes. Nesse sentido, é mister, para a consecução do interesse público,

medidas que demandem um juízo de conveniência e oportunidade para melhor atender à população.

O Sistema Único de Saúde compreende um conjunto de ações e serviços de saúde, oferecidos por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, conforme preceitua o artigo 4º da Lei 8.080/90. O parágrafo 1º acrescenta que estão incluídas nessa previsão as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, até mesmo de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Quanto aos medicamentos, em especial, vale dizer que a Organização Mundial de Saúde desenvolveu uma política voltada ao fornecimento de fármacos adequados, seguros, eficazes e de qualidade, traçando diretrizes para a sua dispensação. Em atenção ao exposto, o Ministério da Saúde emitiu uma Portaria (nº 3.916/98) para se adequar às diretrizes então estabelecidas e produziu sua Política Nacional de Medicamentos.

Nesse contexto, a Política Nacional foi desenvolvida atendendo a duas perspectivas, a saber: o direito à saúde conferido ao cidadão e as medidas de segurança para que tais medicamentos não importem em risco se utilizado de forma inadequada.

Nesse ínterim, surgem os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, elaborados pelo Poder Executivo, visando o uso racional dos medicamentos. Wasconcellos Júnior (2008, p. 315) aduz que

cada protocolo apresenta, em regra, a definição da doença, os sintomas, graus de severidade, diagnóstico, terapia ideal e medicamentos indicados a cada estágio da doença, posologia, contra-indicações, benefícios esperados, divulgação de resultados oriundos de estudos sobre a terapia indicada, recomendações, etc.

De todo o exposto, ilustra-se claramente a atuação discricionária do Poder Público diante da criação do SUS e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, inclinadas a concretizar o direito à saúde.

Entretanto, diretrizes regulamentadoras, embora sejam de suma importância, precisam vir acompanhadas de garantias materiais para efetivar os direitos que se pretende almejar. Os direitos sociais demandam expensas por parte do Estado e este alega que o grande obstáculo na concretização desses direitos é justamente a escassez de recursos.

Amaral (2001), aludindo Elster, assevera que a alegação de escassez por parte do Estado não reflete a ausência total de recursos, na verdade, demonstra que não há recursos necessários para atender a todos os cidadãos. Nesse passo, a discricionariedade compelida ao Estado se torna essencial no que toca à alocação de recursos tendentes a concretizar o direito à saúde, de modo a atingir o maior contingente populacional possível.

A tarefa em debate se torna fundamental porque para a consecução do direito à saúde, consequência lógica do direito à vida, é preciso estar sempre aplicando recursos nessa área, que tanto se reinventa com o surgimento de novas técnicas científicas e medicinais. É uma área que não pode permanecer estanque com o fito de alcançar uma efetiva assistência médica e farmacêutica.

Por oportuno, muito pertinentes são as colocações de Krell, citado pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF, para quem:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Se o Estado encontra-se em situação de escassez de recursos, precisa lançar mão de seu juízo de conveniência e oportunidade (ônus inafastável), no qual deve definir prioridades essenciais para o Estado Democrático de Direito. Nesse juízo, restará cristalina a primazia dos direitos que envolvem a dignidade da pessoa humana – princípio norteador do sistema constitucional –, dentre os quais se acha ínsito o direito à saúde.

7.1 MEDICAMENTOS FORA DA LISTA DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA PELO SUS

Dentre as prerrogativas discricionárias do Estado, face à elaboração e à execução de políticas públicas voltadas ao atendimento à saúde, assume imperioso relevo a questão da inclusão de novos medicamentos na lista de fármacos abrangidos pelo serviço público de saúde, o que, conseqüentemente, gera repercussões no Judiciário sobre a obrigatoriedade do fornecimento dessas drogas.

Essa perspectiva exige uma forte exegese ao caso concreto. Faz-se mister analisar o fármaco pleiteado sob diversas condições, como segurança e eficácia, para não dar margem a uma forte pressão da indústria farmacêutica na dispensação de medicamentos às expensas do Poder Público, desvirtuando a finalidade originária de garantir saúde aos cidadãos.

Nessa esteira, surgiu o Projeto de Lei nº 219/2007, que visa garantir ao cidadão o fornecimento de medicamento, mesmo que este não conste da tabela de distribuição gratuita prevista pelo sistema, desde que respeitados alguns parâmetros.

Para tanto, é imprescindível que haja comprovada eficácia do medicamento selecionado, além do registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou ainda, que seja uma “droga-órfã”, isto é, que não haja medicamento semelhante no mercado por tratar-se de doença rara, inexistindo interesse da indústria farmacêutica na comercialização do fármaco. Demais disso, o indivíduo deve se encontrar em risco de vida ou acometimento grave por falta do medicamento, comprovado por laudo médico.

Outrossim, não configura impedimento inquestionável a ausência de registro e aprovação da ANVISA, eis que em havendo aprovação do fármaco por outros organismos governamentais no exterior, à semelhança daquela, ou ainda, que haja recomendação pela Organização Mundial de Saúde, na análise do caso concreto, pode ser concedido o medicamento de forma gratuita. Isso porque a Lei nº 9.782/99, que instituiu a ANVISA, admite que a agência dispense de registro medicamentos adquiridos através da mediação de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública.

Resta evidente a preocupação em se estabelecer leis que balizem a atuação discricionária do Estado, para que os cidadãos não fiquem a mercê de sua inércia com relação ao fornecimento de medicamentos que melhor atendam as suas necessidades.

O tema também já chegou aos tribunais, e, por unanimidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal consolidaram o entendimento de que o poder público possui a obrigação de custear medicamentos e tratamentos considerados indispensáveis para a saúde dos cidadãos, ainda que não estejam previstos pelo Sistema Único de Saúde (AR 626445, Segunda Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. 19.06.07).

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais também se manifesta:

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DEVER DO ESTADO. Dispõe o art. 196 da Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado que deverá garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos. O fato de o medicamento não fazer parte das especialidades disponíveis pela rotina

do SUS não exime o Estado de fornecê-lo ao usuário que não dispõe de recursos para custeá-lo e necessita urgentemente do tratamento. Em reexame necessário, confirma-se a sentença. (Des. Kildare Carvalho, Ap 1.0145.03.121266-8.001 - TJMG).

O cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa, o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita e contínua, enquanto perdurar o tratamento, mesmo daqueles não constantes da RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS, expedida pelo Ministério da Saúde, aos cidadãos hipossuficientes e que não têm condições financeiras de arcar com os custos do tratamento. (TJ/MS – 1ª Seção Cív., MS nº 2004.000531-8/0000-00 – Capital, Rel. Des. Hamilton Carli. Julg. 05.04.2004).

Com efeito, o artigo 196 da Carta Magna assegurou o direito à saúde por meio da efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, não distinguindo ou impondo limites à sua obtenção, como a necessidade de o remédio se encontrar na lista do Sistema Único de Saúde, para que se possa garantir seu fornecimento.

Daí decorre a legitimidade do Judiciário em intervir na busca da concretização do direito à saúde pelos indivíduos que o pleiteiam em juízo. Todavia, o presente trabalho não se coloca a favor da dispensação indiscriminada quando não houver previsão na tabela de medicamentos fornecidos pelo SUS. É válido repisar que é imprescindível a atenção aos parâmetros da necessidade, singularidade do medicamento (que não pode ser substituído por outro já dispensado pela rede pública), bem como a necessidade de o magistrado analisar a verossimilhança do caso concreto que lhe foi apresentado.

Uma pesquisa desenvolvida pelo Centro de Ciências da Saúde da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em 2007, denominada “O assédio da indústria farmacêutica aos médicos e estudantes de medicina e sua influência na prescrição”, evidenciou o papel forçoso da indústria farmacêutica no desenvolvimento de novos fármacos.

O estudo evidencia a veiculação de informações – nem sempre verídicas – acerca dos novos medicamentos, com vistas a estimular um volume maior de vendas, por intermédio da divulgação e/ou omissão de dados (efeito colateral, as contra-indicações, entre outros elementos) com o fito de atender os interesses dos laboratórios farmacêuticos. Esse tipo de prática conduz os profissionais da medicina a acreditar em uma eficácia singular da nova droga, e, por isso, passam a receitá-la, mesmo quando não prescrita na listagem do SUS, o que culmina em demandas judiciais. A consequência disso são os prejuízos dos cofres públicos e da população como um todo.

Acrescenta-se a isso o fato de que tramita, em fase de investigação, o envolvimento de funcionários do setor farmacêutico em fraudes milionárias com vistas a lesar os cofres públicos. Segundo se depreende das averiguações policiais, laudos falsos são utilizados como instrumentos para viabilizar ações judiciais, o que finda como obrigação do Estado custear medicamentos desnecessários e caros, por estarem fora da lista do Sistema Único de Saúde.

As constatações de “brechas” ilegais, no entanto, não podem inviabilizar o acesso ao Judiciário daqueles que realmente necessitam de medicamentos que não constam na tabela do SUS, isto é, as verificações desses casos apenas exigem maior sensibilidade por parte do magistrado em verificar a verossimilhança das provas trazidas pela parte, conferindo maior responsabilidade na sua dispensação, mas não obstaculizando todo e qualquer caso.

Dauve (2009, p. 27), sobre a imperiosidade da análise do caso concreto, pontua:

Nesse sentido, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que deve-se proceder a uma perícia médica, a ser realizada em primeiro grau, informando sobre protocolos clínicos e terapêuticos do Ministério da Saúde, inclusive demonstrando a ausência de interesse pelo subscritor da prescrição. Ausente esse exame de caráter técnico, a parte requerente deverá valer-se dos medicamentos fornecidos pelo SUS. Entretanto, caso seja comprovada a necessidade de uso daquele medicamento especial, o Estado não poderá obstaculizar o fornecimento desse.

Dessa forma, exige-se responsabilidade e cautela na dispensação de medicamentos nas demandas judiciais, porém, o direito à saúde não pode ser afastado diante da verificação da real necessidade do requerente, sob infundadas alegações de cunho genérico, não comprovadas no caso concreto.

Pois bem, o controle jurisdicional das políticas públicas não mira impor empecilho às necessidades coletivas, concedendo medicamentos em demandas individuais, pelo contrário, visa garantir a supremacia da Constituição, evitando arbítrios do Poder Público e garantindo aos indivíduos a dignidade e o mínimo existencial.

8 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS

Os tribunais brasileiros vêm adotando a prática, cada vez mais recorrente na jurisprudência pátria, de intervir diante da omissão do Poder Público na implementação do direito à saúde, alçada a categoria de garantia constitucional do direito à vida. A intervenção judicial se mostra necessária quando o cidadão encontra-se privado de cuidados mínimos para manutenção de sua própria vida.

Nos primórdios da humanidade, uma das formas de resolução de conflito era a autotutela, em que os indivíduos solucionavam seus litígios pelos próprios meios, findando na imposição da vontade do mais forte. Com o decurso do tempo, o Estado se viu compelido em intervir nessas relações de modo a garantir uma pacificação social mais justa, punindo, inclusive, o exercício arbitrário das próprias razões, no qual o indivíduo intenta fazer valer a justiça pelas próprias mãos.

A partir do instante em que o Estado incumbiu para si o poder-dever de prestar a jurisdição, surgiu, em reflexo, o direito do cidadão de exigir a prestação jurisdicional do Estado. Destarte, o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado responda sua pretensão envolvida na contenda.

Dessa forma, o direito de ação é um direito público subjetivo de deduzir uma pretensão em juízo, trata-se, por assim dizer, de um direito meio. Garantir a todos os indivíduos, sem distinção, o acesso ao Judiciário, concretizando o direito de ação, não implica dizer que eles possuem o direito ao provimento de mérito favorável à sua pretensão.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988 traz à baila o princípio da inafastabilidade (ou indeclinabilidade) da jurisdição, segundo o qual o Poder Judiciário não poderá excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Nesse norte, o princípio em análise proíbe o Estado-Juiz de se negar a solucionar os conflitos submetidos ao seu julgamento, devendo aplicar o direito ao caso concreto, ainda que aleguem lacuna na lei.

Na conjuntura hodierna do constitucionalismo no Brasil, a Constituição conquistou força normativa e efetividade. Reflexo disso são as constantes decisões judiciais no que respeita o direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos. No dizer de Barroso (2008), as normas constitucionais deixaram de ter conteúdo estritamente político, não mais constituindo um simples convite à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, e passaram a conter aplicabilidade direta e imediata.

Nesse contexto, a intervenção do Poder Judiciário se legitima na medida em que se impõem determinações ao poder público no que toca ao fornecimento gratuito de medicamentos, como forma de concretizar a universalização do serviço público de saúde garantido constitucionalmente.

Barroso (2008) assevera estar-se diante de um sistema com excesso de ambição e falta de critérios, em que se reproduzem decisões imprimidas de cunho estritamente emocional e irrazoáveis, fornecendo medicamentos ainda em fase experimental ou de eficácia duvidosa. Adita, esse mesmo autor, que inexistente critério definido para estabelecer a responsabilidade de cada ente federativo no fornecimento de medicamento, culminando, diuturnamente, em empregar a determinado ente um ônus excessivo.

Sobre as impressões supra alinhavadas, importa consignar que, de fato, persiste uma linha muito tênue no atinente às concessões de medicamentos via judicial. Barroso acertadamente acentua o perigo de um fornecimento irresponsável e irrazoável por parte do Poder Judiciário; contudo, o perigo paira sobre concessões em que a imprescindibilidade do medicamento não se faz presente. Porém, com a devida vênia, o Judiciário tem o poder-dever constitucionalmente instituído de apreciar lesões a bens jurídicos dos cidadãos e, diante de situações em que o direito à vida esteja sendo efetivamente ameaçado, deve imprimir esforços para garantir sua preservação.

Dessa feita, a legitimidade de apreciação por parte do Poder Judicante torna-se inequívoco e incontestável. A grande problemática incide sobre o poder imperativo que este tem sobre os demais poderes para garantir o fornecimento de medicamentos, além das balizas que devem ser observadas para sua negativa ou concessão.

As controvérsias sobre o tema repercutidas tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial levou o ex-presidente (na época atual) do Pretório Excelso, o Ministro Gilmar Mendes, a realizar diversas audiências públicas para debater sobre o assunto, convocando gestores públicos; membros da magistratura; do Ministério Público; da Defensoria Pública; da Advocacia da União, Estados e Municípios; além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Concluiu, ao final dos trabalhos, que o Poder Judiciário, na maioria das vezes, não interfere na criação de políticas públicas, mas, sim, na determinação do cumprimento de políticas já estabelecidas.

Após aferir o panorama da saúde pública a partir das opiniões dos diversos setores sociais, Mendes propôs parâmetros a serem observados nas decisões do Poder Judiciário a respeito do fornecimento de medicamentos.

Em primeira análise, deve ser considerada a existência, ou não, de uma política estatal que compreenda a prestação de saúde pretendida pela parte. Caso o pleito derive de uma previsão contida nas políticas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, resta evidente direito público subjetivo do cidadão. Nesse caso, o Poder Judiciário estará apenas determinando o cumprimento de uma política já existente.

Por outro lado, se a prestação perquirida pela parte não estiver incluída nas políticas sociais e econômicas desenvolvidas pelo SUS, faz-se mister o exame dos motivos que levaram a negativa por parte da Administração Pública. Nesse passo, deve ser analisado se a não prestação deriva: de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa; ou de um impedimento legal à sua dispensação.

No que pertine o impedimento legal, importa anotar que, em regra, é vedado o fornecimento de medicamentos que não possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesse sentido, Mendes, na decisão de Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada, alertou que

o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. (STA 175 AgR/ CE – DJ 17/03/2010)

A segunda observação a ser empregada no caso concreto, segundo Mendes, é a existência de motivação para o não fornecimento pelo SUS de determinada prestação de saúde. Nesse caso, pode-se verificar duas circunstâncias: ou há tratamento alternativo pelo SUS, mas não adequado a determinado paciente; ou, ainda, o SUS não possui tratamento específico para aquela patologia.

O Sistema Único de Saúde, instituído no país, está calcado em uma medicina baseada em evidências e, por isso, adotou um protocolo que relaciona as doenças e os medicamentos correspondentes para combatê-las. O Ministro acentua que, caso o medicamento ou tratamento esteja dissonante do estabelecido no protocolo, é preciso agir com prudência, posto que irá exprimir uma inclinação de que o pleito contraria o conceito científico vigente. Não obstante, acrescentou: "obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do

SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. (STF. STA 175 AgR / CE. Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 17/03/2010).

Assim, a prioridade deve ser destinada aos tratamentos disponibilizados pelo SUS, desde que não fique demonstrada sua ineficácia ou ilegalidade. Não se pode olvidar, porém, que, em determinados casos particulares, diante de razões fundamentadas e específicas, o Poder Judiciário determine medida distinta da prevista pelo SUS, perante comprovada eficácia e imprescindibilidade de outro tratamento ou medicamento.

Já no caso de novos tratamentos ainda não contemplados no Protocolo, Mendes adverte que é necessário distinguir os tratamentos experimentais e os de eficácia e segurança já comprovada. Caso ainda não tenham sido avaliados ou aprovados, o Poder Judiciário não pode compelir ao SUS o seu custeio. Não sendo esse o caso, cumpre o Judiciário apreciar o pedido por meio de uma vasta produção de provas.

Depreende-se do exposto que o ponto fulcral da judicialização da saúde – denominação empregada para a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas – não está em criticá-la sob qualquer pretexto. É de nodal importância que se tenham limites estabelecidos para a dispensação gratuita de medicamentos, mas, dentro desses parâmetros, é imperioso que o Poder Judiciário intervenha a fim de garantir um mínimo existencial digno aos indivíduos que dele necessitem.

8.1 DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Na ordem constitucional vigente, a Carta Maior de 1988 deixou de ser uma carta de cunho eminentemente político, superando a noção de um simples convite à atuação dos poderes, e passou a se revestir de força normativa e imperatividade.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida. O direito à saúde, em particular, encontra-se no artigo 196 da Carta Política, elencado dentre os direitos sociais, e acentua ser direito de todos e dever do Estado a sua garantia mediante políticas públicas sociais e econômicas.

Da leitura da Constituição Federal se compreende que a concretização dos direitos sociais depende da implementação de políticas públicas hábeis a garanti-los; todavia, o que se observa na prática é uma escassez de recursos destinados aos setores sanitários, bem como um descaso na dispensação de medicamentos para garantir uma assistência eficaz à saúde.

Os direitos fundamentais sociais vieram expressamente previstos no texto constitucional, adquirindo roupagem e essência de direitos subjetivos, o que implica dizer que o cidadão vendo seus direitos tolhidos em face de uma inércia do Poder Legislativo ou Executivo poderá acionar o Poder Judiciário para fazer valer o direito social que lhe foi garantido constitucionalmente.

Nesse pórtico, surgiu o tema bastante controvertido na doutrina e jurisprudência, cognominado “judicialização da saúde”, que por parcela da doutrina é considerada excessiva e, por outros, veículo imprescindível para concretizar os direitos sociais estabelecidos pela Carta Federal. Por um lado, a participação do Judiciário exprime a fiscalização de violações por parte do Estado na tutela à saúde. Sob outra ótica, o excesso de ordens judiciais nesse sentido pode inviabilizar a universalidade da saúde, um dos embasamentos apregoados pelo Sistema Único de Saúde.

Nesse diapasão, são cada vez mais frequentes as demandas judiciais com o desígnio de obter medicamentos pelo Estado, o que gera críticas ao acesso à saúde através das vias judiciais, denominando-se o fenômeno de “judicialização excessiva”.

É sob a controvérsia da legitimidade do Judiciário em intervir na prestação da saúde, em especial, no fornecimento de medicamentos, que se funda a pesquisa alhures. As críticas perfilham sobre o princípio da legalidade orçamentária, da reserva do possível, sobre o direito à saúde enquanto norma programática, dentre outros aspectos, debatidos a seguir.

Traçada essa exposição inicial, urge esmiuçar os argumentos que tanto atacam quanto defendem a controvérsia, objeto de análise, empregando um exercício crítico precípuo para os fins deste trabalho.

8.1.1 Separação dos poderes

Pensadores filósofos, como Aristóteles e John Locke, vislumbraram, desde o seu tempo, a necessidade de uma divisão funcional no poder político do Estado. Mas foi Montesquieu quem cuidou de descrever cuidadosamente os três poderes clássicos, elaborando a teoria da separação de poderes, os quais seriam harmônicos e independentes entre si.

O intuito de Montesquieu era derrocar a visão dos regimes absolutistas e retirar das mãos do monarca a concentração de todos os poderes. Dessa forma, ele estruturou as funções fundamentais do Estado, atribuindo a cada poder tarefas pré-determinadas. A função legislativa passou a cuidar da elaboração de normas gerais e abstratas; a função executiva, por

seu turno, ficou encarregada da administração do Estado, bem como lhe competiu à execução de suas atividades; e por fim, a função judiciária recebeu a tarefa de solucionar as lides a partir da aplicação das leis emanadas pelo legislativo.

Sob esse fundamento, parte da doutrina defende que o Poder Judiciário não pode intervir nas ações envolvendo a dispensação de medicamentos pela via judicial. Isto porque, no que respeita o direito à saúde, essa parcela doutrinária reporta ao Poder Executivo as funções de elaboração, implementação e verificação das políticas públicas; ao Judiciário, por sua vez, compete a atividade jurisdicional, além do exame da constitucionalidade das leis e das ações dos demais poderes, não cabendo ao poder judicante o papel de substituí-los em suas funções. Por essa ótica, a concretização dos direitos sociais a partir da intervenção judicial importaria na violação do princípio da separação dos poderes e, em decorrência, do Estado Democrático de Direito.

Importa anotar, todavia, que a separação dos poderes não se manifesta de forma absoluta; pelo contrário, nosso ordenamento apregoa o exercício do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), pelo qual um poder deve fiscalizar os demais com o fito de evitar arbitrariedades. Dessarte, é perfeitamente possível, em determinadas situações, a intervenção de um poder no outro a fim de estabelecer o equilíbrio entre eles.

O artigo 2º da Constituição Federal demonstra claramente a existência da separação dos poderes imposta no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, embora independentes, os poderes também devem seguir uma conformação harmônica, consoante se extrai da leitura do dispositivo em comento. Nesse sentido, resta reafirmada a condição de que o instituto da separação dos poderes não é, nem pode ser, absoluto; por isso um poder pode praticar uma ingerência sobre o outro diante de eventual arbitrariedade, com o escopo de restabelecer a harmonia entre eles, medida esta autorizada pela própria Constituição Federal.

Ademais, o argumento torna-se insustentável a partir do momento em que se compreende que a finalidade precípua da separação dos poderes foi evitar o arbítrio e a inobservância aos direitos fundamentais. Assim, a partir de uma concepção teleológica, entende-se que o Poder Judiciário pode intervir a fim de garantir o alcance dos direitos constitucionais precípuos garantidos ao homem.

O direito à vida somente se faz possível através de condições dignas de saúde, proporcionadas pelo Estado; reconhecer que, diante das omissões nas políticas públicas voltadas a garanti-los, o Poder Judiciário não possa intervir com o desiderato de conceder a determinado indivíduo um mínimo existencial digno é de fato cristalino afronta ao Estado Democrático de Direito.

8.1.2 Direito à saúde enquanto direito social fundamental

Para Bulos (2007), os direitos sociais consistem em liberdades públicas garantidas aos mais necessitados, a fim de lhes proporcionar uma condição de vida mais digna, respeitando o postulado da igualdade material. Para tanto, faz-se mister uma prestação positiva do Estado voltada à consecução de tais direitos.

Na mesma linha, Moraes (2003, p. 202) conceitua os direitos sociais da seguinte forma:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Os direitos sociais são abordados no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, reservado aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais são bens e vantagens garantidos aos indivíduos e expressos no texto constitucional. As garantias são meios disponíveis para assegurar os direitos fundamentais, posto que apenas declarar direitos não seria suficiente para assegurá-los.

O Poder Constituinte originário classificou os direitos sociais como direitos fundamentais. O artigo 6º da Carta Política elenca os direitos sociais, abrangendo: o direito à educação, à saúde, à alimentação (introduzida pela EC nº 64/2010), ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e infância e à assistência aos desamparados.

Da leitura do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República, extrai-se a assertiva de que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Face ao exposto, diante de uma omissão estatal na implementação dos direitos sociais fundamentais, o Judiciário poderá intervir no que denominam “judicialização das políticas públicas”.

O direito à saúde encontra-se descrito no artigo 6º e sua essência de fundamentalidade – ao lado dos demais direitos sociais – encontra respaldo na sua intrínseca ligação com a dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos humanos como um todo, valores fundantes do sistema constitucional vigente, reafirmados pela doutrina e jurisprudência.

Urge repisar que o direito à saúde surge como uma forma de garantir o direito à vida, cláusula pétrea assentada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Qualquer previsão

normativa, ou ainda, qualquer manifestação do Poder Público que venha atentar contra o direito à vida importará, em consequência, em grave violação à dignidade da pessoa humana.

O princípio da unidade da Constituição atribui ao intérprete uma análise conjunta das normas constitucionais, não as examinando de forma isolada, mas a partir do contexto em que estão inseridas. A aplicação desse tipo de exegese reflete a preocupação de se evitar contradições entre as normas constitucionais, já que uma norma não pode ser interpretada sobre si mesma, estando ela em conexão de sentido com os demais dispositivos constitucionais, respeitando uma unidade.

Nesse norte, compreender que não há garantia ao indivíduo de que sua saúde esteja devidamente resguardada, ao menos tutelada em seu mínimo existencial, finda por emergir na conclusão de que o ordenamento traz em seu bojo conteúdos evidentemente contraditórios. O direito à vida torna-se conteúdo vazio se ele não puder ser garantido com saúde, transformando-se em mero texto normativo sem qualquer aplicabilidade prática. Ora, o objeto jurídico atingido pela ausência de prestações públicas que garantam preservar a saúde do indivíduo é a própria vida.

Outro princípio que assume grande relevo nessa questão é o princípio da efetividade. Esse princípio leciona que toda norma constitucional, por achar-se dentro da Carta Maior, deve ser interpretada de forma a lhe conferir maior eficácia possível. Diante de qualquer controvérsia, deve ser imputado às normas o sentido que lhe atribua maior eficácia. Dessa forma, o direito à saúde deve ser observado no sentido de preservação da vida e respeito à dignidade da pessoa humana.

Embora o Título II da Carta da República traga grande parte dos direitos fundamentais, insta esclarecer que estes não se exaurem naquele rol, ao revés, são meramente exemplificativos e podem se encontrar tanto fora do referido Título, permeados pelo texto constitucional, como em outros diplomas que não a Carta Política de 1988, a exemplo dos tratados internacionais.

Sarlet (2005, p. 123) aponta que “para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”.

Dessa forma, conforme acentua o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Não obstante o direito à saúde achar-se alocado dentre os direitos sociais, em capítulo inserido no Título referente aos direitos fundamentais, sua categoria de fundamentalidade é reafirmada nos tratados internacionais firmados pelo Brasil, garantindo uma condição digna de vida a todo e qualquer cidadão.

Sarlet (2005, p. 346) alerta sobre o intuito da vertente que nega a condição de fundamentalidade dos direitos sociais, revelando tratar-se de:

[...] uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.

A grande questão, para os críticos, é que as prestações exigíveis face aos direitos fundamentais são superiores aos recursos dotados pelo Poder Público, recaindo sobre o Poder Judiciário a tarefa de analisar a situação sob o enfoque do materialmente possível, precipuamente quando a condição de escassez pelo Estado restar devidamente comprovada.

A intervenção do Poder Judiciário não se legitima porque este se encontra em patamar superior aos demais Poderes. Na verdade, é de sua competência intervir ante o abuso dos demais Poderes a fim de garantir um equilíbrio entre eles. Não aceitar a atuação do Poder Judiciário nessa seara levantaria um enorme paradoxo, a saber, de um lado, uma Constituição rica em direitos e, de outro, a negativa do Estado-Juiz em garanti-los, mormente, quando se tratar de direitos ditos fundamentais.

8.1.3 Direito à saúde enquanto norma programática

Não obstante um breve comentário já tenha sido traçado em linhas prévias, acerca da objeção da dispensação de medicamentos pelo Judiciário, sob a alegação de que o direito à saúde é norma programática, faz-se mister compreender tal argumento com mais afinco.

As normas programáticas, conforme já explanado, tratam-se de normas que enunciam programas a serem perseguidos pelos Poderes Públicos a fim de atingir os fins sociais do Estado, mediante ações futuras de longo prazo.

Vê-se, pois, a alegação de direito à saúde enquanto norma programática diuturnamente empregada nos discursos críticos acerca da judicialização à saúde. Porém, concebê-la como uma tese próspera é entender que as previsões de tutela à saúde, bem como à própria vida,

tratam-se de meros “adornos” constitucionais, declarações de intenções políticas, configurando legítima demagogia.

Para Ruschel (1997, p. 138):

É notório que os direitos sociais tendem a ser tratados como meras promessas, postergadas pela omissão do legislador em regulamentá-los e integrá-los. Enquanto as leis regulamentadoras não chegam, os direitos definidos na Carta Magna permanecem ilusórios, já que não podem ser garantidos pelo judiciário

A visão adotada por esses correntistas já se apresenta superada no contexto hodierno, dando lugar a uma ótica em que os direitos fundamentais, nos quais estão incluídos os direitos sociais, não podem ter sua eficácia negada por completo.

Ainda que se considere o direito à saúde como de natureza programática, acreditando tratar-se de promoções de concretude futura, demandando gradual e prolongado decurso de tempo pelo Poder Público, cumpre ao Judiciário analisar se determinada demanda está sendo obstada por razões de evidente descumprimento aos programas prescritos.

Vistas essas posições, lícito proceder que os direitos fundamentais obedecem aos valores fundantes da ordem jurídica nacional, estando em constante observância ao primado da dignidade humana. Dessa feita, os direitos garantidores de uma condição mínima de vida, em sua acepção digna, importam em prestações positivas do Estado para atendê-los, ao mesmo tempo em que impera sua não intervenção para preservá-la. É necessário, assim, ter em conta que os direitos fundamentais passam a informar direitos públicos subjetivos exigíveis ao Estado.

Os direitos sociais integram os direitos exigíveis por prestações estatais positivas. Sob essa perspectiva, Mendes (2002, p. 203) traz a lume a lição de Krebs, o qual aduz que “não se cuida apenas de ter liberdade de ação em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit Durch*)”. O ministro ainda adverte que a ordem constitucional, ao enunciar os direitos sociais, trouxe como consequência à atuação do Poder Público o sentido de concretizá-la, “por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o cidadão fique à mercê de justificativas programáticas do Estado. A Constituição Federal consubstancia-se em uma norma jurídica, em semelhança estão os dispositivos nela contidos, ou seja, estes também se empossam de conteúdo imperativo.

Nessa linha de raciocínio, convém reproduzir decisão a respeito das normas programáticas:

Os direitos sociais não pode(m) converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

Interessante o excerto transcrito, porque se mostra evidente a preocupação do Judiciário de não postergar um direito constitucionalmente garantido ao indivíduo, em face da inércia do Poder Público em mover esforços para realizá-lo plenamente, fazendo uso do discurso programático, sem que nunca se chegue ao fim almejado pela sociedade. Fica clara, também, a intenção do Poder Público de colocar os direitos sociais como um fim a ser perseguido a longo prazo; entretanto, depois de mais de 20 anos de Constituição, o direito à saúde não pode permanecer enquanto planejamento com resultados futuros indefinidamente.

Bobbio (1992, p. 77-78) critica essa concepção programática aduzindo:

Tanto é assim que na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? A diferença entre esses autointitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?

Após uma objetiva análise dos preceptivos retro alinhavados, resta cristalino que as normas que versam acerca do direito à saúde, ainda que vistas como de natureza programática, podem ensejar, diante da omissão ou insuficiência legislativa, uma efetiva judicialização com vistas a garantir o mínimo necessário ao alcance desse direito, posto que o legislador não pode suprimir nem este, nem tampouco o próprio direito à vida.

8.1.4 Legalidade orçamentária e a reserva do possível

O conteúdo do princípio constitucional da legalidade orçamentária decorre do artigo 167 da Constituição Federal e seus incisos e opera no sentido de que toda despesa pública deve estar de alguma forma prevista em lei orçamentária, sob pena de o referido gasto ser considerado nulo.

Adite-se, por salutar, que a concessão de créditos não pode ser realizada de forma ilimitada, tampouco podem ser transpostos para outra finalidade sem prévia autorização legislativa. É o que reza o artigo 167, VII, da Carta Política e o artigo 5º, parágrafo 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse sentido, os opositores à concessão de medicamentos via judicial esgrimem a afirmativa de que o direito à saúde não consiste em direito incondicional, posto que pressupõe a existência de limites assegurados pela própria Carta Maior, a exemplo das leis orçamentárias. Afiançam que sua concessão inconsequente pode acarretar uma lesão à ordem e à economia públicas.

Em suma, acreditam que o Estado não possui previsão orçamentária para atender as necessidades de toda a população, a partir da concessão de todos os medicamentos que porventura necessitem. Isto é, asseveram que, no caso de os medicamentos não estarem disponíveis nos programas de saúde pública, o Judiciário não pode assegurar a concretização de direitos sem que tenham recursos materiais disponíveis para tanto.

É de sabença comum que a norma jurídica é o gênero que traz como espécies os princípios e as regras. Assim, diante de um conflito entre regras jurídicas, é necessária a exclusão de uma delas, pois as regras antinômicas se excluem. No caso do conflito de princípios, porém, a solução é dada a partir do exercício da ponderação, escolhendo o princípio mais relevante ao caso concreto, sem que haja exclusão do outro.

Dessarte, diante da colisão de princípios, deve-se buscar uma harmonia entre eles, analisando a extensão inerente a cada um, ao lado da relevância que eles empregam ao caso concreto, sem que haja a necessidade de excluí-los por definitivo do ordenamento jurídico. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). Isto é, para solucionar o conflito, é imperiosa a análise do caso concreto, sopesando qual princípio deve prevalecer naquelas circunstâncias específicas, através do juízo de ponderação.

Esse é o entendimento de Bulos (2007, p. 341) que acentua oportunamente que “como os bens constitucionais não são uns superiores aos outros, afinal integram um mesmo texto

magno, e foram procriados pelo mesmo poder constituinte, apenas pelo estudo do caso concreto saberemos qual deve ponderar”.

Cumpra aduzir que o juízo de ponderação acha-se vinculado ao princípio da proporcionalidade, que ordena o sacrifício de um dos direitos para que haja resolução do conflito, mas, para tanto, é necessário que o meio eleito seja o menos gravoso possível para atingir o resultado almejado e que o sacrifício aplicado não supere o benefício que dele resulte.

Nesse caso, se verifica o conflito entre dois princípios, o da legalidade orçamentária e o da dignidade da pessoa humana, que traz, em sua essência, direitos como à vida e à saúde. Nessas circunstâncias, é inegável que a estima atribuída a uma vida saudável, valor este correlato com o princípio norteador da ordem constitucional, que é a dignidade da pessoa humana, não pode ser aniquilado sob o argumento burocrático da legalidade orçamentária.

Portanto, resta, por óbvio, a prevalência do direito à saúde, alicerçado através da dignidade humana, principalmente quando se está em jogo o mínimo existencial necessário ao indivíduo, que não pode ser sacrificado ante os prejuízos financeiros ao erário, porque, na realidade, os recursos dispensados na demanda já deveriam ter sido aplicados na seara da saúde pública, e não o foram por evidente descompromisso com o mandamento constitucional.

Ademais, a alegação da legalidade orçamentária mostra-se um tanto frágil, uma vez que deveria haver previsão orçamentária para essas situações que vêm constantemente ocorrendo, mormente no que tange às previsões orçamentárias suplementares, já que de plano não foram destinados recursos suficientes para um setor tão fundamental quanto a saúde.

Já a teoria da reserva do possível advém da doutrina alemã, oriunda da premissa de que o Estado trabalha com limitação de orçamento e, porquanto, não pode satisfazer, em sua plenitude, todos os direitos garantidos pela legislação pátria.

À guisa de melhor explanação, é mister aduzir que, para esse postulado, a previsão dos direitos fundamentais supera a disponibilidade de recursos dos entes públicos, o que torna impossível sua plena concretização. Assim, o poder público propugna a tese de prestar somente aquilo que esteja ao seu alcance, sob a ótica material.

Todavia, a finalidade precípua da arrecadação de recursos públicos é garantir a realização dos objetivos fundamentais delineados pela Constituição Federal. Dessa feita, a atuação estatal diante dos gastos públicos deve se nortear para atingir a proteção dos direitos individuais e alcançar condições materiais mínimas para existência, bem-estar e dignidade do

homem. Somente depois de obtidos tais escopos prioritários é que deve destinar os recursos remanescentes para os outros setores secundários.

Sobre o tema, Machado (2008, p.5) elucida que:

Se os meios financeiros não são ilimitados, deve-se privilegiar o atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, ou seja, aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial), até que eles sejam realizados. Se ainda houver recursos remanescentes, estes serão destinados de acordo com as opções políticas que o pluralismo democrático reputar adequadas em cada momento.

Não pode prosperar, nessa seara, o fundamento da reserva do possível para descumprir o mandamento constitucional, notadamente, quando dessa omissão estatal resultar a diminuição ou aniquilação de preceitos fundamentais. Essa teoria somente alcança margem diante dos excessos; porém, o mínimo existencial pertinente a cada indivíduo é que não pode ser afastado sob qualquer hipótese.

Sobre o tema, o altivo Ministro Celso de Mello, na condição de relator da ADPF 45/2004, ponderou:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou até mesmo, aniquilação, de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Na liça de Lopes (2010), a reserva do possível não pode dar ensejo a uma “liberdade conformadora” do poder público, priorizando outras esferas e restringindo o núcleo intangível e irredutível do mínimo necessário a salvaguardar a sobrevivência do ser humano.

Da mesma forma que ao magistrado cumpre a tarefa de analisar o caso concreto, para aferir a real necessidade do requerente, analisando a verossimilhança das circunstâncias trazidas aos autos, também cabe a ele o exercício de verificar a procedência das alegações do Poder Público, a quem cabe provar as arguições de que não há recursos suficientes para arcar com o fornecimento do medicamento pleiteado.

Portanto, a tese alhures, quando levantada pelo Estado nas demandas judiciais, deve ser acompanhada de um respaldo concreto, ou seja, como o ônus da prova cabe a quem alega, o poder público deve lançar mão de demonstrações contundentes dessa escassez de recursos, sob pena de legitimar um discurso vazio de negativa na distribuição de medicamentos a quem de fato necessita.

Em suma, os pretextos do Estado de ordem financeira, seja pela legalidade orçamentária, seja pela teoria da reserva do possível, para fundamentar a impossibilidade de fornecer medicamentos aos necessitados, não podem fazer sucumbir o direito fundamental à vida e à saúde, quando o que se pleiteia é o necessário para resguardar o mínimo existencial.

8.1.5 A macro e a micro-justiça

Uma questão interessante, levada a cabo pelos críticos da intervenção judicial no tocante ao direito à saúde, reside na micro-justiça. Sob essa ótica, o Poder Judiciário, ao ser incumbido a aplicar o direito ao caso concreto, passa a ter uma visão limitada às circunstâncias descritas no processo.

Dentro dessa perspectiva, o Judiciário estaria adstrito a analisar o direito social sob suas nuances particulares, não alcançando seus aspectos globais, findando por impor uma destinação de recursos públicos em benefício de uma parte, sem que se tenha em mente o prejuízo gerado para o todo, em consequência.

Barcellos (2006, p. 32) faz uma análise bastante elucidativa sobre o assunto quando diz que:

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

Para os defensores dessa tese, atender a uma demanda particular, determinando o fornecimento de medicamento a um dado indivíduo, importaria na violação do princípio da igualdade, uma vez que ofenderia os demais titulares do direito à saúde.

Afiançam que o artigo 196 da Constituição da República garante a saúde oferecida pelo Estado sob seu aspecto universal, e não particular. Acreditam que, ao deferir o custeio de medicamentos em face de uma demanda individual, os recursos para as ações e serviços de saúde básica oferecidos à população, como um todo, serão diminuídos, beneficiando um caso pontual em detrimento dos demais.

Lopes (2010), citando Barcellos, assevera que a prestação de saúde determinada por um juiz a um indivíduo poderia ser concedida a todas as pessoas que se encontrassem na mesma condição. Constata que o Brasil é incapaz de atender a todas as prestações possíveis que os mais diversos indivíduos necessitem, demonstrando que a impossibilidade de uma prestação universal revela uma distribuição pouco democrática dos bens públicos.

O mesmo autor agrega ao seu raciocínio o fato de que as pessoas não são iguais, mormente em um país caracterizado por tantas desigualdades, e que, por isso, algumas podem arcar com cuidados médicos particulares, outras não. Averigua que nem toda a população precisa de um tratamento médico e/ou farmacêutico gratuito e, porquanto, aos indivíduos que se revelem hipossuficientes, o magistrado, em atenção à igualdade material, deve buscar reduzir essa desigualdade, impondo a prestação de saúde necessária. Citando John Rawls, Lopes (2010, p. 134) afiança a necessidade de uma isonomia que disponha de um mínimo social, consolidando uma sociedade justa e bem ordenada.

Sem receio de tornar-se um argumento reiterado neste trabalho, insta asseverar que o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar demandas que tragam em seu bojo uma lesão ou ameaça de lesão a direito de alguém, ainda que a lei seja omissa na forma de resolução do conflito apresentado, sob pena de obstacularizar o acesso ao Judiciário, preceito este que também é garantido pela Constituição Federal. Nesse norte, as demandas, ainda que individuais, que chegam às suas portas podem, e devem, ser examinadas; e, se restar verificada violação ao mínimo existencial do cidadão, deve ser garantido o fornecimento do medicamento indispensável para salvaguardá-lo.

A dispensação do medicamento, nesses termos, não importa prejuízo aos demais, já que a destinação de recursos do Poder Público deveria alocar o suficiente, ao menos, para atender o mínimo existencial pertinente a cada indivíduo; se não o fez, pelo menos nessa essencialidade, é cogente a sua garantia via judicial. O Poder Judiciário não visa garantir nada mais do que o mínimo imprescindível à vida do cidadão, sendo vedado qualquer excesso dessa ordem, porque, nesse caso sim, importaria em prejuízo aos demais.

Ademais, o acesso ao Judiciário é para todos, e aqueles que se sentirem prejudicados também poderão pleitear o seu direito à saúde. O que não pode ser aceitável é o Judiciário

tornar-se cúmplice da má distribuição de recursos realizados pelo Poder Público, que destinou insuficiência destes para um setor tão fundamental quanto à saúde e prejudicou o mínimo existencial pertinente a cada indivíduo.

9 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

A respeito da controvérsia até então discutida, é imperioso que se esclareça a visão do Supremo Tribunal Federal – expressão máxima da estrutura da Justiça brasileira – no que toca ao controle das políticas públicas na área da saúde. A Corte Suprema vem se manifestando favorável à intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, precipuamente no que pertine ao direito à saúde.

Não somente o Pretório Excelso, como também diversos tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, têm emitido decisões reconhecendo a eficácia das normas programáticas e assegurando prestações positivas do Estado voltadas à dispensação de medicamentos aos necessitados.

Dentre as mais precípuas jurisprudências colacionadas sobre o tema, se mostra de nodal importância discutir o que trouxe o Informativo nº 202, do Supremo Tribunal Federal, na decisão do RE 267.612-RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que, a respeito do tema, pontificou a necessidade de fornecer medicamentos, gratuitamente, aos pacientes sem recursos financeiros e portadores do vírus HIV.

Na contenda, acentuou que a saúde é um direito público subjetivo e que, por isso, trata-se de uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos, por mandamento constitucional (art. 196 da CF de 1988). Em face disto, aduziu que o Poder Público é responsável pela formulação e implementação de políticas sociais e econômicas voltadas a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

No mesmo julgado, ponderou os valores constitucionais em discussão, sopesando que os argumentos do Poder Público ante a escassez de recursos para atender às demandas sociais, denominada reserva do materialmente possível, não podem sobrepor-se ao direito à saúde e, por consequência, à vida, que não podem ser afastados por qualquer que seja a questão financeira. Veja-se:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à

saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000).

Dessa feita, os argumentos de ordem financeira e orçamentária não constituem obstáculo à realização dos direitos sociais fundamentais garantidos pela Carta Maior, sendo legítimo o direito do cidadão de pleitear a concessão gratuita de medicamentos de que necessita, quando privado o seu alcance pelo Poder Público, violando a garantia constitucional de uma vida digna e saudável.

Sobre o comentário acerca da natureza programática dos direitos sociais, asseverou que o argumento não pode prosperar diante da fundamentalidade dos direitos envolvidos na peleja, haja vista que considerá-lo como fundamento legítimo para a negativa da dispensação de medicamentos aos necessitados pode vir a tornar uma “promessa constitucional inconsequente” e respaldo para fraudar uma determinação da Constituição Federal. *In verbis*:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000)

É possível, ainda na mesma decisão, identificar a compreensão do Pretório Excelso acerca da fundamentalidade do direito à saúde, que considera uma verdadeira liberdade concreta adquirida com a evolução histórica dos direitos pertinentes à pessoa humana e que exige, por consequência, uma prestação estatal positiva com o desiderato de atender o imperativo constitucional determinado.

A respeito desse tema, veja-se ainda a transcrição do voto proferido pelo Min. Celso de Mello:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de

prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. (RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000)

Sobreleva notar, portanto, que o embate doutrinário acerca das normas relativas à saúde – se estão investidas como normas programáticas ou possuem eficácia imediata – não contamina a visão do Supremo Tribunal Federal, para quem impera o comando estabelecido na Constituição, que resguarda o direito à saúde, de forma a garantir uma vida digna a todos os indivíduos.

Alfim, pontifica a legitimidade do Ministério Público e do Poder Judiciário para efetivar o mandamento constitucional e mitigar os efeitos da omissão arbitrária do Poder Público no sentido de viabilizá-los. Senão veja-se:

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso Mello, publicado no DJU 23.8.2000)

Salutar também é a posição dessa Corte no que diz respeito à dispensação de medicamentos fora da lista elencada pelo sistema público de saúde, obrigando o Estado ao seu fornecimento, desde que reste demonstrada a existência de moléstia grave, a indispensabilidade do fármaco para afastar ou mitigar a doença e a impossibilidade do custear os compostos medicamentosos às próprias expensas. Observe-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. 1. O paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento (AR 626445, Segunda Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. 19.06.07).

Sob essa inclinação, Mendes, em voto dado em recente julgado, esclareceu:

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu

fornecimento pelo Poder Público. Além disso, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida. (STÁ AgR 175, Pleno do STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010).

Assim, o Supremo vem entendendo que, diante da comprovação de que o fármaco é o veículo mais eficiente para se tutelar a saúde de dado indivíduo, sem que tenha droga similar que produza os mesmos efeitos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, é possível que o Judiciário obrigue o Poder Público a custeá-los em favor da saúde do cidadão requerente, desde que seja aprovado pela ANVISA. Ainda assim, mesmo que o medicamento ainda não tenha sido aprovado por esse órgão, é possível sua dispensação caso organismos multilaterais já o tenham aprovado, como ficou demonstrado ao longo do trabalho.

Acerca do não atendimento às questões ligadas à saúde, obstaculizando o indivíduo de alcançar seu direito fundamental, o Supremo entende que incide em violação não somente ao dispositivo que o prevê, mas a toda inspiração que a Constituição propugna:

- A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em consonância com tudo o esposado no estudo em tela, a Corte máxima deixou clara a gravidade da omissão estatal não somente em deixar de efetivar os direitos constitucionalmente garantidos, a semelhança do direito à saúde e à vida, mas, sobretudo, o desrespeito a toda inspiração que a Constituição Federal proclama, a saber, o resguardo da dignidade da pessoa humana.

No que respeita ao controle de políticas públicas pelo Judiciário, extraordinária foi a anotação de relatoria do Ministro Celso de Mello na ADPF45 MC/DF, DJ.04.05.2004:

O binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois se ausente quaisquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos – “reserva do possível” [...] Em princípio, o **Poder Judiciário não deve intervir em esfera** reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de

organização e prestação, **a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária**, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. Muitos juízes e autores não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. (sem grifos no original). (STF. ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJ.04.05.2004).

Isso implica dizer que o Poder Judiciário não é legítimo para intervir em toda questão atinente às políticas públicas, uma vez que em determinados casos, o outro poder está fazendo uso do critério de conveniência e oportunidade que lhe foi conferido.

Importa anotar, todavia, que embora a regra seja a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo (conveniência e oportunidade) dos atos discricionários, em determinados casos excepcionais ele pode vir analisar esses elementos, porque a intervenção judiciária torna-se cogente quando realizada de modo a assegurar os preceitos estabelecidos na Constituição, resguardando sua supremacia. Isto é, o controle e intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas adquire legitimidade constitucional quando verificada hipótese de abusividade governamental.

A declaração do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello, quando da sua relatoria no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, determina a questão em glosa, permitindo a manifestação judicial acerca do ato administrativo:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos Poderes. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. (STF - MS nº 23.452/RJ, DJU de 12/05/2000).

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça acompanha o entendimento da Corte Suprema no que tange à intervenção judicial nas políticas públicas, determinando necessária a

sua ingerência diante dos abusos que atentem contra a moralidade ou desvirtuem o poder que lhes foi incumbido.

É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio do poder. Como princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, um comportamento ético. (STJ - 1ª Turma; REsp nº 21.923-5; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; DJU de 13/10/92, pág. 17.662).

Para a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, inexistente direito subjetivo constitucional de acesso universal e gratuito, a qualquer pretexto, por todo e qualquer meio, da tutela à saúde. Observam que o direito do cidadão não é o de estar constantemente saudável, mas sim de ter acesso a um sistema de saúde que prima pela igualdade de oportunidade e acesso.

O entendimento exarado, no todo, não contraria a tese levantada pelo estudo, nem o que foi propugnado pelo Corte Suprema, uma vez que o que vem sendo afiançada, em maior ou menor grau, é a defesa do direito à saúde quando não se possa garantir ao menos o mínimo existencial inerente ao indivíduo, e não a sua concessão em todo caso.

Na verdade, pela hermenêutica trazida pela Constituição Federal, a obrigação do Estado de fornecer saúde para todos, indistintamente, é incontroversa. Todavia, enquanto isso não for possível no plano fático, é dever do Estado garantir uma igualdade material, favorecendo os menos afortunados no alcance de um mínimo de saúde necessário à sua sobrevivência digna.

O Superior Tribunal de Justiça, dessa forma, não propugna a tese de que tais garantias não possuam eficácia. A intervenção judicial assume relevo quando inexistir políticas públicas para o caso concreto, ou ainda, quando as já existentes não forem suficientes para atender o cidadão em sua necessidade mínima.

Preconizam o direito à saúde entendendo que o Poder Público não é capaz de atender todas as demandas populacionais e, por isso, a interferência do Judiciário neste setor pode vir a prejudicar as contas públicas.

Esse é o pensamento esposado pela Primeira Turma no Recurso em Mandado de Segurança Nº 28.962 - MG (2009/0037261-9), que manifestou ser utópica a compreensão de que o Poder Público deve satisfazer todas as necessidades da coletividade, ilimitadamente, haja vista que a estrutura do Estado não será capaz de prover as intermináveis necessidades dos cidadãos.

Nesse compasso, pode-se inferir que esse entendimento reflete a realidade brasileira, no que tange à desigualdade na distribuição de renda no país. Todavia, embora as decisões do STJ estejam voltadas aos menos abastados, a necessidade de saúde pública existe para todos e a todos é devida, porque mesmo aqueles com condição econômica mais confortável pagam seus tributos a fim de que o Estado o retribua através da qualidade de seus serviços públicos, até porque a Constituição não faz qualquer distinção nesse sentido.

Não obstante todos os indivíduos serem merecedores de medicamentos gratuitos fornecidos pelo Estado quando deles necessitem, tamanha seria a incoerência negá-los inclusive àqueles que não possuem recursos financeiros para prover sua subsistência digna, fazendo jus à intervenção judicial no sentido de imputar ao Estado o financiamento do seu mínimo existencial.

A respeito da legitimidade do Judiciário de intervir nas questões da saúde, o STJ, na mesma decisão, critica as inúmeras demandas judiciais que chegam à sua apreciação e ao Poder Judiciante como um todo, o que implica a apreciação de questões atinentes à Administração Pública, que deve atuar de acordo com a discricionariedade que lhe foi compelida constitucionalmente, e não à Justiça. Veja-se:

Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. (STJ. RMS 28.962/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009)

Isso demonstra que o Poder Judiciário não se esquivava da apreciação das demandas que chegam até ele, na verdade, ele torna-se compelido a efetivar direitos que deveriam ser garantidos pela própria Administração Pública, mas que, face à sua omissão, torna-se apto a fazê-lo, mesmo que isso gere desequilíbrio nas contas públicas.

Completa que o artigo 6º da Carta Magna, que trata do direito à saúde, deve ser ponderado sob a observância do princípio da reserva do possível, isto é, o cumprimento da obrigação deve estar ao alcance das condições financeiras do Estado. “De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos”.

Já em julgados colacionados pela 2ª Turma, a exemplo do Recurso em Mandado de Segurança nº 28.338 - MG (2008/0264294-1), mostrou-se interessante o caso em que o pedido pleiteado foi negado face à existência de outros medicamentos voltados para a moléstia em questão, não restando comprovada a melhor eficácia do novo fármaco requerido.

Nesse caso, é evidente que não cabe ao Poder Público arcar com prejuízos de novos medicamentos, se dispõe de fármacos similares para afastar a moléstia que acomete o indivíduo solicitante. O que não importa dizer que o dispêndio de recursos pelo Estado, quando for cogente a necessidade de dado medicamento não fornecido pela rede pública, nem que tenha à disposição um similar de igual eficácia, seja vedado, pelas razões já expostas.

Nesse sentido, em 2005, a Primeira Turma do STJ, em interessante julgado, deparou-se com o Recurso Especial nº 684.646 - RS (2004/0118791-4), que solicitava a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre a conceder, gratuitamente, medicamento para HIV não registrado no país, ainda em fase experimental. Todavia, o referido medicamento já havia sido aprovado em países como os Estados Unidos e pela Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos. Para o Ministro Luiz Fux, relator do processo, restou comprovada a necessidade do medicamento para combater a moléstia e atender aos preceitos constitucionais do direito à vida e à saúde.

A Primeira Turma ainda entendeu que os entraves burocráticos não podem constituir empecilhos para a proteção dos direitos fundamentais. Senão observe:

A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela

preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (STJ – 1ª T., ROMS nº 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 04.09.2000, p. 121, RSTJ 138/52)

O que se constata das decisões colacionadas do STJ, é que, mesmo naqueles julgados em que o fornecimento do medicamento foi negado, não houve contrariedade nos argumentos aqui levantados, porque se efetivaram no sentido de balizar o fornecimento indiscriminado de medicamentos.

Convém esclarecer, por oportuno, a jurisprudência da Corte de Justiça do Rio Grande do Norte, no que respeita à obrigação de fornecer, gratuitamente, medicamentos aos cidadãos que não tenham recursos para arcar com tal prejuízo. Entende esse Tribunal de Justiça, a partir de excertos colacionados por suas decisões, que o princípio da legalidade orçamentária, ou até mesmo a teoria da reserva do possível, não se sobrepõem aos primados constitucionais que tutelam a vida e a saúde.

Nesse sentido se manifestou o Desembargador Saraiva Sobrinho no Agravo Interno em Apelação Cível nº 2009.013677-3/0001.00, ao pontuar que:

é de sabença geral que o princípio da legalidade orçamentária, suscitado pelo apelante como corolário do preceito da legalidade estrita, não se sobrepõe aos princípios fundamentais encartadas na Carta Maior, devendo ser relegado a plano secundário sempre que estiverem em xeque o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. (TJRN Agravo Interno na Apelação 2009.009835-6 - 3ª CC Relator: Des. Saraiva Sobrinho - DJ de 20/11/09).

Em consonância com exposto, impende registrar outra decisão sobre o tema, *in litteris*:

[...] no que se refere ao argumento da impossibilidade de concessão da referida tutela específica, não se pode olvidar que a realização de cirurgias de urgência e/ou o fornecimento de remédios às pessoas destituídas de recursos financeiros é dever constitucional do Poder Público, cuja negativa gera risco à vida ou à saúde dos indivíduos, além de violar direitos indisponíveis, motivo pelo qual agiu com acerto o magistrado ao concedê-la. Sob esse prisma, não se pode considerar que as decisões judiciais que vem sendo exaradas ferem a discricionariedade inerente ao poder público, nem tampouco violam os princípios da legalidade orçamentária e da reserva do possível, uma vez que, em sendo dever do Estado (*lato sensu*) garantir a consecução desses direitos, não cabe a ele se utilizar de critérios de conveniência e a oportunidade para então optar pelo exercício ou não de tais

atos, até porque é legalmente obrigado a incluir, nas suas diretrizes, previsões de orçamento que alcancem situações como as que vêm ocorrendo. (TJRN, Mandado de Segurança nº 2007.002435-5, Rel. Desª CÉLIA SMITH, Tribunal Pleno, julgamento em 20/05/2009).

A decisão em tela demonstra que a discricionariedade do Estado nas políticas públicas é pautada na possibilidade alocar, de forma mais acertada, recursos nos setores de necessidade prioritária, como melhor convier ao interesse público. A falta de recursos em uma seara tão fundamental quanto a saúde revela a falta de compromisso com o verdadeiro titular do poder (o povo), que se vê privado da realização de seus direitos básicos, inerentes à pessoa humana. Demais disso, os princípios de ordem tributária e orçamentária não podem prevalecer sobre o compromisso constitucional de conceder a todos o direito à saúde e, em consequência, à própria vida.

Insta destacar a colocação pertinente do Desembargador Expedito Ferreira na Apelação Cível nº 2009.012152-1, em julgado da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Destacou, com relação ao princípio da legalidade orçamentária, que, de fato, o Poder Público deve obediência às diretrizes orçamentárias traçadas pela legislação. Todavia, é dever do Estado, diante da elaboração das previsões orçamentárias, incluir recursos para situações excepcionais, ao passo que também é responsável por solenizar políticas próprias inclinadas na redução do risco de doença e outros gravames relativos à saúde. Por esse motivo, não se pode olvidar que não haja reserva orçamentária para tal fim.

No mesmo julgado, acentuou a inocorrência de violação ao primado da separação dos poderes diante da determinação judicial de fornecimento de medicamentos.

Importante destacar, por conveniente, que a determinação judicial de fornecimento do medicamento não significa ingerência ilegítima do Poder Judiciário em matéria de mérito de ato administrativo, mas, ao revés, traduz-se em controle da legalidade do ato negatório discutido, analisando-o segundo os preceitos constitucionais vigentes. (TJRN. AC 2009.012152-1, 1ª Câmara Cível. Des. Expedito Ferreira. DJ 27.04.10)

Essa mesma Corte, apregoa, também, que o dever do Poder Público na dispensação de medicamentos aos financeiramente necessitados não é excluído sob a alegação do fármaco de não constar na lista de medicamentos já disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, a semelhança do entendimento já exarado pela Suprema Corte.

Inafastável o dever do Estado de fornecer medicamento a pessoa carente de recursos financeiros, ainda que não conste o mesmo da lista elencada no

Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional (Portaria nº 1318, do Ministério da Saúde), quando ocorrente situação de emergência e o paciente encontra-se acometido de enfermidade grave, progressiva e degenerativa. (MS 2005.005080-4, do Tribunal Pleno do TJRN, rel. Des. Caio Alencar, publicado em 04.02.2006)

O desiderato maior das transcrições supra esposadas é demonstrar que em todas as decisões colacionadas, no sentido de conceder ou não o medicamento requerido, houve o reconhecimento da relevância do direito à saúde. Isto é, até mesmo as decisões contrárias manifestadas pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que a negativa do medicamento não se resume à ilegitimidade do Judiciário de intervir em favor do cidadão, mas que o seu fornecimento, embora legítimo, deve ser realizado de forma responsável, respeitando as balizas da legalidade e do interesse público.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, o povo é efetivo titular do poder constituinte do Estado, com supedâneo no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Constituição Federal e, por isso, merece ver tutelados os direitos básicos inerentes a todo ser humano, de forma a garantir seu mínimo existencial.

No decorrer de todo o trabalho, restou evidenciado que o Brasil, enquanto país em desenvolvimento, não possui condições de custear todas as necessidades públicas. Todavia, o direito à saúde mostrou-se corolário do direito à vida, garantia maior e primeira para desfrutar de todos os demais direitos fundamentais. Além disso, o direito a uma vida saudável é reflexo de um Estado Democrático de Direito, que tem como princípio fundante de sua ordem constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o propósito desta tese foi alcançado, deixando clara a legitimidade do Judiciário de intervir nas políticas públicas quando estiver diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito de um cidadão, no entanto, essa intervenção deve dar-se de forma responsável, respeitados os limites da legalidade, sempre com o fito de revogar os abusos e arbitrariedades de quem se encontra no poder.

Dessa forma, é imprescindível que o Judiciário possa atuar concretizando os direitos já garantidos pela Carta Federal, que não são alcançadas pelos cidadãos por descaso do poder público com a seara da saúde. O que se afiança é a garantia de um mínimo existencial digno a todo e qualquer cidadão, sendo evidente que os excessos contidos no pleito das demandas judiciais não devem prosperar.

O Judiciário, portanto, não pode permitir que os comandos constitucionais tornem-se “letras mortas” face à omissão e ao desinteresse do poder público em efetivá-los, sob pena de deixar o cidadão a mercê de uma promessa estatal de prazo indefinido. Aceitar essa situação viria a deflagrar outra situação absurda, qual seja, o Judiciário detectar uma atuação inconstitucional dos demais poderes, seja por condutas comissivas, seja por condutas omissas, e nada fazer, inobservando uma tarefa constitucional típica que lhe foi atribuída.

Assim, mitigar um bem jurídico de tal importância, como a saúde do indivíduo, diante de argumentos como escassez de recursos, desqualifica toda sua função do Judiciário em “fazer justiça” a partir da ponderação dos valores submetidos a juízo. De fato, não há qualquer

outro valor que colida com o direito à vida que possa sobrepor-se a esse direito tão essencial e intrínseco ao ser humano.

Portanto, o Poder Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade do judiciário, tem legitimidade para apreciar as demandas envolvendo a saúde, o que não implica dizer que todas as lides terão o mérito procedente, sendo analisadas as peculiaridades do caso concreto sob o prisma da ordem constitucional vigente, atendendo, sempre que possível, às necessidades sociais básicas ainda não efetivadas pelo poder público.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Ana Joyce (Org.). **Vadem mecum acadêmico de direito**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, v. 15, p. 13-38, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, Sérvulo. **Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência dos poderes**: teses, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e Políticas de Governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos e a intervenção judicial**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/ana_dauve.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2010.

FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Manual de orientação para elaboração e apresentação de trabalhos de curso em Direito da FARN**. Natal, 2009.

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

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 09 maio 2008.

MARMELSTEIN, George. Ordem Jurídica Constitucional. **Efetivação Judicial de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade do Ceará, 2005.

MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica-Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIERETI, Ana Carolina de Sousa. **O assédio da indústria farmacêutica aos médicos e estudantes de medicina e sua influência na prescrição**. UFRN/CCSA, Curso de Medicina, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000.

RUSCHEL, Ruy Ruben. **Direito constitucional em tempos de crise**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, Salvador, janeiro, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, Porto Alegre, jul. 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>.

Acesso em: 20 fev. 2010.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetividade em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.3.

WASCONCELLOS JÚNIOR, José Carlos Coelho. A judicialização do fornecimento de medicamentos e a discricionariedade do Poder Executivo na gestão pública da saúde. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Norte**. v. 8, p. 307-328, 2008.