

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

Cristiane Kovacs

**Do excesso de judicialização na concessão de medicamentos aos cidadãos e a
reserva do possível**

São Paulo
2012

Cristiane Kovacs

**Do excesso de judicialização na concessão de medicamentos aos cidadãos e a
reserva do possível**

Monografia apresentada como exigência parcial para a aprovação no curso de Pós Graduação '*Latu Sensu*' - Especialização em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Derly Barreto e Silva Filho.

São Paulo

2012

Cristiane Kovacs

**Do excesso de judicialização na concessão de medicamentos aos cidadãos e a
reserva do possível**

Derly Barreto e Silva Filho.

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

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu orientador, Professor Derly Barreto e Silva Filho, pelas valiosas informações e pela paciência em elucidar minhas dúvidas.

É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados.

(BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 37)

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil positivou a garantia dos direitos sociais dos cidadãos brasileiros, destacando dentre esses direitos o direito à vida e à saúde, representando o marco legal redefinidor do Estado Democrático de Direito. A vida e a saúde como direitos máximos deste ordenamento jurídico, balizados ainda pela dignidade da pessoa humana. Não basta, contudo, a positivação destes direitos, mas interessa precipuamente a concretização de sua realização, e a atividade do Poder Judiciário, como um dos Poderes, é imprescindível. A Constituição Federal, no artigo 198, determina como diretrizes do atendimento à saúde a integralidade e a universalidade, devendo os serviços de saúde serem prestados por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). O Sistema Único de Saúde prevê, além do atendimento médico, o direito do cidadão à assistência farmacêutica, direito este regulamentado por meio da Política Nacional de Medicamentos (PNM), e, ainda, mais especificamente pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). Quando não implementadas as políticas públicas de saúde as ações judiciais são o canal legítimo de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos. Desta forma proliferam nos tribunais brasileiros ações em que o objeto da ação é a concessão de medicamentos via judicial, a chamada judicialização. Contudo, uma grande parte destas ações tem como objeto a concessão de medicamentos não previstos nos programas de medicamentos preconizados pelo SUS. Quando acolhida a demanda pelo Judiciário e determinada a concessão de medicamento fora do rol legalmente previsto há o desrespeito ao princípio da igualdade, à reserva do possível e, ainda, a própria política de assistência farmacêutica, onerando sobre maneira o Estado e impedindo que ele preste o atendimento das necessidades básicas dos demais cidadãos. A adoção do princípio da razoabilidade pode ser vista, então, como uma possível solução.

Palavras-chave: judicialização, medicamentos, Sistema Único de Saúde, reserva do possível, princípio da razoabilidade.

ABSTRACT

The Constitution of the Federal Republic of Brazil confirmed the grant of social rights (Brazilian citizens) highlighting among it the right to life and health representing legal redefining boundary which belongs to the Democratic State of Law. Life and health are the maximum state of law in this legal order balanced by human dignity. It is not enough the confirmation of such rights. It is beforehand necessary the concretization of its performance and Legal Order activity – as one of these orders are vital. According to article 198, in the Federal Constitution, it is determined as a guideline support to health care, its integrity and universality should health care services being rendered through what is called in Brazil “Sistema Único de Saúde (SUS)”. This system foresees not only health care assistance, but also pharmaceutical assistance to citizens. Such right is ruled through the National Politics of Medicines (PNM – initials in Brazil) e also, specifically through the National Politics in Pharmaceutical Assistance (PNAF – initials in Brazil). When it is not implemented – public health politics – its legal acts are the legitimate channel to individual fundamental rights. Thus, it is spread in Brazilian Courts acts by which the object of an action is actually the concession of medicines legally saying, the so-called judicialization. Although, the major part of these acts have as an object the concession to medicines not forecasted in similar programs defended up by SUS (initials in Brazil). When the demand is hosted by Legal Order and determined such medicine concession out of scope legally saying, it is forecasted and equalness principles is not followed. The reservation of such possibility and the pharmaceutical assistance politic charged by the State restrains assistance to basic needs when it comes to further citizens. The adoption of such reasonableness can be interpreted as a possible solution.

Key-Words: judicialization, medicines, Sistema Único de Saúde, reservation of possibilities, reserva do possível, reasonableness principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO À VIDA E À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
1.1 O direito à vida enquanto o primeiro dos direitos fundamentais	15
1.2 O direito à saúde enquanto direito fundamental	17
1.3 A eficácia dos direitos fundamentais	22
1.4 A dignidade da pessoa humana	26
2 PESOS E CONTRAPESOS: A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS PELA VIA DO PODER JUDICIÁRIO	29
2.1 O papel do trabalho e a distribuição de riquezas	32
2.2 A atual realidade fática: falta de distribuição regular ou a ampliação judicial do rol de medicamentos?	35
2.3 O Panorama jurisprudencial atual	36
2.4 Estado Social e Estado Liberal: ponderações sobre a democracia	39
3 DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS	43
3.1 O papel precípua de cada um dos Poderes: Executivo e Judiciário	48
3.2 Críticas à excessiva judicialização para a concessão de medicamentos	52
3.2.1 A reserva do possível: limitação à atuação do Judiciário	56
3.2.2 A discricionariedade do Administrador e as Políticas Públicas	58
3.2.3 Limitações do Estado Social	61
3.3 A razoabilidade como solução possível	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, buscou atender aos anseios sociais e positivou, além da garantia jurídico-formal das liberdades, a garantia dos direitos sociais dos cidadãos brasileiros, destacando-se o direito à vida e à saúde. Representa o marco legal redefinidor do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, havendo a nítida inclinação do legislador constitucional à proteção dos direitos humanos.

E para balizar este ordenamento jurídico elege a vida e a saúde como direitos máximos à garantia da dignidade da pessoa humana.

A Constituição, bem como as melhores interpretações constitucionais feitas pela doutrina e pela jurisprudência, consideram que não basta ao Estado assegurar ao cidadão a vida, mas sim uma vida com dignidade.

Entretanto, a grande questão do nosso tempo com relação aos direitos do homem não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los, de dar-lhes efetividade: não basta saber quais e quantos são estes direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que – apesar de toda a previsão legal – sejam continuamente violados.

A simples previsão não basta para a concretização desses direitos. Devem o Estado e a sociedade tomar providências, e numa postura de empenho, se mobilizar nas diversas esferas para que esta concretização possa ocorrer. A atividade do Poder Judiciário, como membro integrante dessa mesma sociedade, se mostra também imprescindível nesse sentido.

A Constituição Federal, no artigo 198, inciso II, confere ao Estado o dever de atendimento integral ao cidadão no que diz respeito ao direito à saúde e prevê que os serviços de saúde devem ser disponibilizados por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Sistema Único de Saúde (SUS) prevê, além do atendimento médico, o direito do cidadão à assistência farmacêutica, sendo esse direito regulamentado por meio da publicação da Política Nacional de Medicamentos (PNM). Esta política fortalece os princípios e as diretrizes do SUS, objetivando, ainda, a garantia da

eficácia e segurança no uso racional de medicamentos e o acesso da população aos medicamentos essenciais.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), cujas diretrizes se baseiam nas doutrinas do SUS e num conceito abrangente de assistência farmacêutica. Passou a ser publicada periodicamente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que determina quais medicamentos fazem parte do programa de dispensação à população. No ano de 2010 constavam da RENAME 550 medicamentos, já em 2012 a lista foi ampliada para 810 itens. Atualmente vige a RENAME/2012, que foi estabelecida por meio da Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012 do Ministério da Saúde.

As ações judiciais mostram-se um canal legítimo de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos quando o Estado falha e deixa de implementar de maneira adequada as políticas públicas. Um dos aspectos da assistência médica que mais tem sido alvo das ações judiciais é a assistência farmacêutica, ou seja, a garantia do acesso a medicamentos não disponíveis nos serviços públicos, em razão de preços abusivos praticados pelos fabricantes ou de falta de estoque, padronização do uso, registro no país e comprovação científica de eficácia. O que se percebe é que, muitas vezes, os medicamentos solicitados nessas demandas não pertencem aos programas de medicamentos preconizados pelo SUS, isto é, não são padronizados pelos protocolos do sistema público de saúde e, assim, o acolhimento dessas demandas pelo Judiciário pode significar desrespeito ao que a política de assistência farmacêutica normatizou e, ainda, desrespeito ao princípio da igualdade.

Com efeito, o princípio da reserva do financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor – atribuíram unicamente ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna.

Quando acolhido o pedido e positiva a decisão judicial no sentido de determinar a concessão do medicamento, há ao Estado um custo que extrapola o seu orçamento, ou seja, há uma interferência direta do Judiciário na Administração Pública, e por esta razão diz-se desta ocorrência uma “judicialização”.

Diante de tal panorama, a judicialização da concessão de medicamentos merece críticas quando levada ao extremo. Não obstante o importante papel do Poder Judiciário no atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, não se pode olvidar que a concessão por meio de ação judicial de um medicamento não incluído no rol dos programas de fornecimento gratuito pode representar a interferência direta do Poder Judiciário na Administração Pública. Consequentemente, há que se analisar até que ponto esta judicialização representa mais benefícios que prejuízos ao Estado Democrático de Direito.

Neste esteio, a compreensão aprofundada da questão por parte do Poder Judiciário, representado na figura do Juiz que recebe e decide a demanda do cidadão que necessita de medicamentos, bem como o olhar voltado ao princípio da razoabilidade, são altamente desejáveis, a fim de que não se perpetue uma judicialização excessiva.

1 O DIREITO À VIDA E À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 trouxe como inovação a garantia jurídico-formal das liberdades e direitos básicos dos cidadãos brasileiros, buscando atender a maioria das demandas da sociedade brasileira.

Se por um lado sagrou a liberdade em suas mais diversas formas (de ir e vir, de expressão, de informação, dentre outras), claramente respondendo aos anseios gerados no período ditatorial, protegeu também o direito à vida, mas não só, resguardou o direito a uma vida digna, tendo como diretriz de todo o ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana.

E, concomitantemente a estes direitos, a Constituição Federal de 1988 elegeu pontualmente alguns outros, tais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho que são, indubitavelmente, elementos necessários para o desenvolvimento de uma nação e dos cidadãos enquanto seres humanos. Foi, desta maneira, o marco legal redefinidor do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, com um caráter neoliberal e espelhando um momento histórico singular no constitucionalismo pátrio.

Conforme José Afonso da Silva, o país, após longo período de regime militar ditatorial

viveu um momento histórico que a teoria constitucional denomina situação constituinte, ou seja, situação que se caracteriza pela necessidade de criação de normas fundamentais, traduzidas numa nova Constituição que consagrasse nova idéia de direito e nova concepção de Estado, informadas pelo princípio da justiça social. Sentia-se que aquele espírito do povo, que transmuda em vontade social, que dá integração à comunidade política, já havia despertado irremissivelmente, como sempre acontece nos instantes históricos de transição, em que o povo reivindica e retoma o seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da nação pelo exercício do Poder Constituinte Originário.¹

¹ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 107-108

O texto constitucional promulgado em 1988 sofreu grande influência da tendência mundial estabelecida desde o pós-guerra, que se consolidou nas cartas constitucionais de diversas nações: a inserção expressa dos direitos humanos como direitos fundamentais.

O legislador constitucional optou nitidamente pela proteção aos direitos humanos. No principal ordenamento jurídico encontra-se já revelado, à partir do artigo 4º, ao consagrar a sua prevalência, ao lado de outros princípios informadores da regência das relações internacionais de nossa República Federativa.

A Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, incorporou os ideais de justiça social e instituiu uma nova concepção de Estado, qual seja, o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.²

É inegável que na atualidade há uma “tendência para o processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos”,³ que tem crescido nas últimas décadas, expressada pela preocupação com a eficácia desses direitos. A ONU, nos dias presentes, move-se no sentido de os Estados implementarem medidas que tutelem e garantam a eficácia dos direitos humanos, o que, em primeira instância, tem se dado por meio da positivação destes direitos nas constituições. Paulo Bonavides assevera a respeito que:

a nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.⁴

² CUELLO, Esther Barbosa de Oliveira. *Os Direitos Sociais e os Limites ao Poder de Reforma da Constituição*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 116.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 113.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 573.

Diante disto, a Constituição Federal de 1988 positivou a proteção à vida digna e à saúde por meio de dispositivos que garantem o atendimento das necessidades básicas do cidadão, resguardando, desta maneira, esses direitos maiores.

1.1 O direito à vida enquanto o primeiro dos direitos fundamentais

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU)⁵, assevera em seu artigo primeiro que o direito à vida é inerente à pessoa humana, o que significa, em primeira instância, que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida, determinando, ainda, que este direito deverá ser protegido pela lei, numa clara alusão da inserção do direito à vida nas cartas constitucionais das diversas nações signatárias.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Pode-se afirmar, de forma simplista, que o conceito de vida se identificaria com a existência biológica, seria um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível do ser humano. Essencialíssimo este direito, pois que somente com vida o ser humano existe, e pode ser detentor de outros direitos. Como assevera Alexandre de Moraes, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.⁶ Denota-se este fato, inclusive, da interpretação da Constituição Federal que protege a vida desde a sua constatação,

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm, acesso em 01/12/2012.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 61.

ainda na forma uterina, já assegurando direitos ao nascituro.

Desta maneira, o direito à vida representa sobretudo um dever de conservação desta, da própria e do outro, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, mas não pode dela dispor, apenas se justificando qualquer ação lesiva contra a vida nos excepcionais casos de legítima defesa e estado de necessidade.

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o seu direito de viver, tendo a garantia da "não agressão" ao direito à vida, que implica também na garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida.⁷

O direito à vida significa, desta forma, um direito de caráter negativo, isto é, o direito de não ser morto, de não ser privado de sua vida, sendo obrigação do Estado e dos demais cidadãos absterem-se de privar qualquer outro cidadão de sua vida. E o autor conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

José Cretella Júnior também chama a atenção para a questão da inviolabilidade do direito à vida:

Bastaria que se tivesse dito "o direito" ao invés de "a inviolabilidade do direito à vida". Se "vida é um direito" garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não "inviolado". Se eu digo que é 'inviolável' (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), 'ipso facto', estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)... O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o "direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde" e (b) "o direito de subsistência": o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao "direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto".⁸

Maria Helena Diniz, por sua vez, analisa que o direito à vida, por ser essencial

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 526/533/539.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 182-183.

ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.⁹ Isto porque a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5º, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial e, assim, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, tomado pela doutrina pátria como início da vida, e portanto de nascimento não só do ser, mas da pessoa, com base em estudos científicos.

Já lecionava Pontes de Miranda que “o direito à vida é inato”, afirmando que quem nasce com vida, tem direito a ela. Afirma o autor que em relação às leis e outros atos normativos dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos. O direito à vida é direito ubíquo, ou seja, onipresente: existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supraestatal.¹⁰

Fato é que, a vida humana apresenta-se, qualquer que seja sua origem, antes de mais nada, como um fluxo de projeção coletivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmissor dessa energia vital.¹¹ Por esta razão o caráter de sacralidade deste direito.

1.2 O direito à saúde enquanto direito fundamental

O direito à saúde, disposto no artigo 6º da Constituição Federal,¹² deve ser

⁹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 22-24.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi: 1971, p. 14-29.

¹¹ SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995, p. 203-204.

¹² Artigo 6º da Constituição Federal : São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. BRASIL. Senado Federal. Constituição Federal, 1988.

interpretado em conjunto com o artigo 196, que define a sua universalização ao determinar ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

As diretrizes da saúde, por sua vez, estão delineadas no artigo 196 da Constituição Federal. Esse dispositivo determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, o que implica no oferecimento de medicina preventiva e curativa. Por esta razão são tidos como de relevância pública as ações e serviços de saúde.

No artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, percebe-se que o legislador, ao conferir à saúde atendimento integral, buscou abranger todas as necessidades dos cidadãos no que diz respeito ao seu bem estar.¹³ O legislador não restringiu nenhum tratamento, nem a atividade estatal, consagrando a garantia da forma mais ampla possível, sem exclusões de doenças ou patologias; contudo deixou de considerar as eventuais dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público, de modo que, constitucionalmente, os entes políticos não podem escapar da prestação ao direito à saúde dos cidadãos.

Portanto, o direito à saúde configura-se como um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado – ao qual é imposto o dever de prestá-lo - devendo ser analisado, contudo, à luz da reserva do financeiramente possível. Isto porque o direito à saúde é informado primariamente pelo direito à vida – constitucionalmente protegido no artigo 5º, o qual determina que, nos casos de doença, cada um deve receber tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica.

Mesmo se reconhecendo a existência de uma dimensão negativa do direito à saúde – a significar a exigência de abstenção do Estado de qualquer ato, seu ou de

¹³ CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010, s/p. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14609>>. Acesso em: 21 set. 2012.

terceiros, em prejuízo da saúde (tal como considerado em relação ao direito à vida) – indubitavelmente a dimensão positiva é a que merece destaque: a saúde é um direito positivo e exige prestações do Estado, além de impor aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, cujo próprio cumprimento se consubstancia no direito à saúde.¹⁴

Conforme dispõe o artigo 198 da Constituição Federal de 1988, os serviços de saúde devem ser disponibilizados aos cidadãos por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), formado por uma rede descentralizada de serviços, públicos e privados, com comando único em cada esfera de governo, regionalizada e hierarquizada, na qual o setor privado pode ter uma participação complementar à do setor público, firmada por convênios e contratos, com prioridade de participação das instituições filantrópicas e sem fins lucrativos.

O Sistema Único de Saúde (SUS) quando criado, além do atendimento médico, previu, ainda, o direito do cidadão à assistência farmacêutica, sendo esse direito regulamentado apenas após dez anos da criação do SUS, com a publicação da Política Nacional de Medicamentos (PNM).¹⁵ Esta fortalece os princípios e as diretrizes do SUS, objetivando, ainda, a garantia da eficácia e segurança no uso racional de medicamentos e o acesso da população aos medicamentos essenciais.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), cujas diretrizes se baseiam nas doutrinas do SUS e num conceito abrangente de assistência farmacêutica.¹⁶

¹⁴ MOREIRA, Vital e CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 342.

¹⁵ A Política Nacional de Medicamentos tem como propósito "garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais". Conforme BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916_98.htm, acesso em 22 de setembro de 2012.

¹⁶ A Política Nacional de Assistência Farmacêutica é parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade. BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução Nº 338, de 06 de Maio de 2004. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf, acesso em 22 de setembro de 2012.

Assim, com base nas doutrinas e diretrizes e em suas políticas públicas relacionadas com a assistência farmacêutica, o SUS, em seus vinte anos de existência, vem se organizando para fornecer medicamentos essenciais à população. A padronização e descentralização da compra tornam mais ágeis e racionais a aquisição e dispensação dos medicamentos à população. Desta maneira, o Ministério da Saúde 4, a SES-SP 5 e a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo (SMS-SP) 6 criaram, com base em dados epidemiológicos, programas de dispensação de medicamentos para tratar as doenças que mais atingem a população. Os medicamentos padronizados nesses programas são avaliados no que se refere à eficiência e à efetividade, além da relação custo/benefício. Cada instância de governo tem suas competências e atribuições no gerenciamento, na operacionalização e no financiamento desses programas.¹⁷

É dever do Poder Público ofertar aos cidadãos os medicamentos mais seguros (que sabidamente não provoquem danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais) e custo-efetivos (entre as alternativas disponíveis, fazem o que se propõem a fazer, em condições reais, ao menor custo).¹⁸

O Sistema Único de Saúde tem como diretrizes a integralidade e a universalidade. A integralidade determina que se conjuguem as ações direcionadas à materialização da saúde como direito e como serviço. A integralidade deve ser concebida como um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema. É o princípio segundo o qual o atendimento médico deve ser integral, completo, ou seja, contemplar tudo aquilo de que o paciente necessita para seu bem-estar e cura.¹⁹ A universalidade, por sua vez, significa o atendimento a todos os cidadãos, a toda a população que vier a procurar os serviços de saúde oferecidos pelo Estado.

¹⁷ CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad.SaúdePública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1840.

¹⁸ MACEDO, Eloisa Israel; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATTO FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. In *Rev. SaúdePública* 2011;45(4):706-13, p. 707.

¹⁹ Para saber mais veja: MATTOS, R. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. (Orgs.) *Os Sentidos da Integralidade na Atenção e no Cuidado em Saúde*. Rio de Janeiro: Cepesc/IMS/Uerj/Abrasco, 2005.

No sistema democrático a participação da sociedade desenha-se como princípio fundamental norteador da sua concepção política, considerada ferramenta importante para garantir a todos os cidadãos exercer o controle do processo de formulação, implementação e avaliação das políticas.

Por conseguinte, é esperado do Estado ações em diversas direções, seja por meio da promoção de políticas públicas, seja prevendo orçamentariamente os gastos com saúde e dedicando a este direito especial atenção, seja prestando o atendimento médico necessário ou concedendo os medicamentos aos cidadãos.

Contudo, deve-se lembrar que o Estado hoje, embora seja um Estado Democrático de Direito, se afigura num cenário neoliberal, com pouca ou mínima interferência, e não em um Estado provedor, um Estado providência.

Com efeito, o princípio da reserva do financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor – atribuíram unicamente ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna.

Daí surge a paridade entre os artigos 196 e 205 da Constituição Federal, que proclamam a saúde e a educação como direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefa, de caráter programático cuja concretização fica a depender das forças do erário.

É justamente neste ponto em que se encontra o embate a que se propõe analisar, entre o direito constitucional à saúde e o princípio da reserva do possível.

Neste ponto reside um aspecto crucial da questão. A alocação de recursos públicos para a implementação total desses direitos pressupõe, além de uma economia forte, a difícil decisão política de concentrar os insuficientes recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países não desenvolvidos configura o que muitos denominam círculo vicioso da miséria, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais.²⁰

²⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1420.

1.3 A eficácia dos direitos fundamentais

Embora sejam termos distintos – direitos humanos e direitos fundamentais – necessário esclarecer que os direitos fundamentais representam no texto constitucional os direitos humanos elencados nas Declarações e Pactos Internacionais. Corroborando esta ideia, a explicação de José Joaquim Gomes Canotilho que, de forma esclarecedora, distingue esses dois conceitos:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²¹

O catálogo de direitos fundamentais é a expressão de um sistema de valores, e encontra o seu ponto central na personalidade humana que se desenvolve livremente dentro da comunidade social e na sua dignidade, conforme afirma Robert Alexy.²²

Vidal Serrano Nunes Junior, de outra forma considera que a diferença entre um e outro vai além do fato dos direitos fundamentais estarem previstos na ordem interna e os direitos humanos em declarações ou convenções internacionais; reside no fato de que por estarem positivados os direitos fundamentais, consagradores de prerrogativas ou liberdades poderem ser judicializados, enquanto os direitos humanos – ou melhor dizendo, o desrespeito aos direitos humanos – podem implicar na penalização do Estado que incorrer em tal conduta.²³ Vidal Serrano Nunes Júnior, nesse aspecto define os direitos fundamentais como:

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 391.

²² Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 489.

²³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 24.

[...] sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber; em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais), e em relação à sua preservação (solidariedade).²⁴

Norberto Bobbio, de outra maneira destaca o fato de que “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência”. E prossegue apontando a diferença deste estágio inicial para a positivação destes direitos: “mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado”.²⁵

Em resumo, os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares para então encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.²⁶

Nesta mesma linha de raciocínio, contudo, Norberto Bobbio destaca o fato de que, embora a fundamentalidade se apresente como questão intrínseca para a compreensão do surgimento e evolução destes direitos, surge uma questão mais importante, que é a das garantias, da efetivação destes direitos.²⁷

²⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 31.

²⁶ *Idem*, p. 30.

²⁷ “Entende-se que a exigência do ‘respeito’ aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível. Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é pó problema do fundamento , mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar.Com fundamento pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada na Assembleia Geral das nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.” BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 25-26.

Somente depois da Declaração Universal [dos Direitos do Homem] é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.²⁸

Superada a questão da fundamentalidade, há que se dedicar à árdua tarefa de fazer valer estes direitos, isto é, de como dar efetividade, garantir que sejam cumpridos. Norberto Bobbio trata da questão ao afirmar que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. E prossegue:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²⁹

Os direitos fundamentais, estando em constante interação, constituem um sistema que flui sempre para o mesmo e único objetivo: a proteção do ser humano. Trata-se de um sistema aberto de princípios e regras a exigir para sua interpretação, conexão com o contexto político, social e econômico no qual estão inseridos, isto é, deve haver uma ligação com a realidade. Então, a partir da compreensão da *abertura constitucional*, a interpretação da norma constitucional só pode ser adequadamente extraída em conexão com a realidade, e tornou-se então factível a aplicação direta dos direitos sociais.³⁰ Paulo Bonavides elucida:

Não se deve deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

²⁹ Idem, p. 25.

³⁰ Cf. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15-17.

artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.³¹

Essa mudança interpretativa faz com que hoje já não mais se acate a noção de norma programática com o fito de eximir o Estado de cumprir com suas obrigações. Os direitos sociais compreendidos enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF) têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam o Mandado de Injunção ou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.³² Por conseguinte, os direitos sociais plasmados na Carta Política de 1988 são direitos de eficácia plena.

A eficácia jurídica constitui a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma jurídica em vigor ser aplicada aos casos concretos e de, na medida desta aplicabilidade, gerar efeitos jurídicos, enquanto a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada por englobar tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz) quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.³³

Pode, ainda, o termo *eficácia* ser aplicado de outra forma, no sentido de *âmbito*, *extensão* e *alcance*, resvalando na seguinte tipologia da eficácia dos direitos fundamentais: *eficácia vertical*, que se refere ao alcance dos direitos humanos na relação Estado e particular, e *eficácia horizontal*, que alude a extensão dos direitos humanos nas relações privadas.

Nessa linha interpretativa, vale a reafirmação de que os direitos fundamentais representam a positivação nas cartas constitucionais daqueles direitos humanos plasmados nas Declarações e Pactos Internacionais, firmados por diversas nações, com o fim de serem assegurados valores humanos supremos, como a vida, a

³¹ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 567.

³² Cf. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 838.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 235.

dignidade, etc. Por diversos momentos se entrelaçarão direitos humanos e direitos fundamentais, e por tal razão esta tomada de posição conceitual se faz importante.³⁴

A Constituição Federal brasileira positivou a proteção social por meio de dispositivos para garantir o atendimento das necessidades básicas do cidadão, como saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, previdência e assistência social.

Contudo a simples previsão não basta para a concretização desses direitos; devem o Estado e a sociedade tomar providências, e numa postura de empenho, se mobilizar nas diversas esferas para que esta concretização possa ocorrer. A atividade do Poder Judiciário, como membro integrante dessa mesma sociedade, se mostra também imprescindível nesse sentido.

1.4 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, expressamente consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, segundo, o qual, in verbis:

Artigo 1º da Constituição Federal

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana

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

Tendo em vista o lugar que ocupa na ordem constitucional, o valor da dignidade pode ser considerado como absoluto, já que tido como fundamento da

³⁴ De idêntica forma compreende Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33.

República Federativa. Sua observância não pode, em qualquer hipótese ou circunstância, ser afastada – diversamente de outros valores que, consubstanciados na Constituição Federal por meio de princípios, podem vir a ser relativizados frente a outros princípios de maior relevância diante do caso concreto. Analisando estes fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro e o sentido dado à expressão pelo constituinte, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, afirmam:

O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o que ele está a indicar é que um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. É de lembrar-se, contudo, que a dignidade da pessoa humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra sua missão, conferindo-lhe um sentido. Esta tarefa é eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.³⁵

Portanto, resta claro que foi conferida à dignidade da pessoa humana a qualificação de norma jurídica fundamental da ordem jurídico-constitucional, segundo a vontade do Constituinte de 1988. A dignidade da pessoa humana foi erigida à condição de valor jurídico fundamental da sociedade, valor este que sustenta a própria existência do ordenamento jurídico. Ainda, neste sentido, José Afonso da Silva discorre:

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática de direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.³⁶

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1988, p.425.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 124.

A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito é núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional,³⁷ funcionando como um mandado de otimização, ordenando algo (a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.³⁸

A importância da dignidade da pessoa humana na compreensão da questão da judicialização da concessão de medicamentos reside no fato de que a Constituição, bem como as melhores interpretações constitucionais feitas pela doutrina e pela jurisprudência consideram que não basta ao Estado assegurar a vida, mas sim uma vida com dignidade ao cidadão. E uma vida digna abarca uma série de elementos, dentre eles a saúde, que, muitas vezes, é garantida pelo uso contínuo de medicamentos. Por esta razão a questão da concessão de medicamentos via judicial perpassa a questão da dignidade da pessoa humana.

Não se questiona, tampouco se pretende mitigar a dignidade da pessoa humana. Contudo, há que se verificar que a sua plena satisfação depende de um sem número de elementos que, nem sempre estão à disposição. Há que se compreender que há limites materiais para a consecução de todos os atos necessário para o seu asseguramento. A saúde é dever do Estado, mas o Estado possui limites em sua atuação.

É com vistas à compreensão da reserva do possível e do embate entre os poderes Executivo e Judiciário que se pretende prosseguir na presente análise.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 76.

2 PESOS E CONTRAPESOS: A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS PELA VIA DO PODER JUDICIÁRIO

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet “não se poderá sustentar sob pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça” – que, segundo o autor, “com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento”.³⁹

Enfim, são inúmeros os motivos pelos quais se vislumbra o não atendimento das demandas sociais e o cidadão acaba sendo deixado à margem da sociedade, pagando, inclusive, o duro preço da perda de sua dignidade como homem.

Nesse momento é que salta aos olhos a importância do papel do Poder Judiciário como contrapeso do Poder Executivo dentro do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, quando não atendidas as necessidades sociais dos cidadãos, desrespeitadas as leis que as asseguram, inclusive a Constituição Federal, que por si só já dispõe de normas com força coercitiva suficiente para serem judicializadas, pode, e deve, o cidadão recorrer ao Poder Judiciário.

No entanto, a configuração do Estado Democrático como Estado Social Democrático é, ainda hoje, fato controverso. O Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, ao verificar a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, afirma no voto proferido na ADPF nº 45:

Muitos autores e juízes não aceitaram, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 298.

Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do judiciário em caso de omissões inconstitucionais.⁴⁰

Em idêntico sentido pronunciou-se o Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 856.194/RS, em que se questionava a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de Ação Civil Pública em favor de menor gestante que, diante de ameaça de aborto, necessitou recorrer ao Judiciário para garantir sua internação e tratamento médico de urgência:

A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.⁴¹

Após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 tornou-se cada vez mais frequente a interferência do Poder Judiciário em questões que, primariamente, seriam da competência do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. A intenção de promover um equilíbrio entre os Poderes, essencialmente por meio da existência de medidas de controle sobre as atividades de um Poder sobre o outro é característica do Estado Democrático de Direito.

Contudo, nenhum excesso é bem visto.

⁴⁰ ADPF nº 45. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acesso em 08 de dezembro de 2010.

⁴¹ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO MÉDICO E ATENDIMENTO DE URGÊNCIA – MENOR GESTANTE – AMEAÇA DE ABORTO – RISCO À VIDA – DIREITO À SAÚDE: INDIVIDUAL E INTRANSPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET – ART. 127 DA CF/88 – PRECEDENTES. (Recurso Especial nº 856.194-RS (2006/126263-3), Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 22/09/2006)

Há que se ter em mente que a efetivação dos direitos sociais de prestação, entre eles o direito à saúde - muitas vezes garantido por meio do fornecimento de medicamentos aos cidadãos pelo Estado - consiste no fato de que as normas que definem estes direitos estão vinculadas às modificações econômicas, sociais e administrativas, sendo, portanto, necessária a adequação das necessidades sociais à capacidade material do Estado. Por se tratar de exigência positiva que demanda a utilização de recursos materiais, o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos depende da disponibilidade econômica e orçamentária do Estado.

A postura adotada pelo Poder Judiciário atualmente - que em princípio nada mais seria que o desempenho de suas funções quando provocado para o atendimento de uma demanda por meio do proferimento de uma decisão - tem causado bastante discussão, porquanto se considera que invada consideravelmente as esferas dos demais Poderes.

Um dos aspectos da assistência médica que mais tem sido alvo das ações judiciais é a assistência farmacêutica , ou seja, a garantia do acesso a medicamentos não disponíveis nos serviços públicos, em razão de preços abusivos praticados pelos fabricantes ou de falta de estoque, padronização do uso, registro no país e comprovação científica de eficácia.⁴²

As decisões judiciais proferidas no sentido de garantir os direitos individuais – especificamente o direito ao recebimento de medicamentos para tratamento e/ou controle de alguma doença - têm sido bastante amplas, não raro extrapolando o âmbito jurídico. No campo específico da política de saúde, a atuação do Judiciário tem se traduzido como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio do recurso a ações judiciais e por esta razão tem sido atribuída a noção de *judicialização*.

⁴² CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA , Rita Barradas .Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad.SaúdePública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1840.

2.1 O papel do trabalho e a distribuição de riquezas

A Constituição Federal, no artigo 193, determina que a ordem social será baseada no trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça sociais.

O primado do trabalho na ordem social se harmoniza com a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por fim assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (artigo 170, da CF). Desta forma significa que o trabalho está acima de qualquer outro fator econômico. As relações econômicas e sociais existentes no país, para gerarem o bem-estar haverão de propiciar trabalho aos cidadãos, que por sua vez gera renda que possibilita as condições de vida material. Mas não só, o trabalho gera ainda desenvolvimento espiritual e intelectual adequado a todos os cidadãos.⁴³

O trabalho, assim, não é apenas um dos direitos sociais assegurados no rol do artigo 6º, da Constituição Federal, mas também explicita um valor da ordem social. José Afonso da Silva assevera:

Ter como base o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar a justiça social, há de ser equanimamente distribuída.⁴⁴

Desta forma, pode-se afirmar que o trabalho dignifica o homem não apenas no aspecto laboral, de realização, mas essencialmente no aspecto de subsistência de si próprio e de sua família, independentemente de assistência do Estado. Por

43 Flademir Jerônimo Belinati MARTINS afirma que o 'povo' como destinatário das prestações civilizatórias do Estado (povo-destinatário) corresponde à totalidade dos que se encontram no território do estado, que, só por esta circunstância, são considerados seres humanos dotados de dignidade. O autor assevera ainda que a abertura constitucional remete à noção de inclusão: o Estado de Bem-estar social é concebido por meio do conceito de inclusão. *Dignidade da pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006, *passim*.

⁴⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 758.

outro lado também para o Estado é benéfico que os cidadãos tenham capacidade econômica própria para prover as suas necessidades. Embora seja dever do Estado a promoção do bem-estar social, não se pode olvidar que o desenvolvimento nacional depende do desenvolvimento de cada indivíduo em todas as suas potencialidades, inclusive a laboral e econômica.⁴⁵

A distribuição de riquezas, tão desejável, dependerá, contudo, de um sem número de circunstâncias e fatores do mercado – alheios na maioria das vezes aos Poderes do Estado. Assim, o bem-estar dos indivíduos depende de diversas condições, do atendimento de diferentes necessidades e anseios das pessoas. Em geral, se houvesse a equânime distribuição das riquezas, cada indivíduo poderia ir buscar por conta própria, e às suas expensas, tudo aquilo de que necessita para se satisfazer. Isso porque em regra “É no mercado que os indivíduos poderão alcançar o máximo de satisfação com as mercadorias produzidas (...) clara identificação de bem-estar com consumo.”⁴⁶

Assim ocorre hoje com a questão da saúde no Brasil, em que uma fatia considerável da população (26,3% segundo dados do IBGE)⁴⁷ possui algum tipo de plano de saúde. Esta fatia da população é a que possui níveis mais elevados de renda. Por outro lado, refletindo a realidade brasileira de desigualdade de distribuição de renda, ainda a maioria da população não possui acesso a este serviço, dependendo exclusivamente do serviço público de saúde.

Esta mesma população que possui plano de saúde, e que se encontra na parte mais elevada da pirâmide de distribuição de renda, em regra consegue – por ter renda suficiente – prover todos os medicamentos de que necessita para a

⁴⁵ CEDENHO, Antônio Carlos. *Diretrizes da Assistência Social*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 43.

⁴⁶ FALEIROS, Vicente de Paula. *Política social do estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1995, p.12 -18.

⁴⁷ IBGE. De 1998 a 2008, a parcela da população com plano de saúde passou de 24,5% para 26,3%. Na série harmonizada, o percentual de pessoas cobertas por pelo menos um plano de saúde cresceu entre 1998 (24,5%), 2003 (24,6%, ou 43,0 milhões de pessoas) e 2008 (26,3%, ou 49,1 milhões de pessoas). O aumento se deu principalmente na área rural: de 5,8% para 6,7% entre 1998 e 2008. Na área urbana, as taxas foram 29,2% e 29,7% nestes anos. No Sudeste (35,6%) e no Sul (30,0%) os percentuais eram quase três vezes maiores que no Norte (13,3%) e Nordeste (13,2%). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1580&, acesso em 01 de setembro de 2012.

realização de um tratamento médico, ou mesmo para a prevenção e controle de doenças (tais como os medicamentos utilizados por longos períodos, ou até mesmo por uma vida inteira). Exceção feita àqueles casos em que o tratamento medicamentoso seria muito dispendioso, além das possibilidades financeiras do paciente e da família (nos casos de tratamento para câncer p. ex.), nos quais se verifica que, mesmo pessoas de classes sociais mais elevadas, e poder aquisitivo maior, acionam a Justiça a fim de receber auxílio estatal, pois prover o remédio às suas expensas, nesses casos, significaria uma drástica redução dos recursos disponíveis da renda familiar.

O que se vê é que a realidade espelha a concentração das riquezas nas mãos de uma minoria. Essa concentração econômica e seus distúrbios alocativos se estabelecem como fenômeno decisivo da necessidade de intervenção estatal direta como forma de garantia dos mecanismos de reprodução das forças sociais. Para a grande parcela da população que não tem acesso aos meios privados de subsistência resta a única alternativa de se servir do serviço público de saúde.

Não obstante as discussões de ordem ideológica sobre a origem e arranjo das políticas sociais, as descontinuidades nos ciclos econômicos e a corrosão dos núcleos sociais de amparo ao indivíduo tornam cada vez mais complexas as necessidades básicas, as escolhas e respostas ao risco dos agentes sociais. Sobre a motivação econômica, K. G. Scherman defende: “a proteção social pública para os que não dispõem de meios de subsistência é crucial para o bem-estar das pessoas e das famílias e para o funcionamento da economia e da sociedade como um todo”.⁴⁸

Na contrapartida deste ideal de proteção e atendimento integral aos cidadãos coloca-se a realidade financeira e a possibilidade de execução do Estado.

A proteção dos valores e liberdades exigiu a organização e funcionamento do Estado Constitucional: instituição centrada na lei, na segurança jurídica, na autonomia da vontade, na separação dos Poderes – enfim no dogma constitucional

⁴⁸ Cf. Introdução da obra de Lawrence THOMPSON, *Mais velha e mais sábia: a economia dos sistemas previdenciários*. Trad. Celso Barroso Leite. Brasília: MPAS, 2000, p. 27.

daqueles “valores superiores do bem comum e da coisa pública”, conforme acredita Paulo Bonavides.⁴⁹

2.2 A atual realidade fática: falta de distribuição regular ou a ampliação judicial do rol de medicamentos?

O fornecimento de medicamentos por meio de ações judiciais tornou-se uma prática rotineira nos últimos anos em razão do Estado descumprir a entrega obrigatória de medicamentos aos cidadãos, mas também em clara tentativa dos pacientes assegurarem por meio do acesso ao Judiciário a concessão de medicamentos não previstos legalmente, ampliando, assim, de forma compelida, o rol de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado.

No Estado de São Paulo os números dessas demandas vêm aumentando consideravelmente:

No ano 2006, a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES-SP) gastou, com o cumprimento das decisões judiciais da comarca da capital, 65 milhões de Reais, para atender cerca de 3.600 pessoas. Em comparação, no mesmo ano, ela investiu 838 milhões de Reais no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (alto custo), atendendo 380 mil pessoas. Foram gastos aproximadamente 18 mil Reais por paciente com ações judiciais naquele ano, enquanto o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional consumiu 2,2 mil Reais por paciente.⁵⁰

Ao se analisar as ações judiciais para a obtenção de medicamentos constata-se que a maioria delas não decorre de negativas estabelecidas pelo SUS, mas de tentativas dos usuários de obter medicamentos não previstos na Política Nacional de Medicamentos, notando-se, com isto, que estas iniciativas não se relacionam diretamente aos princípios da universalidade e da integralidade, previstos constitucionalmente.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.40.

⁵⁰ CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad.SaúdePública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1839.

Como dito anteriormente, o SUS e a Política Nacional de Medicamentos garantem o acesso aos tratamentos, independentemente da complexidade da doença e a escolha dos medicamentos que integram o protocolo dos programas executados é feita com base nas doenças mais recorrentes e mais graves apresentadas pela população.

Justifica-se a propositura de ação judicial quando ocorre a falta de algum medicamento previsto, visto que, sendo direito constituído do cidadão, este não pode ser privado de tal direito porque, enfim, o direito à saúde é direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, como visto anteriormente, e que implica em si um direito ainda maior, que é o direito à vida.

Tendo em vista que a falta ou a interrupção da concessão de qualquer medicamento pode vir a ocasionar, não apenas a perda da saúde, mas da vida do cidadão, esta é uma situação que se justifica por si só: há o direito, o Estado o descumpre, é legítimo que o cidadão se sirva do Poder Judiciário para ver a satisfação de sua demanda.

Completamente diferente é a situação - que vem sendo percebida no cotidiano dos fóruns brasileiros - que se afigura quando o Judiciário é buscado para a concessão de um medicamento que não consta no rol dos programas de fornecimento gratuito, pois que, se acolhido o pedido e positiva a decisão judicial no sentido de determinar a concessão do medicamento, há ao Estado um custo que extrapola o seu orçamento, ou seja, há uma interferência direta do Judiciário na Administração Pública, e por esta razão diz-se desta ocorrência uma “judicialização”.

2.3 O Panorama jurisprudencial atual

Com base nos princípios da integralidade e universalidade do Sistema Único de Saúde, e no resguardo da vida, do atendimento à saúde e atenção à dignidade da pessoa humana, diversas são as decisões judiciais que se colhem favoráveis à concessão de medicamentos:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "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 pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores

a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI 553712 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-09 PP-01777 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 164-167)

Ação civil pública - Ministério Público como autor - legitimidade ativa incontestável - legitimidade passiva da Municipalidade e do Estado inquestionável - responsabilidade concorrente e solidária - fornecimento de cadeira de rodas e órtese para posicionamento de punhos e dedos da mão - controle judicial das políticas públicas de saúde - prevalência do disposto no artigo 196, da Constituição Federal - direito fundamental - recursos da FESP e da Municipalidade improvidos. (TJSP. Apelação com Revisão N°: 633.018.5/1-00. Relatos Des. Paulo Roberto Ferreira Sampaio. Dju 25/11/11)

SAÚDE. Medicamento. Impetrante portador de mal de Parkinson. Pretensão ao fornecimento do medicamento STALEVO, não padronizado para o tratamento da patologia . Medicamento cujos princípios ativos estão padronizados para fornecimento, em separado, pelo SUS. Inicial instruída com prescrição médica insuficiente para comprovar a necessidade da utilização do medicamento de marca e a ineficácia da utilização, em separado, dos princípios ativos . Sentença que concedeu a segurança . Recursos oficial, que se considera interposto, e voluntário providos para denegar a ordem . . (TJSP. Apelação com Revisão N°0014151-26.2010.8.26.0032. Relator Antoniocarlos Vilen)

Desta forma, conclui-se que os Tribunais, em sua grande maioria, têm se posicionado no sentido do atendimento das necessidades dos jurisdicionados de forma dinâmica, avaliando caso a caso, e mantendo sempre em vista as diretrizes constitucionais que determinam o atendimento dos direitos sociais fundamentais.

2.4 Estado Social e Estado Liberal: ponderações sobre a democracia

O Estado quando cumpre com as responsabilidades a ele estabelecidas pela Constituição corre o risco de ficar entumecido, inflado de obrigações, acabando por não cumprir bem o seu papel. Neste sentido cabe observar a passagem que se deu do Estado de Bem-Estar para o Estado Liberal, que justifica em grande número a postura atual do Estado Democrático Brasileiro.

Diversas foram as críticas dirigidas ao modelo do Estado do Bem-Estar Social em face do modelo da previdência social; desde aqueles que acreditavam no princípio do livre mercado e do Estado Mínimo, e defendiam ferrenhamente a livre concorrência e a adaptabilidade (aqueles que não se adaptassem ao mercado sucumbiriam), negando qualquer política social por parte do Estado (que tornaria os pobres dependentes e acomodados), passando pelos defensores do “capitalismo competitivo”, que de forma análoga afirmava que cada cidadão deveria financiar sua própria assistência, desonerando o Estado e a sociedade (seria o fim do déficit público), havendo ainda os preconizadores do retorno ao liberalismo, pois o socialismo e o *WelfareState* não teriam passado de modelos utópicos.⁵¹

Enquanto o Estado agigantava sua intervenção – agora já vista como um certo paternalismo – crescia o déficit público e manifestava-se a apatia política nos cidadãos. O Estado do Bem-Estar Social surgido das necessidades sociais não atendidas pelo Estado Liberal, agora enfrentava sua própria crise.

o Estado parece estar a perder o estatuto de unidade privilegiada de análise e de prática social. Esta perda relativa de protagonismo do Estado nos países centrais tem tido um papel determinante nas políticas sociais. Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, compartição nos custos, mercadorização, cidadania activa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objectivo comum de

⁵¹ A este respeito ver as teorias de Ludwig Heinrich Edler VON MISES (*Socialismo*, 1922; *Liberalismo – segundo a tradição clássica*, 1927; *Governo Onipotente*, 1944; *Burocracia*, 1944; *Ação Humana*, 1949; *Teoria e História*, 1957 e o póstumo *As seis lições*, 1979) informações disponíveis em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=33>), Friedrich Augusto VON HAYEK (*O Caminho da servidão*, 1944, disponível em: <http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=31>) e também Milton Friedman (*Capitalismo e Liberdade*, 1962).

reduzir a responsabilidade do Estado na produção de bem-estar-social.⁵²

Referida crítica ganha corpo quando se analisa a questão das diversas transições pelas quais passou o Estado, e se analisa mais de perto a relação entre liberalismo e democracia. Se no Estado Liberal democracia e liberalismo coincidiam em valores e em conteúdo, podendo-se até mesmo afirmar que a democracia nasceu do liberalismo, no estado neoliberal essa coincidência não mais subsiste, mas, pelo contrário, a democracia tal como se afigura derroca o liberalismo naqueles moldes.

Isto porque o Estado Liberal, sob ambos os aspectos – econômico e político – significava o Estado Mínimo,⁵³ combatia de uma só vez o paternalismo e o absolutismo, fazendo caminhar ao mesmo passo a emancipação da sociedade no que diz respeito ao poder político (a primazia do mercado sobre o Estado) e a

⁵²SANTOS, Boaventura Souza. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 155.

⁵³ Conforme Norberto BOBBIO: “*Respice finem*. Sob ambos os aspectos, econômico e político, o liberalismo é a doutrina do estado Mínimo: o Estado é um mal necessário, mas é um mal. Não se pode deixar de lado o Estado, e, portanto, nada de anarquia, mas a esfera a que se estende o poder político (que é o poder de colocar na cadeia as pessoas) deve ser reduzida aos termos mínimos. Contrariamente ao que se afirma habitualmente, a antítese do Estado liberal não é o estado absoluto, se por Estado absoluto se entender o estado em que o poder do soberano não é controlado por assembleias representativas, é um poder que vem de cima para baixo. A antítese do Estado absoluto é o Estado democrático, ou mais exatamente o Estado representativo, que através do progressivo alargamento dos direitos políticos até o sufrágio universal se transforma pouco a pouco em Estado democrático. A antítese do Estado liberal é o Estado paternalista que to ser ma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade. Esta antítese é muito clara nos primeiros clássicos do liberalismo, Locke, Kant, Humboldt e, naturalmente em Adam Smith. Tanto é verdade que nenhum dos propagadores do liberalismo pode ser arrolado entre os escritores democráticos, assim como vice-versa, o primeiro grande escritor democrático, Rousseau, não pode ser arrolado entre os escritores liberais. O estado que os primeiros liberais combatiam era o chamado *Wohlfartsstaat*, ou seja, o Estado de Bem-estar daquele tempo, conforme expressão alemã. Certo, o ‘bem-estar’ de que se ocupavam os príncipes reformadores era bem pouca coisa se comparado com o que é fornecido pelos Estados democráticos de hoje. Mas para os primeiros escritores liberais os termos da polêmica não são muito diversos dos termos postos pelos escritores liberais de hoje, segundo os quais o melhor bem-estar é aquele que os indivíduos conseguem encontrar por si mesmos, desde que sejam livres para buscar o próprio interesse. Já que pus em julgamento a filosofia da história, é o caso de pensar nos cursos e recursos. O Estado mínimo insurge-se contra o Estado paternalista dos príncipes reformadores; o Estado mínimo é hoje reproposto contra o Estado assistencial, do qual se deplora que reduza o livre cidadão a súdito protegido; numa palavra, é reproposto contra as novas formas de paternalismo.” *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986, p. 135-136.

instituição do Estado representativo (o parlamento contra a monarquia) – ambos avanços nitidamente entrelaçados com o surgimento e crescimento da democracia.

Norberto Bobbio de forma nítida explica a passagem deste Estado Liberal para o Estado assistencial, e explicita a latente incompatibilidade entre liberalismo e democracia neste novo cenário:

Quando os titulares dos direitos políticos eram apenas os proprietários, era natural que a maior solicitação dirigida ao poder político fosse a de proteger a liberdade da propriedade e dos contratos. A partir do momento em que os direitos políticos foram estendidos aos que nada têm e aos analfabetos, tornou-se igualmente natural que aos governantes, que acima de tudo se proclamavam e num certo sentido eram representantes do povo, passassem a ser solicitados empregos, medidas previdenciárias para os impossibilitados de trabalhar, escolas gratuitas e – por que não? – casas populares, tratamentos médicos, etc.

[...]

Interessa-me bem mais destacar que liberalismo e democracia – que ao menos desde há um século têm sido sempre considerados a segunda como o natural prosseguimento do primeiro – mostram não ser mais totalmente compatíveis, uma vez que a democracia foi levada às extremas consequências da democracia de massa, ou melhor, dos partidos de massa, cujo produto é o Estado assistencial.⁵⁴

Em oposição a este Estado do Bem-Estar Social em colapso, nasceu o Estado Neoliberal defendendo a liberdade de mercado, a restrição à intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis, mas também garantidor dos direitos sociais conquistados.

A proposta do Estado neoliberal era a da efetivação de um Estado forte em termos de governabilidade, isto é, de possibilidade efetiva de execução das políticas públicas, garantindo os direitos sociais dos cidadãos recém-conquistados e ao mesmo tempo um Estado mínimo, nos moldes do Estado liberal, sem grande intervenção do Estado no mercado.⁵⁵

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986, p. 136 e 139.

⁵⁵ Ainda conforme BOBBIO: “não se pode confundir a antítese do Estado mínimo/Estado máximo, que é o mais frequente objeto de debate, com a antítese Estado forte/Estado fraco. Trata-se de duas antíteses diversas, que não se superpõem necessariamente. A acusação que o neoliberalismo faz ao Estado de Bem-estar não é apenas a de ter violado o princípio

Diante de tal panorama, a judicialização da concessão de medicamentos merece críticas quando levada ao extremo.

Não obstante o importante papel do Poder Judiciário no atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, não se pode olvidar, conforme dito anteriormente, que a concessão por meio de ação judicial de um medicamento não incluído no rol dos programas de fornecimento gratuito pode representar a interferência direta do Poder Judiciário na Administração Pública.

do Estado mínimo, mas também a de ter dado vida a um Estado que não consegue mais cumprir a própria função, que é a de governar (o Estado fraco). O ideal do neoliberalismo torna-se então o do Estado simultaneamente mínimo e forte. De resto, que as duas antíteses não se superpõem é demonstrado pelo espetáculo de um Estado simultaneamente máximo e fraco que temos permanentemente sob os olhos.” O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986, p. 141.

3 DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS AOS CIDADÃOS

A Lei Federal n. 8.080/90, também conhecida como lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 6º, regulamenta o Sistema Público de Saúde - estabelecido constitucionalmente - atribuindo ao Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde-SUS:

I - a execução de ações:

[...]

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros;

Portanto, a Política Nacional de Medicamentos é parte essencial da Política Nacional de Saúde e constitui-se num dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde dos cidadãos.

Como visto, o Sistema Único de Saúde (SUS) previu o direito do cidadão à assistência farmacêutica, sendo esse direito regulamentado por meio da publicação da Política Nacional de Medicamentos (PNM),⁵⁶ que objetiva garantir o acesso da população aos medicamentos essenciais, a eficácia e a segurança no uso racional de medicamentos.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), cujas diretrizes se baseiam nas doutrinas do SUS e num conceito abrangente de assistência farmacêutica.⁵⁷

⁵⁶ A Política Nacional de Medicamentos tem como propósito "garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais". Conforme BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916_98.htm, acesso em 22 de setembro de 2012.

⁵⁷ A Política Nacional de Assistência Farmacêutica é parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e

Isto porque, é dever do Poder Público, por meio da implementação de políticas públicas, ofertar aos cidadãos os medicamentos mais seguros, eficazes, efetivos e de melhor custo-efetivo.⁵⁸

É indiscutível a importância dos serviços de saúde, que, ao lado de uma série de outros fatores, são de extrema importância para a qualidade de vida da população. O fornecimento de medicamentos faz parte do serviço de saúde, e é indispensável, na medida em que é necessário que o paciente dê continuidade ao tratamento de saúde mesmo após o atendimento no hospital ou no posto médico, sendo que em inúmeros casos a utilização de medicamentos é contínuo, como nos tratamentos de doenças crônicas.

Diversos são os fatores que influenciam a demanda de medicamentos na população, desde um aumento na taxa de envelhecimento da população, até mesmo a ocorrência de epidemias:

Acarretando um maior consumo e gerando um maior custo social, tem-se novamente o processo de envelhecimento populacional interferindo sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de medicamentos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda daqueles de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares, reumáticas e da diabetes. Frise-se o fato de que é bastante comum, ainda, pacientes sofrerem de todas essas doenças simultaneamente.⁵⁹

A Organização Mundial da Saúde (OMS) determina, entre suas recomendações, que cada país elabore um rol de medicamentos essenciais, sendo que o processo de adoção e revisão de uma lista de medicamentos essenciais deve seguir critérios que contemplem as necessidades terapêuticas de determinada

garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade. BRASIL. Ministério da Saúde. RESOLUÇÃO Nº 338, DE 06 DE MAIO DE 2004. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf, acesso em 22 de setembro de 2012.

⁵⁸MACEDO, Eloisa Israel ; LOPES, Luciane Cruz ; BARBERATTO FILHO , Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. In Rev Saúde Pública 2011;45(4):706-13, p. 707.

⁵⁹BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de Medicamentos 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001, p. 10. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf, acesso em 01/10/2012.

população, proporcionando a priorização de carências e também a ampliação do acesso.

É necessário esclarecer que a definição dos medicamentos essenciais não se relaciona com o seu custo financeiro - incluindo-se nestas listas também medicamentos de alto custo - mas sim relaciona-se com a incidência de doenças na população e com a indispensabilidade de tal medicamento no tratamento médico do paciente. A conceituação da OMS prevê como essenciais aqueles medicamentos de importância máxima, básicos e indispensáveis para atender às necessidades de saúde da população. Devem estar disponíveis permanentemente, nas formas apropriadas, a todos os segmentos da sociedade.⁶⁰

A seleção de medicamentos essenciais propicia a melhoria da qualidade da assistência, pois, ao estabelecer como critérios de seleção a eficácia e a segurança dos fármacos, busca limitar o uso de medicamentos de eficácia não comprovada, que apresentam maiores riscos do que benefícios na sua utilização ou a duplicidade de fármacos para a mesma indicação clínica.⁶¹

Cumpra esclarecer, ainda, que além da seleção dos medicamentos essenciais, o SUS possui outras listas de medicamentos, tais como os de dispensação excepcional, e os medicamentos para doenças específicas, como tuberculose, malária, diabetes e outras, de forma a atender diferentes demandas de saúde, conforme a localidade e a recorrência da doença naquela população.

⁶⁰ É oportuno assinalar que, com a implementação da Rename, estão criadas condições importantes rumo ao alcance do propósito da mencionada Política Nacional, na medida em que esta Relação, entre outros aspectos, configura-se um: instrumento básico para a elaboração das listas estaduais e municipais de medicamentos, segundo a situação epidemiológica respectiva; referencial nacional para a consolidação do uso do nome genérico dos medicamentos na rede de serviços do SUS, para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico; meio fundamental para a orientação da prescrição médica e do abastecimento de medicamentos no âmbito do SUS, constituindo-se, assim, mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais : RENAME - 2000/ Gerência de Assistência Farmacêutica. Brasília : Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, 2000, p. 10. Disponível em: <http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/rename1.pdf>, acesso em 01/10/2012.

⁶¹ PEPE, Vera Lúcia et al . Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 26(3):461-471, mar, 2010, p. 462.

No Brasil, esta relação de medicamentos – nomeada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)⁶² – tem sido atualizada periodicamente desde 2000, como recomendado pela OMS. A Relação Nacional de Medicamentos é atualizada a cada dois anos.

No ano de 2010, eram 550 medicamentos, já em 2012 a lista contava com 810 itens. A RENAME/2012 foi estabelecida por meio da Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012 do Ministério da Saúde.⁶³

A atualização, a incorporação, exclusão e alteração de medicamentos e insumos na RENAME são realizadas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, coordenada pelo Ministério da Saúde, com a participação de representantes da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), além da Fiocruz, entidades e associações médicas, comunidades científicas e hospitais de excelência.

No âmbito do Ministério da Saúde, a formulação de políticas desenvolve-se mediante a adoção de metodologia apropriada, baseada num processo que favoreça a construção de propostas de forma participativa, e não em um modelo único e acabado.⁶⁴

A ampliação da lista de medicamentos é feita a partir da análise da sua eficácia, efetividade e custo-benefício, e deve ser acompanhada de regras precisas quanto à indicação e forma de uso. Para que o paciente tenha o acesso gratuito aos medicamentos listados, é necessário que ele apresente a receita médica nas

⁶² O Brasil elabora listas de medicamentos considerados essenciais desde 1964. Em 2005, o Ministério da Saúde instituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME (Comare). Participam da revisão 20 membros, entre representantes de universidades brasileiras, entidades civis e científicas, além das três instâncias gestoras do SUS. Todos os membros firmaram Termo de Declaração de Interesses, nos moldes exigidos internacionalmente. O termo delimita o tipo de vínculo que o membro da Comare possa vir a ter com um trabalho financiado por empresa privada. Além disso, o participante da Comare, ao iniciar cada reunião deve declarar inexistência de conflito para as votações que serão realizadas naquele encontro. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela=1, acesso em 01 de outubro de 2012.

⁶³ RENAME/2012 disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf, acesso em 01/10/2012.

⁶⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de Medicamentos 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001, p. 10. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf, acesso em 01/10/2012.

unidades do Sistema Único de Saúde. Os municípios e estados têm autonomia para disponibilizar esses medicamentos conforme a demanda da população local.

Cada município elabora a própria lista de medicamentos, que deve ter como base a lista publicada pelo Ministério da Saúde, a RENAME.⁶⁵ Por sua vez, a aquisição dos medicamentos é de responsabilidade compartilhada entre estados e município, bem como a definição dos locais de concessão dos medicamentos e os documentos que devem ser apresentados pelos usuários.⁶⁶

Em relação ao custeio dessa política pública, o Ministério da Saúde repassa às Secretarias de Saúde dos Estados, o valor de R\$ 5,1 *per capita* habitante/ano. A esse valor soma-se uma contrapartida financeira dos estados e municípios – cada um deles repassa R\$ 1,86 *per capita* habitante/ano (totalizando-se, assim, R\$ 8,82 *per capita* habitante/ano).⁶⁷

O reconhecimento da saúde como um direito do cidadão brasileiro repercute na esfera prática de duas maneiras: implica responsabilidade ética e legal do Poder Público em formular e implementar ações que assegurem o acesso da população aos serviços de atenção à saúde e, num segundo momento implica na possibilidade do cidadão reivindicar judicialmente, de forma individual ou coletiva, o cumprimento desta obrigação estatal.

Quando o Estado deixa de cumprir obrigação a ele imposta ocasionando, ou podendo vir a ocasionar lesão, pode o cidadão servir-se da Justiça para buscar este

⁶⁵ É oportuno assinalar que, com a implementação da RENAME, estão criadas condições importantes rumo ao alcance do propósito da mencionada Política Nacional, na medida em que esta Relação, entre outros aspectos, configura-se um: instrumento básico para a elaboração das listas estaduais e municipais de medicamentos, segundo a situação epidemiológica respectiva; referencial nacional para a consolidação do uso do nome genérico dos medicamentos na rede de serviços do SUS, para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico; meio fundamental para a orientação da prescrição médica e do abastecimento de medicamentos no âmbito do SUS, constituindo-se, assim, mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais : RENAME - 2000/ Gerência de Assistência Farmacêutica. Brasília : Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, 2000, p. 5. Disponível em: <http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/renome1.pdf>, acesso em 01/10/2012.

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de Medicamentos 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001, p. 10. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf, acesso em 01/10/2012.

⁶⁷ Idem.

seu direito – a Constituição Federal garante o acesso ao Judiciário a todos os cidadãos.⁶⁸ É neste aspecto do reconhecimento da saúde como um direito do cidadão brasileiro que se concentrará a análise a seguir.

3.1 O papel precípua de cada um dos Poderes: Executivo e Judiciário

O Poder Judiciário, integrante do sistema de contrabalanceamento dos Poderes dentro do Estado Democrático de Direito, é igualmente responsável pelas questões sociais. E destaca-se a sua função à proteção dos direitos sociais por ser a via pela qual o cidadão necessitado se faz ouvir por parte do Estado no reclame de suas demandas.

O antigo Estado liberal – assentado na suposta “separação” entre Estado e sociedade e vinculado às noções de imunidade do juiz, monopólio parlamentar da produção do direito e numa atitude de não interferência do Judiciário na vida privada do indivíduo (...) – transforma-se, no século XX, em Estado que interfere em amplos domínios da sociedade e se expõe às pressões decorrentes da organização dessa própria sociedade, tornando as duas partes interpenetradas (...). Da separação caminha-se para a cooperação entre Estado e sociedade com evidentes consequências para a redefinição da tripartição de poderes e da função do Judiciário.⁶⁹

O Poder Judiciário pode e deve atuar – sempre que provocado – quando, por algum motivo, os cidadãos não tenham acesso aos serviços públicos que lhes garantam o atendimento dos direitos sociais, quando não estejam recebendo os benefícios a que têm direito, enfim, em toda e qualquer situação configuradora do alijamento de seus direitos sociais, pois é direito do cidadão e dever do Estado a assistência social.

⁶⁸ Na redação do Inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 02 de setembro de 2012.

⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.38-39.

Desta forma, é fato que o Poder Judiciário deve atuar na preservação da supremacia da Constituição, especialmente quando os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros se mostrarem incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos fundamentais, sem que essa atuação se caracterize como ofensa à separação dos poderes.

A composição da Carta de 1988, formada por princípios e regras, exige postura diferenciada do juiz, cuja atuação é também responsável por conferir densidade aos princípios e aos dispositivos que abrigam os direitos fundamentais.

A determinação da concessão de medicamentos por parte do Poder Judiciário não caracteriza, por si só a usurpação de competência do Executivo, haja vista a Constituição ter estabelecido de forma prioritária os mecanismos de arrecadação e custeio de atividades essenciais, bem como ter assegurado o direito à vida e à saúde na carta Constitucional.

A observação do cotidiano revela que as práticas de desrespeito a direitos básicos, quer perpetradas por organismos estatais, quer por agentes privados, infelizmente, não são raras. Por outro lado, ainda é pequena a conscientização da população sobre seus direitos, bem como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios.⁷⁰

Os direitos podem vir a ser “letra morta” na falta de instâncias que garantam o seu cumprimento, sendo que o Judiciário desempenha um papel importantíssimo, pois, a ele cabe aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos.

Nesse diapasão, o Judiciário é o principal guardião das liberdades e da cidadania, como bem afirma Maria Tereza Sadek,⁷¹ pois que no exercício de suas funções, o Judiciário, segundo prescreve a Constituição Brasileira, tem duas facetas: uma, o poder de Estado; outra, a de prestador de serviços. Em ambos os casos o papel principal é o de distribuidor de justiça.

Rudolf Von Ihering afirma que “a essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o

⁷⁰ Cf. SADEK, Maria Tereza. “Introdução: experiências de acesso à justiça” in SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 7.

⁷¹ Idem.

senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada",⁷² assertiva que de forma concisa explicita a importância do Poder Judiciário, da garantia do acesso dos cidadãos a este instrumento, e que, em instância última, representa o Estado democrático de Direito.

A ação, sendo o canal de acesso ao Poder Judiciário é uma das mais legítimas e seguras formas de se garantir a ordem jurídica vigente, confirmando seus acertos e corrigindo seus equívocos.

O direito de agir, concebido como pura e simples faculdade de acesso ao tribunal, não fará parte desse mínimo de poderes jurídicos inerentes à própria condição humana e que todas as Constituições enumeram em suas já clássicas disposições sobre direitos e garantias?⁷³

Marcus Orione Gonçalves Correia assevera acerca da ação que "[...] mais do que um direito público subjetivo, deve-se entender a ação como um poder constitucionalmente conferido aos cidadãos". E prossegue o autor afirmando: "Por outro lado o poder de ação coloca o Estado em uma situação de dever, o dever de prestar a jurisdição, bem como de fazê-lo de forma mais eficiente para o exercício da cidadania".⁷⁴

A relevância do amplo e irrestrito acesso ao Judiciário é também apontado por José Afonso da Silva, ao tratar do princípio da proteção judiciária, chamado, ainda, de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos.⁷⁵

Desta forma, entende-se como legítima toda a demanda proposta pelos cidadãos em face do Estado a fim de verem cumpridas as obrigações de entrega dos medicamentos que estejam previstos na RENAME, considerados pelo próprio Ministério da Saúde como os medicamentos essenciais ao tratamento médico.

⁷² *A Luta pelo direito. São Paulo: RT, 1998 p. 84.*

⁷³ COUTURE, Eduardo. J. *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas: Red Livros, 1999. p. 47.

⁷⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTR, 2002, p. 52.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 410.

Primeiro porque, uma vez prevista a sua concessão por meio da inclusão na lista de medicamentos essenciais, passam a fazer parte dos programas que são, em síntese, o desenvolvimento de políticas públicas e, com maior razão, porque, enquanto políticas públicas instituídas, visam assegurar o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

Compreende-se que a falta de medicamentos previstos nos programas de saúde infringe diretamente a Constituição Federal na medida em que desrespeita direitos precípuos como o direito à vida e à saúde e, assim, passíveis de judicialização.

Contudo esta judicialização não deve ser irrestrita.

Quando se ajuíza uma ação a fim da obtenção de medicamento diverso da lista (que é anualmente atualizada conforme as necessidades constatadas), se está flagrantemente desrespeitando a equidade, uma vez que o acolhimento dessas demandas, no mais das vezes, significa o estabelecimento de privilégios para aqueles indivíduos com poder aquisitivo para contratar um advogado e acionar o Estado.

A igualdade de condições, preconizada para a assistência, deveria impedir a existência de privilégios ou preconceitos de qualquer espécie nos serviços de saúde. No entanto, muitas ordens judiciais ferem este conceito por garantir a poucos indivíduos determinados serviços que não são oferecidos pelo SUS, beneficiando-os. Tais decisões interferem de forma negativa na organização do SUS.⁷⁶

Surge, desta forma, um grande problema no que diz respeito à questão orçamentária, já que a determinação de concessão de medicamentos alheios à lista implica em custos – não planejados – pelo Poder Público. Ainda há o fato de que muitas das decisões judiciais infringem ou distorcem princípios do SUS, sobretudo o da equidade.

Por esta razão a judicialização da concessão de medicamentos merece críticas quando levada ao extremo. Como não há o mesmo aparato técnico ao juiz que ocorre aos técnicos do Sistema Único de Saúde quando da elaboração da lista

⁷⁶ CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad.SaúdePública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1842.

de medicamentos, e, por tal razão, a análise acaba sendo quase que exclusivamente de direito, a decisão, muitas vezes, acaba por extrapolar aquilo que seria, por meio da técnica, decidido de forma diferente:

Ao se fornecerem medicamentos por ordem judicial, não se avalia se aquele tratamento é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado, se pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS e , ainda, se está sendo infringida alguma lei ou princípio fundamental do sistema de saúde. Apenas se cumpre a ordem determinada pelo juiz.⁷⁷

Diante da situação apontada , o Supremo Tribunal Federal constatou a necessidade de redimensionar a chamada judicialização , tendo em vista que a intervenção judicial não ocorre apenas por omissão de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas também em razão da não observação das políticas estabelecidas, como se verá adiante.

3.2 Críticas à excessiva judicialização para a concessão de medicamentos

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao proferir o voto como Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, bem pontua esta condição do Poder Judiciário ao esclarecer qual deve ser o papel daquela Corte quando encontrar-se diante de omissão dos outros Poderes:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 ”, p. 207, item n. 05, 1987, Almeida Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos poderes Legislativo e Executivo.

⁷⁷ MACEDO, Eloisa Israel ; LOPES, Luciane Cruz ; BARBERATTO FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial . In Rev Saúde Pública 2011;45(4):706-13, p. 708.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.⁷⁸

Muitas vezes as ações judiciais para a obtenção de medicamentos não se relacionam diretamente aos princípios da universalidade e ao princípio da integralidade, uma vez que não decorrem de restrições e tampouco de exclusões estabelecidas pelo SUS.

Uma vez garantido o acesso ao tratamento, seja ele qual for e a complexidade do problema apresentado, quando há o descumprimento do programa e a interrupção, ou negativa, de concessão de medicamento previsto pelo próprio Executivo, é incontestado o direito do cidadão de se servir do Judiciário para ver seu direito atendido.

Contudo, o que se vê, é que um número significativo das ações ajuizadas contra o Estado demanda exclusivamente o acesso a produtos não previstos nos protocolos e programas executados pelo SUS. E, desse modo, o acolhimento dessas demandas, no mais das vezes, significa o estabelecimento de privilégios para aqueles indivíduos com poder aquisitivo para contratar um advogado e acionar o Estado, desrespeitando frontalmente a equidade.

Muitas ordens judiciais ferem o princípio da igualdade por garantir a poucos indivíduos determinados serviços que não são oferecidos pelo SUS, beneficiando-os de forma diferente da regra pré-estabelecida. Tais decisões interferem de forma negativa na organização do SUS, na programação financeira de Estados e Municípios.

Durante muito tempo esta foi a regra: o cidadão necessitando de determinado medicamento – não contemplado na RENAME ou mesmo nas listas locais dos

⁷⁸ ADPF nº 45. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acesso em 08 de dezembro de 2010. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto principal discutir a dimensão política da jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, observando a inoponibilidade do Arbítrio estatal à efetivação dos Direitos Sociais, econômicos e culturais, e discute o “mínimo existencial”.

Estados e Municípios – ingressava na Justiça requerendo este fornecimento gratuito por parte do Estado, e os magistrados, com base tão somente na dignidade da pessoa humana, no direito à vida e no direito à saúde, concediam a tutela.

Careciam as decisões judiciais de uma análise mais ampla, que contemplasse além da análise técnica (médica), também de uma análise de cunho mais abrangente dos aspectos político e financeiro.

Outra questão que também precisa ser pontuada é a falta de conhecimento técnico dos juízes para tomarem decisões referentes aos direitos sociais ¹. Apesar de o Judiciário solicitar informações relevantes em relação às demandas judiciais antes de dar um veredicto, caso elas não estejam no processo, o problema é de que forma elas chegam e são interpretadas. ⁷⁹

Olhava-se exclusivamente para o indivíduo ao se acatar a demanda e conceder judicialmente o medicamento, pouco importando os reflexos desta concessão – e de outras milhares de decisões judiciais semelhantes – no orçamento e na dinâmica dos programas de dispensação de medicamentos já existentes.

Na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 91 AL – Alagoas, em que o Estado de Alagoas requereu a suspensão da execução da tutela antecipada concedida em uma Ação Civil Pública, que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, a Relatora, Ministra Ellen Gracie, pela primeira vez (o voto é de 05 de março de 2007) enfocou o assunto de maneira diferente:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e

⁷⁹ CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade . In Cad .SaúdePública, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1840.

igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente.⁸⁰

Fica claro que há interferência do Poder Judiciário na esfera executiva das políticas públicas de saúde, e que essa interferência – quando exacerbada – rompe com os princípios básicos do SUS, e com o próprio princípio de equidade emanado na Constituição Federal, especialmente no acesso a bens e serviços.

⁸⁰ (STA 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2891%2ENUMER%2E+OU+91%2EDMS%2E%29%28%28ELLEN+GRACIE%29%2ENORL%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2ENPRO%2E+OU+%28ELLEN+GRACIE%29%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>, acesso em 25 de outubro de 2012.

3.2.1 A reserva do possível: limitação à atuação do Judiciário

As políticas públicas para efetivação dos direitos sociais implicam em gasto de recursos públicos, que por sua vez, necessitam de planejamento e previsão.

Esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.⁸¹

A “reserva do possível” tem sido objeto de estudos na doutrina brasileira há algum tempo, em razão da existência do embate entre os direitos individuais e as limitações estatais.

Há autores que apontam a existência de uma dimensão tríplice da reserva do possível, a saber; (i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido.⁸²

Esses autores defendem que a reserva do possível não significa óbice ou impedimento ao Poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, mas chama a atenção para o fato de que deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos.⁸³

⁸¹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV* 8. São Paulo 4[2] Jul-Dez, 2008, p. 540.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 30.

⁸³ Idem, p. 36.

Na prática, o que se observa é que o aumento progressivo de arrecadação tornou o Estado um agente acumulador de recursos. A contribuição realizada por todos os cidadãos garante a execução dos programas, não apenas dos segurados contribuintes, mas de forma destacada, daqueles que sequer podem contribuir e, por esta razão, necessitam em maior grau da assistência do Estado.

No entanto, do ponto de vista de alguns, a arrecadação para o custeio da seguridade social merece crítica por ter sido posta nos textos infraconstitucionais por meios normativos inadequados:

Muitas das vezes, a voracidade do Estado nesta questão fez-se conceber fontes novas de custeio da seguridade social – para financiamento, em tese, da saúde, da assistência e da previdência sociais – por meio de medidas provisórias ou leis ordinárias, quando o instrumento normativo previsto na Constituição de 1988 era a lei complementar.⁸⁴

No campo específico da dispensação de medicamentos, a judicialização tem sido encarada como a garantia de acesso por intermédio do recurso a ações judiciais, indiscriminadamente. Por outro lado, os autores que estudam o tema assinalam para o fato do aumento exponencial das ações e a impossibilidade de previsão orçamentária dos gastos por elas acarretados. Os gestores do sistema de saúde, nos âmbitos municipal, estadual e federal, tentam resolver de diversas maneiras os impasses criados.⁸⁵

De maneira geral, os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS 11,12. Essas ações têm consequências orçamentárias importantes, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde. Conseqüentemente, as demandas judiciais prejudicam essas políticas, impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos 13, além de interferir no planejamento das ações de saúde.⁸⁶

⁸⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTR, 2002. p. 18.

⁸⁵ CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad.SaúdePública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009, p. 1840.

⁸⁶ MACEDO, Eloisa Israel; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATTO FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. In *Rev SaúdePública* 2011;45(4):706-13, p. 1830-1840.

Conforme já mencionado, quando ocorre o fornecimento de medicamentos por ordem judicial, não é avaliado se aquele tratamento realmente é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado, se pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS, se o paciente tem condições financeiras de pagar o tratamento ou, até mesmo, o advogado e, ainda, se não estão sendo infringidos alguma lei ou algum princípio fundamental do sistema de saúde. Apenas se cumpre a ordem determinada pelo juiz.

As ações judiciais podem ser um canal legítimo de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, tendo em consideração que o Estado pode falhar e deixar de implementar de maneira adequada as políticas públicas. Contudo, o que se percebe é que a maioria dos medicamentos solicitados nessas demandas não pertence aos programas de medicamentos preconizados pelo SUS, isto é, que não são padronizados pelos protocolos do sistema público de saúde, e assim, o acolhimento dessas demandas pelo Judiciário significa ignorar o que a política de assistência farmacêutica normatizou.

Considera-se que o processo judicial é um espaço limitado para a resolução das questões a respeito dos direitos sociais, que são complexas e atingem a coletividade e não apenas um indivíduo, como a maioria das demandas judiciais.

Além do que, tais processo forçam o deslocamento de recursos públicos das políticas de saúde para o atendimento das demandas individualizadas. Por meio delas chega-se a uma solução individualizada de uma questão coletiva, o que não é desejável em um Estado Democrático de Direito, pois, desta forma, afasta-se, mitiga-se, a igualdade.

3.2.2 A discricionariedade do Administrador e as Políticas Públicas

O direito à saúde é um direito social. De acordo com a Constituição Federal, a concretização de tais direitos depende da elaboração e implementação das políticas

públicas de saúde. Por isso as políticas de saúde devem ser implantadas em escala coletiva, a fim de atender a esses preceitos legais.

O princípio da tripartição dos Poderes e a discricionariedade administrativa podem representar barreiras ao acesso a assistência social, que devem ser superadas por meio da atuação do Judiciário. Isto se deve ao fato de que a separação dos Poderes não é fim em si mesmo, tendo como razão de ser, justamente, a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Um aspecto relevante a ser destacado são os limites da jurisdição perante os outros Poderes de Estado na tarefa de efetivação dos chamados direitos sociais prestacionais, assunto em íntima conexão com o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

De um lado, há opiniões, doutrinária e jurisprudencial, respeitáveis recusando a possibilidade de controle judicial das políticas públicas estatais, pois os juízes não podem se transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de ação.⁸⁷

De outro lado, há aqueles que creem que os direitos consagrados na constituição não podem se resumir em mera retórica, e, neste sentido, legitima-se a atuação do Poder Judiciário,⁸⁸ pois é de sua competência, isto é, é dever que lhe

⁸⁷ Nesta vertente, menciona-se José Joaquim Gomes Canotilho, Fabiano Holz Bezerra, Marcos Mazelli Gouvea, dentre outros. “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.” BARROSO, Luiz Roberto, Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in *Revista Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, V.11, n. 15, p.13-38, novembro, 2008, p. 30.

⁸⁸ Neste sentido, posiciona-se o Supremo Tribunal Federal que, por meio de inúmeros acórdãos, firmou este posicionamento. Como exemplo cita-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou

cumprir, julgar as causas as quais lhes sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição Federal e em normas legais.

A propósito, cabe considerar a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Procuradora Regional da República, sobre a limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais: Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.⁸⁹

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência da implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, em razão disto já ter sido determinado pelo constituinte e pelo legislador, quando da elaboração das normas de integração.

As dúvidas atinentes à margem de discricionariedade devem ser solucionadas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se este não contraria sua finalidade constitucional, ou seja, a concretização da ordem social constitucional.

Assim, com base nas doutrinas, diretrizes e em suas políticas públicas relacionadas com a assistência farmacêutica, o SUS, em seus vinte anos de existência, vem se organizando para fornecer medicamentos essenciais à

negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.”(grifo nosso). Mas não apenas o STF posiciona-se assim, mas também o Superior Tribunal de Justiça já firmou este posicionamento. Ilustrativamente traz-se à baila o voto do Ministro Humberto Martins no Recurso Especial n. 856.194/RS: “a determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.” Não bastando o posicionamento dos Tribunais Superiores pode-se mencionar ainda como adeptos desta corrente Vidal Serrano Nunes Júnior, José Afonso da Silva, Luiz Alberto Davi Araújo, dentre uma extensa gama de constitucionalistas pátrios.

⁸⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas - A Responsabilidade dos Administrados e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59, 95 e 97.

população. A padronização e descentralização da compra tornam mais ágeis e racionais a aquisição e dispensação dos medicamentos à população. Cada instância de governo tem suas competências e atribuições no gerenciamento, na operacionalização e no financiamento dos programas de fornecimentos de medicamentos.

Por conseguinte, os serviços públicos de saúde precisam conhecer as necessidades dos diferentes grupos da população e trabalhar para satisfazê-las, oferecendo mais a quem mais precisa, contribuindo para a diminuição das desigualdades existentes, daí a importância da discricionariedade do administrador no tocante às políticas públicas voltadas à saúde.

3.2.3 Limitações do Estado Social

É necessário advertir para o fato de que não deve pretender o Estado avocar para si – porque não teria condições de arcar – a responsabilidade única de atender a todas as demandas dos cidadãos, seja por meio do Executivo propondo políticas públicas de atendimento, seja por meio do Judiciário, acatando todo e qualquer pedido das ações propostas.

Caso o Estado se propusesse a atender integralmente a todas as demandas de todos os cidadãos, isso resultaria numa situação de mendicância generalizada, e poderia vir a ser utilizado como manobra política de controle das massas. Inocêncio Mártires Coelho assevera a respeito:

Numa outra vertente, a da instrumentalização política das necessidades sociais, embora raciocinando no contexto do Estado Social em geral, juristas do porte de Ernst Forsthoff advertem que, se nos dias atuais, o homem vive não apenas no Estado, mas também do Estado, nas sociedades em que essa dependência se torna absoluta, onde o indivíduo recebe praticamente tudo das mãos do Estado, não é difícil fazer uso político dessa situação de domínio e pavimentar para os necessitados um caminho de servidão. Afinal de contas, é grande a tentação totalitária onde os governos ajudam, fomentam e distribuem a riqueza, porque o indivíduo que vive em situação de dependência absoluta em relação ao Estado não está em condições de opor-lhe qualquer resistência. Em suma, nestes

Estados totais, é mais sensato viver em harmonia com os donos do poder, até porque – essa é a realidade –, para quem precisa de tudo, o estômago é o senhor de todas as decisões, se ainda se pode falar de decisões com relação àqueles que não podem nada.⁹⁰

Por outro lado, é dever do Estado criar condições favoráveis para que todos os cidadãos se desenvolvam livremente, e sejam capazes de prover – por meio do trabalho – o seu sustento e de sua família, atendendo assim às suas necessidades, dando assistência integral a uma pequena minoria que, por algum motivo, não tem condição de se desenvolver e obter o sustento próprio.

3.3 A razoabilidade como solução possível

Conforme visto, na Constituição Federal brasileira o Estado é responsável pelo asseguramento e manutenção dos direitos individuais.

O Estado Constitucional responde à necessidade de compatibilização entre ordem e liberdade.

Se o indivíduo não pode ser relegado à marginalidade irracional da anarquia total, se o indivíduo não pode ser oprimido pela exploração e pela opressão das classes mais privilegiadas, se o Estado não pode simplesmente tragar toda a liberdade dos indivíduos sem conceder-lhes vantagens ou direitos, então deve haver uma solução medianeira a ser levada a efeito pelo Estado – ideal pós-kantiano de um Estado guiado pela idéia do imperativo categórico, ou pela idéia de Direito.⁹¹

O equilíbrio entre os três Poderes não só é desejável, mas também é o esperado num Estado Democrático de Direito. O respeito às funções, atribuições e organização de cada um dos Poderes pelos demais é necessário para que este equilíbrio seja mantido, bem como o sopesamento dos direitos individuais e das limitações do Estado, sejam elas de caráter financeiro ou prático.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1420.

⁹¹ BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p.320.

Em regra, o litígio tende a se focar no caso individual, desconsiderando o cenário em que ele se insere, desconsiderando também os interesses coletivos que, indubitavelmente, serão afetados pela decisão judicial.

Neste esteio, uma compreensão elaborada da questão por parte do Judiciário, representado na figura do Juiz que recebe e decide sobre a demanda do cidadão que necessita de medicamentos, bem como o olhar voltado ao princípio da razoabilidade, são altamente desejáveis, a fim de que não se perpetue uma judicialização excessiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Garantir dignidade a todo cidadão é dever da sociedade e dever primordial do Estado. Dever este que será cumprido quando ao cidadão - além de garantida sua liberdade e capacidade de autodeterminação como ser humano – for garantido o acesso aos direitos sociais, dentre eles, o direito à vida, primordialmente, e à saúde.

A existência digna não diz respeito somente à sobrevivência física e à manutenção do corpo, isto é, o simples asseguramento do direito à vida e à saúde físicas, mas significa, basicamente, a atenção com as dimensões espiritual e intelectual do ser humano como ser complexo que é, sem o que não se viabiliza o seu desenvolvimento, tampouco a sua participação na própria sociedade.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, é diretriz de todo o ordenamento, pois elevada à condição de valor jurídico fundamental da sociedade pela Constituição Federal de 1988, é o motor do aperfeiçoamento de toda a ordem jurídica, especialmente no âmbito da interpretação e aplicação dos direitos humanos fundamentais, vinculando, portanto, todos os Poderes.

Não mais se aceita a existência de normas meramente programáticas na atualidade. O constitucionalismo moderno potencializa a força normativa da Constituição, garantindo-lhe qualidade de norma jurídica fundamental, vinculando tanto o Poder Público quanto os particulares aos valores nela consubstanciados – dentre os quais a dignidade – que deve ser conformadora da ação estatal e social.

Por esta razão, a simples previsão constitucional dos direitos não é suficiente para produzir a desejável justiça social. A implantação satisfatória desses direitos depende do esforço conjunto dos Poderes Públicos, que devem agir com seriedade, comprometimento e razoabilidade em sua atuação.

O direito à vida e à saúde, enquanto direitos fundamentais consignados na Constituição Federal, constituem, em última análise, a validade do ordenamento jurídico, e a respectiva concretização dos mesmos deve ser sopesada com a discricionariedade dos administradores e a reserva do possível. Embora haja a

determinação constitucional de seu cumprimento, não se pode olvidar que o Estado possui suas limitações.

Compreendendo este fato, a judicialização da concessão de medicamentos merece críticas quando levada ao extremo.

Não obstante o preponderante papel exercido pelo Poder Judiciário no atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, não se pode olvidar que a concessão por meio de ação judicial de um medicamento não incluído no rol dos programas de fornecimento gratuito pode representar a interferência direta do Poder Judiciário na Administração Pública, e há que se analisar até que ponto esta judicialização representa mais benefícios que prejuízos ao Estado Democrático de Direito.

A crítica dirige-se não aos casos de concessão de medicamentos previstos no rol dos programas implantados pelo SUS, e inscritos na RENAME, mas essencialmente à concessão de medicamentos estranhos a este rol, a pretexto de uma suposta necessidade do cidadão, de um melhor (e questionável) resultado do tratamento médico com tal ou qual medicamento, dentre outras razões apresentadas pelos demandantes.

A concessão de medicamentos feita desta forma é passível de críticas por significar desrespeito à Política Nacional de Medicamentos e também porque desconsidera todo o trabalho técnico realizado pelas equipes do SUS quando da elaboração da lista de medicamentos integrantes do programa, que, como se viu, obedece a critérios técnicos e avaliações concernentes à saúde da população.

Justifica-se a crítica, ainda, por desrespeitar frontalmente o princípio da igualdade, da equidade, pois que, a despeito das intenções de arbitragem de problemas sociais e de defesa dos interesses dos indivíduos diante do poder do Estado, a interferência do Judiciário acaba por atender aos indivíduos que por sua inclusão social já se encontram em posição privilegiada, reforçando ainda mais as desigualdades sociais no campo da saúde.

Por fim, a análise dos processos referentes à dispensação de medicamentos mediante demandas judiciais evidencia os efeitos que essas decisões têm sobre a formulação e a execução da política de saúde, e desta análise pode-se concluir que o excesso de judicialização pode ser nocivo ao Sistema de Saúde, porquanto,

desconsiderada a reserva do possível. O Estado – condenado à prestação de medicamentos compulsória por meio da decisão judicial – vulnera-se econômica e financeiramente, podendo vir a comprometer inclusive a possibilidade de prestação dos serviços de saúde e fornecimento de medicamentos regular aos demais cidadãos.

A interpretação dos direitos sociais apenas na dimensão individual, desconsiderando a dimensão coletiva, não permite enfrentar o problema em toda a sua complexidade, o que resulta em medidas que, no lugar de promoverem a justiça social, acabam prolongando indefinidamente a imensa dívida social do Estado com a parcela mais carente da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Senado Federal. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm, acesso em 01/12/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/3916_98.htm, acesso em 22 de setembro de 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de Medicamentos 2001. Brasília: Ministério da saúde, 2001, p. 10. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf, acesso em 01/10/2012.

BRASIL. RENAME/2012 disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf, acesso em 01/10/2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010, s/p. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14609>>. Acesso em: 21 set. 2012.

CEDENHO, Antônio Carlos. *Diretrizes da Assistência Social*. São Paulo: Verbatim, 2012.

CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. In *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago, 2009.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTR, 2002.

COUTURE, Eduardo. J. *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

CUVELLO, Esther Barbosa de Oliveira. *Os Direitos Sociais e os Limites ao Poder de Reforma da Constituição*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FALEIROS, Vicente de Paula. *Política social do estado capitalista*. São Paulo: Cortez, 1995.

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

LENZA Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Eloisa Israel; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATTO FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. In *Rev Saúde Pública* 2011;45(4):706-13.

MATTOS, R. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. (Orgs.) *Os Sentidos da Integralidade na Atenção e no Cuidado em Saúde*. Rio de Janeiro: Cepesc/IMS/Uerj/Abrasco, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

MOREIRA, Vital e CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Editora Coimbra, 200.

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

PEPE, Vera Lúcia et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 26(3):461-471, mar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi: 1971.

SADEK, Maria Tereza. “Introdução: experiências de acesso à justiça” in SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura Souza. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VON IHERING Rudolf. *A Luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1998.

WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV* 8. São Paulo 4[2] Jul-Dez, 2008.