



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:  
ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO  
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS AO  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

**DENISE ALMEIDA ALBUQUERQUE DE ASSIS**

**FORTALEZA  
2013**

DENISE ALMEIDA ALBUQUERQUE DE ASSIS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO  
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS AO  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à  
Coordenação do Curso de Mestrado em  
Direito da Universidade Federal do Ceará  
como requisito para obtenção do título de  
Mestre em Direito. Área de Concentração:  
ordem jurídica constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos  
Viana

FORTALEZA  
2013

DENISE ALMEIDA ALBUQUERQUE DE ASSIS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: ordem jurídica constitucional.

Dissertação aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante (Examinadora)  
Universidade Federal do Ceará - UFC

---

Prof. Dr. André Studart Leitão (Examinador)  
Faculdade Farias Brito

# DEDICATÓRIA

À minha mãe Gildete que, apesar de partir tão cedo, me ensinou a base do amor e do conhecimento.

À minha filha Maria Clara, meu grande presente de 2013, cuja esperança eu depositarei em prol de um mundo melhor.

Essas mulheres da minha vida foram, sem dúvida, minhas maiores inspirações.

## AGRADECIMENTOS

A alegria toma conta do meu coração que, emocionado, tentará transcrever tudo o que sinto nesse momento tão especial.

O mestrado foi um sonho que busquei e acreditei que seria possível. A prova maior está nessa conclusão que, após dois anos de muito estudo, pude encerrar com plena satisfação essa fase da minha vida. Foram muitos os desafios enfrentados até chegar aqui, mas não há vitória sem luta e persistência e é muito bom desfrutar desse momento junto de pessoas formidáveis que, com certeza, contribuíram para eu chegar até aqui.

Primeiramente, agradeço a Deus, Senhor de todas as coisas que, em sua imensa sabedoria, me concedeu no tempo certo a oportunidade de ingressar no mestrado. Também devo minha gratidão a Nossa Senhora que, serenamente, me conduziu diante dos desafios acadêmicos.

Também não posso deixar de ser grata à minha pequena grande família que sempre deixou plantada a semente do conhecimento, me estimulando a buscar nos estudos a fonte do sucesso.

Ao meu pai, grande homem, exemplo de luta e determinação, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos da minha vida. À Tânia, minha amada “boadrasta” que me acolheu como filha nessa trajetória, me ensinando os melhores caminhos a serem seguidos. Ao meu tão querido e admirado irmão Eduardo, um companheiro inseparável que, apesar de tão pouca idade, já demonstra uma sabedoria e uma afetuosidade incomparáveis.

Agradeço também aos meus demais familiares a quem saúdo em nome da minha tia Bel, uma pessoa a qual admiro por nutrir tanto amor ao próximo que se expande em sua nobre profissão de magistrada.

Ao meu nobre orientador Juvêncio, o querido professor “Juju”, uma grande fonte de inspiração acadêmica por transmitir tanto amor e dedicação na arte de ensinar. Alguém a quem pude partilhar experiências, receber conselhos e, acima de tudo, aprender. Uma pessoa que serei eternamente grata e que se tornou um grande amigo.

À professora Denise, a quem me orgulho de ser “xará”, uma pessoa admirável a qual compartilhei momentos inesquecíveis nesse mestrado, principalmente, no meu maior desafio acadêmico: apresentar um trabalho em outro país.

Ao professor André, o meu agradecimento, por gentilmente, aceitar o meu convite em compor minha banca de defesa dessa dissertação.

Ao querido e admirável Willian que sempre tão prestativo resolveu doar parte do seu tempo para me auxiliar como secretário nessa apresentação. Que a sua alegria continue transmitindo boas inspirações nesse mestrado. À minha cuidadosa Mari que, com sua delicadeza e gentileza, eu pude contar junto à Secretaria dessa instituição.

Também não posso deixar de agradecer o apoio e o estímulo dado pela querida professora Theresa Rachel que me incentivou a participar do processo seletivo de ingresso no mestrado, bem como os demais professores que compõe o mestrado que, de forma direta ou indireta, me auxiliaram na construção do conhecimento acadêmico.

Minhas amadas “panelas” (Chris, Lalinha, Tia Laís, Amiga Érica, Danilinda, Beth e Mi), meus grandes presentes dessa experiência incrível, obrigada por todos os momentos vividos e compartilhados ao lado de cada uma. Sem dúvida, vocês são a maior prova de que juntas podemos construir uma vida mais leve e feliz.

Às minhas amigas de infância (Juliana, Larissa Preta, Larissa Loira, Sabrina, Cinthia, Renata, Débora, Gabi e Dani) que, mais uma vez, se fizeram presentes em mais um momento importante da minha vida. Às queridas Larissa Bezerra, Ivna, Tati e Grace, também o meu grato reconhecimento por compartilharem meus anseios e sonhos. Também agradeço aqui às “baixinhas” (Germana e Aninha) que sempre estiveram me apoiando nesse período, trazendo muita alegria e diversão.

Agradeço, ainda, à família Call Med que, pacientemente, compreendeu minha ausência física durante essa fase final de escrita e que me proporciona grandes desafios e experiências profissionais que eu jamais imaginei que poderia enfrentar. Sem dúvida, nossa missão de distribuir saúde com qualidade, por intermédio de nossos produtos, foi um verdadeiro laboratório de estudo para a construção dessa dissertação.

A todos os demais amigos que, de alguma forma, contribuíram para eu concluir esse sonho o meu enorme OBRIGADA! Desculpem o excesso nas palavras, mas não poderia deixar de transmitir essa gratidão aos que me auxiliaram a chegar até aqui.

## EPÍGRAFE

“Segue o teu destino,  
Rega as tuas plantas,  
Ama as tuas rosas.  
O resto é a sombra  
De árvores alheias.

A realidade  
Sempre é maios ou menos  
Do que nós queremos.  
Só nós somos sempre  
Iguais a nós próprios.

Suave é viver só  
Grande e nobre é sempre  
Viver simplesmente.  
Deixa a dor nas aras  
Como ex-voto aos deuses”.

(Fernando Pessoa)

## RESUMO

O trabalho analisa a evolução do direito à saúde no contexto dos direitos fundamentais, bem como, paralelamente, avalia o crescimento do acesso à justiça e do papel relevante desempenhado pelo Poder Judiciário no contexto das políticas públicas atinentes às prestações de serviços e ações para a saúde, em especial, o fornecimento de medicamentos. Além disso, foram estudados e debatidos os principais entraves no tocante aos impactos orçamentários decorrentes desse fenômeno da judicialização da saúde. E, por fim, foram avaliadas algumas demandas judiciais no âmbito do direito comparado e brasileiro, o qual se destacou o papel da Audiência Pública realizada junto ao STF em 2009 a fim de compreender funcionamento a judicialização da saúde no mundo e no Brasil e encontrar soluções para a efetividade desse direito.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Poder Judiciário. Políticas Públicas. Fornecimento de medicamentos.



## **ABSTRACT**

The paper analyzes the evolution of the right to health in the context of fundamental rights and, in parallel, evaluates the growth of access to justice and the role played by the judiciary in the context of public policies relating to services and actions for health in particular, the supply of drugs. Furthermore, we studied and discussed the main obstacles with regard to budgetary impacts resulting from this phenomenon judicial intervention health. And finally, evaluated some lawsuits under the Brazilian and comparative law, which underscored the role of the Public Hearing held by the Supreme Court in 2009 in order to understand the functioning legalization of health worldwide and in Brazil and find solutions for the effectiveness of this right.

**Keywords:** Right to health. Judiciary. Public Policy. Drug supply.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AG	Agravo de Instrumento
AGRG	Agravo Regimental
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AL	Alagoas
AM	Amazonas
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART	Artigo
BA	Bahia

CACON	Centro de Alta Complexidade em Oncologia
CE	Ceará
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
COMARE	Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME
CEME	Central de Medicamentos
CID	Código Internacional de Doenças
CONASEMS	Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde
CONEP	Comissão Nacional de Ética em Pesquisas
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DCB	Denominação Comum Brasileira
DCI	Denominação Comum Internacional

DF	Distrito Federal
DIVULG	Divulgação
DJ	Diário da Justiça
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
HORUS	Sistema Nacional de Gestão da Assistência Farmacêutica
IAP	Instituto de Previdência
ICMS	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
INPS	Instituto Nacional da Previdência Social
IPREV	Instituto de Previdência do Servidor do Distrito Federal
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MG	Minas Gerais

MIN	Ministro
MT	Mato Grosso
MS	Mato Grosso do Sul
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PE	Pernambuco
PI	Piauí
PUBLIC	Publicação
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RE	Recurso Extraordinário
REL	Relator
RESP	Recurso Especial

RJ	Rio de Janeiro
RN	Rio Grande do Norte
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
SE	Sergipe
SP	São Paulo
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TO	Tocantins
TRF	Tribunal Regional Federal
TV	Televisão
UNACON	Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>1</b>	<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DIFICULDADES PARA SUA EFETIVAÇÃO NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....</b>	<b>21</b>
<b>1.1</b>	<b>O direito à saúde no contexto da teoria dos direitos fundamentais.....</b>	<b>22</b>
<i>1.1.1</i>	<i>Da heterogeneidade das expressões que conceituam os direitos fundamentais.....</i>	<i>22</i>
<i>1.1.2</i>	<i>O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e sua contribuição para o direito constitucional.....</i>	<i>24</i>
<i>1.1.3</i>	<i>Das gerações dos direitos fundamentais.....</i>	<i>25</i>
<b>1.2</b>	<b>O papel dos direitos sociais na proteção ao direito à saúde.....</b>	<b>28</b>
<i>1.2.1</i>	<i>Teoria jurídica dos direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais</i>	<i>29</i>
<i>1.2.2</i>	<i>Do problema quanto à efetivação dos direitos sociais.....</i>	<i>32</i>
<b>1.3</b>	<b>Direito à saúde com dignidade: conquistas e desafios para sua efetivação no fornecimento de medicamentos no Brasil.....</b>	<b>34</b>
<i>1.3.1</i>	<i>Aspectos gerais acerca do direito à saúde.....</i>	<i>34</i>
<i>1.3.2</i>	<i>O direito à saúde no Brasil.....</i>	<i>36</i>
<i>1.3.3</i>	<i>Do Sistema Único de Saúde brasileiro.....</i>	<i>41</i>
<i>1.3.4</i>	<i>Do problema atinente à falta de medicamentos.....</i>	<i>45</i>
<i>1.3.4.1</i>	<i>Da abordagem acerca dos medicamentos no Brasil.....</i>	<i>46</i>
<i>1.3.4.2</i>	<i>Das políticas públicas relacionadas aos medicamentos no Brasil.....</i>	<i>50</i>



<b>2</b>	<b>A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE E O SURGIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM PROL DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b>	<b>56</b>
<b>2.1</b>	<b>A evolução da sociedade e a proteção aos direitos fundamentais: a busca de uma identidade entre o indivíduo e o Estado.....</b>	<b>56</b>
<b>2.2</b>	<b>O Poder Judiciário e sua função concretizadora de direitos fundamentais.....</b>	<b>60</b>
<b>2.2.1</b>	<i>O surgimento do movimento em prol do acesso à justiça e seu contributo à garantia dos direitos fundamentais.....</i>	<b>60</b>
<b>2.2.2</b>	<i>O papel do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais.....</i>	<b>62</b>
<b>2.2.3</b>	<i>O novo perfil do juiz na construção de uma nova identidade entre o Poder Judiciário e a sociedade.....</i>	<b>65</b>
<b>2.3</b>	<b>O raciocínio judicial pautado em princípios para a solução dos casos difíceis e a necessidade de fundamentação.....</b>	<b>67</b>
<b>2.4</b>	<b>O fenômeno da judicialização e os dilemas do Judiciário no contexto da realidade social brasileira quanto ao direito à saúde.....</b>	<b>71</b>
<b>2.4.1</b>	<i>Uma análise acerca do Judiciário Brasileiro pós Constituição de 1988.....</i>	<b>72</b>
<b>2.4.2</b>	<i>A constitucionalização e a judicialização do direito à saúde no Brasil.....</i>	<b>74</b>
<b>2.5</b>	<b>Da tutela específica contra a Fazenda Pública nas ações de fornecimento de medicamentos.....</b>	<b>82</b>
<b>2.5.1</b>	<i>Da efetividade do processo em face da Fazenda Pública.....</i>	<b>83</b>
<b>2.5.2</b>	<i>Da tutela específica contra a Fazenda Pública quanto ao fornecimento de medicamentos.....</i>	<b>85</b>
<b>2.5.3</b>	<i>Da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública face às demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos.....</i>	<b>89</b>

2.6	Da repercussão da judicialização da saúde no Brasil.....	93
3	<b>OS IMPACTOS SOB O ORÇAMENTO DOS ENTES FEDERATIVOS NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....</b>	<b>98</b>
3.1	O orçamento público e o financiamento para as ações da saúde.....	100
3.1.1	<i>Do planejamento orçamentário e o estabelecimento do orçamento da Seguridade Social.....</i>	<i>103</i>
3.1.2	<i>Orçamento da Seguridade Social para o financiamento do direito à saúde.....</i>	<i>105</i>
3.1.3	<i>O princípio orçamentário da separação dos poderes como instrumento de controle do orçamento.....</i>	<i>108</i>
3.2	Das políticas públicas em prol do direito à saúde.....	111
3.3	Dos limites relacionados à reserva do possível e proporcionalidade.....	118
3.4	Do mínimo existencial para a judicialização da saúde.....	124
4	<b>O CRESCIMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....</b>	<b>130</b>
4.1	Uma análise acerca das ações judiciais envolvendo a efetividade do direito à saúde no direito comparado.....	131
4.1.1	<i>Europa.....</i>	<i>131</i>
4.1.2	<i>África.....</i>	<i>133</i>
4.1.3	<i>Ásia.....</i>	<i>135</i>
4.1.4	<i>Estados Unidos.....</i>	<i>136</i>

4.1.5	<i>Canadá.....</i>	138
4.1.6	<i>América Latina.....</i>	140
4.2	<b>A efetividade das ações judiciais envolvendo o direito à saúde no Brasil</b>	144
4.2.1	<i>O Judiciário brasileiro na nova ordem constitucional.....</i>	149
4.2.2	<i>O STF e sua função na efetivação do direito à saúde quanto ao fornecimento de medicamentos.....</i>	153
4.2.3	<i>A contribuição da Audiência Pública na construção do entendimento acerca da intervenção do Judiciário nas políticas públicas atinentes ao fornecimento de medicamentos.....</i>	160
4.2.4	<i>Os novos parâmetros de julgamento atinentes à intervenção do Judiciário nas políticas públicas relacionadas à distribuição de medicamentos pós Audiência Pública.....</i>	164
4.2.4.1	Região Sul.....	164
4.2.4.2	Região Nordeste.....	168
4.2.4.3	Região Sudeste.....	174
4.2.4.4	Região Centro-Oeste.....	176
4.2.4.5	Região Norte.....	176
4.3	<b>O relevante papel do Conselho Nacional de Justiça para as decisões relativas ao fornecimento de medicamentos.....</b>	178
4.3.1	<i>Considerações preliminares acerca do CNJ.....</i>	179
4.3.2	<i>O CNJ e a judicialização do direito à saúde.....</i>	180
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	187
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	191

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o tema relativo ao papel do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos no contexto da sociedade brasileira contemporânea.

Diante dessa ideia, primeiramente, serão feitas considerações acerca do direito fundamental à saúde e as necessidades para a sua efetivação no tocante à distribuição de fármacos. Nesse sentido, serão avaliados aspectos atinentes à inserção dos direitos sociais no contexto dos direitos fundamentais, sua eminente função no âmbito da proteção à saúde, bem como os problemas enfrentados para a sua efetividade.

Em seguida, na seara do direito à saúde no Brasil, serão apontadas as questões relacionadas ao sistema único de saúde brasileiro, assim como também as principais conquistas e os maiores desafios para sua efetivação quanto ao fornecimento de medicamentos.

Em razão desses fatos preliminares, no segundo capítulo, será estudada a evolução do papel do Judiciário na sociedade e o surgimento da judicialização em prol da garantia do direito fundamental à saúde. Deste modo, analisar-se-á a identidade entre o indivíduo e o Estado em detrimento do desenvolvimento da sociedade e da proteção aos direitos fundamentais.

Posteriormente, serão discutidos os aspectos relacionados ao Judiciário e sua função na concretização desses direitos, incluindo no que se atine ao perfil do magistrado e no tocante ao raciocínio judicial pautado em princípios para a solução dos casos difíceis.

Depois, será debatido o assunto relacionado ao fenômeno da judicialização e seus dilemas no contexto da realidade social brasileira, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, será analisada a questão da tutela específica contra a Fazenda Pública nas ações relacionadas ao fornecimento de medicamentos para, assim, compreender de que forma ocorreu a repercussão da intervenção judicial da saúde no Brasil.

O capítulo terceiro, por sua vez, abordará os impactos sob o orçamento dos entes federativos brasileiros junto à atuação judicial para a garantia de distribuição de fármacos, realizando, assim, uma análise envolvendo o orçamento e o financiamento para as ações da saúde no Brasil.

Além disso, serão estudadas as políticas públicas em prol do direito à saúde e os limites adotados pelo Estado para justificar o não cumprimento dessas ações, baseados na reserva do possível e na proporcionalidade, bem como se estudará a temática atinente ao uso do Judiciário do mínimo existencial em prol da judicialização da saúde.

No quarto capítulo, se examinará o crescimento das ações judiciais quanto ao fornecimento de medicamentos, apontando os principais desafios e perspectivas de modo a compreender o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário em prol da efetivação do direito fundamental à saúde.

Nesse âmbito, realizar-se-á uma análise sobre as ações judiciais relacionadas às prestações de saúde no contexto do direito comparado e no Brasil, onde se destacará o relevante papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na efetivação do direito fundamental à saúde.

Ademais, será desenvolvido o estudo acerca da Audiência Pública da Saúde, realizada no STF para a construção de uma melhor compreensão acerca do fenômeno relacionado à intervenção judicial nas políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos, a qual contribuiu para novos parâmetros de julgamento no contexto da justiça brasileira.

Além disso, se destacará a relevante missão do Conselho Nacional de Justiça para auxiliar o Judiciário no contexto da judicialização da saúde.

Por fim, se buscarão medidas que contribuam para que os poderes, de forma conjunta, solucionem o problema relacionado à crise da saúde no Brasil, garantindo, desta forma, o ideal preceituado na Lei Fundamental brasileira.

## **1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DIFICULDADES PARA SUA EFETIVAÇÃO NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

O direito à saúde apresenta-se como um dos temas mais complexos de ser discutido, tendo em vista que sua garantia importa em variadas consequências que vão além da vida digna do indivíduo.

Nesse contexto, convém ressaltar a relação simbiótica entre a saúde e a vida. Afinal, só há a garantia de manutenção do direito à saúde se houver vida. Ou seja, na linha de prioridade, ambos os direitos são fundamentais para a manutenção da pessoa humana.

A questão acerca da saúde não surgiu recentemente, tendo em vista que o debate desenvolveu-se por longos séculos mediante a evolução histórica dos direitos sociais na sociedade.

Por intermédio dos chamados direitos fundamentais, uma nova concepção de Estado foi apresentada, baseando-se na ideia de garantia de valores mínimos para uma vida com dignidade.

Deste modo, será apresentado um prelúdio, tecendo uma análise acerca da teoria dos direitos fundamentais. Na oportunidade, serão estudados os principais aspectos que contribuíram para o surgimento e o desenvolvimento desses direitos, bem como se fará uma abordagem envolvendo a evolução histórica a fim de se vislumbrar aonde se encontram os direitos sociais.

Em seguida, será aprofundada a temática sobre os direitos sociais em si, de modo a compreender em que contexto o direito à saúde surgiu e alcançou o devido destaque, elevando-se à categoria de núcleo essencial de um ordenamento jurídico.

Por fim, far-se-á uma abordagem sobre a saúde, apresentando os principais aspectos, envolvendo tanto as conquistas quanto os desafios enfrentados por esse direito até alcançar o cenário atual definido em virtude do fenômeno ocasionado pelas ações judiciais utilizadas com a finalidade de garanti-la.

### 1.1. O direito à saúde no contexto da teoria dos direitos fundamentais

A saúde encontra-se no contexto dos direitos sociais, estando, por consequência, inserida no âmbito dos direitos fundamentais. Porém, para se chegar a essa conclusão, é importante realizar uma análise acerca da teoria dos direitos fundamentais e, assim, apresentar seus principais aspectos.

Nesse contexto, convém ressaltar que o progresso que hoje o Direito Constitucional apresenta na sociedade é fruto do surgimento e do reconhecimento desses direitos como instrumentos imprescindíveis para a dignidade humana. Foi por intermédio da percepção de que a norma deveria garantir e proteger direitos mínimos do indivíduo que os direitos fundamentais alcançaram o patamar axiológico nos textos constitucionais.

Convém destacar que essa evolução ocorreu de forma paulatina, acompanhando os cenários de cada período histórico da sociedade. Deste modo, para que o direito à saúde alcançasse o relevante papel de instrumento capaz de garantir a vida digna do indivíduo, foram necessárias mudanças tanto na seara jurídica, quanto social e cultural.

Ao introduzir o tema atinente à teoria dos direitos fundamentais, far-se-á um esboço sobre a diversidade de termos para conceituá-lo, bem como traçar um parâmetro norteador de qual expressão será adotada no presente trabalho.

#### *1.1.1. Da heterogeneidade das expressões que conceituam os direitos fundamentais*

Ao se tratar do tema envolvendo os direitos fundamentais, se constata a existência de uma vasta opção de expressões para conceituá-los: direitos humanos; direitos do homem; direitos subjetivos públicos; direitos individuais, dentre outros. Apesar de esses termos serem utilizados como sinônimos em determinadas oportunidades, se verificará que existem diferenciações.

Os direitos humanos encontram-se definidos no preâmbulo da Declaração Universal de 1948, sendo qualificados como um “ideal” a ser seguido por todos os povos e todas as nações cuja aplicação é universal. Nesse contexto, os termos “direitos humanos” e “do homem” são utilizados com maior frequência no âmbito dos autores latinos e anglo-africanos. Já, no que concerne aos direitos fundamentais, os mesmos são adotados com preferência pelos alemães<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

Ademais, impende ressaltar que os direitos humanos surgiram no Ocidente em reação aos fatos sociais e filosóficos do século XVI, sendo “tema de alta complexidade”, o qual interligava elementos de cunho ideológico e cultural<sup>2</sup>.

No tocante às características, se verifica que os direitos humanos se qualificaram como “coisas desejáveis”, ou seja, “fins que merecem ser perseguidos”. A expressão denominada de “direitos do homem”, por sua vez, é qualificada como vaga e que a maioria de suas definições é repetitiva. Nesse sentido, uma melhor forma de alcançar o seu devido reconhecimento poderia ser encontrada mediante a busca do seu fundamento<sup>3</sup>.

Em relação aos fundamentais, os mesmos poder ser definidos como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais”, constituindo-se “um mínimo de direitos garantidos” que podem ser acrescidos pelo legislador. Porém, jamais podem ser abolidos. Sua finalidade seria de “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”<sup>4</sup>.

É importante explicitar ainda que os direitos fundamentais podem ser qualificados mediante outros critérios como aqueles traçados por Carl Schmitt. Nesse sentido, eles seriam considerados direitos “nomeados e especificados no instrumento constitucional” e que obtiveram da Carta Magna um “grau mais elevado de garantia ou de segurança”. Sendo assim, seriam caracterizados como “imutáveis”, sofrendo modificações somente mediante emenda constitucional<sup>5</sup>.

Além disso, cabe mencionar a questão atinente à principal diferenciação entre os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos”, tendo em vista que essa diferença se encontra no fato de que os primeiros são direitos reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional pátrio de determinado Estado. Os direitos humanos relacionavam-se aos “documentos de direito internacional”, os quais reconheciam o indivíduo como detentor de direitos independentemente de qualquer vínculo com determinada ordem jurídica constitucional<sup>6</sup>.

Em virtude do que foi exposto, o presente trabalho, para fins didáticos, adotará, prioritariamente, a expressão “direitos fundamentais”, os quais nasceram e se desenvolveram

---

<sup>2</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 41.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15-17.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 561.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.29.



por intermédio das Constituições. Essa adoção decorre do fato específico de que o foco do trabalho será no âmbito da Constituição Brasileira de 1988, ou seja, ambiente em que os direitos sociais, em especial, o direito à saúde já se encontra positivado e reconhecido.

Nesse contexto, após a análise inicial acerca do conceito, far-se-á um estudo sobre o surgimento e a evolução desses direitos no decorrer da história.

### *1.1.2. O desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais e sua contribuição para o direito constitucional*

Para alcançarem a devida maturação histórica, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações ao longo dos anos. Além disso, convém ressaltar que essas mudanças caminharam em união com o surgimento do constitucionalismo cujos preceitos determinaram que tanto a essência quanto a razão de ser do Estado encontraram respaldo no reconhecimento e garantia de proteção desses direitos.

Nesse contexto, a doutrina defende que o documento precursor dessa análise evolutiva dos direitos fundamentais foi a “*Magna Charta Libertatum*”, firmada em 1215 pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões da Inglaterra. Apesar de beneficiar apenas os direitos atinentes aos nobres ingleses, esse documento se configurou como “ponto de referência” para determinados direitos e garantias clássicos, tais como o devido processo legal, o *habeas corpus* e a propriedade<sup>7</sup>.

Convém destacar, ainda, algumas declarações de direitos redigidas no século XVII e XVIII que também contribuíram para uma considerável ampliação tanto do conteúdo quanto da titularidade desses direitos aos cidadãos tais como: “*Petitiono f Rights*” de 1628; “*Habeas Corpus Act*” de 1679; “*Bill of Rights*” de 1689; a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Deste modo, é possível vislumbrar a estreita relação entre o surgimento dos direitos fundamentais com o desenvolvimento do Estado, se estabelecendo um elo inseparável entre ambos, se destacando também o papel das Declarações de Direitos Humanos do século XVIII para a ampliação do campo de delimitação do seu conteúdo<sup>8</sup>.

No tocante à inserção desses direitos nos textos constitucionais, se verifica que esse fenômeno foi decorrência da dialética entre o desenvolvimento de instrumentos capazes de

---

<sup>7</sup> Ibid., 2009, p. 41.

<sup>8</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 07, p.07-36, 1979, p.11.

reconhecê-los no direito positivo, bem como a evolução da ideia de liberdade e dignidade humana. Ou seja, houve uma evolução simbiótica entre os dois fatos para que ocorresse o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais no final do século XVIII<sup>9</sup>.

Diante disso, é possível constatar que o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais têm intrínsecas relações com o desenvolvimento histórico da sociedade. Esses direitos passaram por diversas transformações em seu conteúdo, em sua titularidade, assim como no tocante à sua eficácia e efetivação.

Nesse contexto, o papel desempenhado por esses direitos contribuiu para uma nova ótica acerca da definição da forma do Estado, do sistema de governo, da organização do poder, constituindo elementos imprescindíveis para a formação do chamado “núcleo essencial” da Constituição.

Na qualidade de “sintaxe da liberdade nas Constituições”, esses direitos garantiram ao constitucionalismo o alcance de um novo contexto no cenário jurídico, bem como estimularam o surgimento de uma nova hermenêutica baseada nos valores e na concretização dos referidos direitos<sup>10</sup>.

Ao expressarem os fins últimos norteadores do Estado Constitucional de Direito<sup>11</sup>, os direitos fundamentais também precisam ser analisados sob a ótica de suas gerações de modo a iniciar o aprofundamento dos direitos sociais.

### *1.1.3. Das gerações dos direitos fundamentais*

Diante do que foi dito anteriormente, é possível constatar que os direitos fundamentais sofreram alterações em suas características durante o decorrer dos anos. A evolução histórica, a qual contribuiu para o reconhecimento dos direitos fundamentais, teve como ponto de partida a concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII.

Diante disso, a doutrina buscou descrevê-los em gerações no intuito de uma melhor análise didática. Acerca do tema, convém ressaltar que existem alguns doutrinadores que criticam a terminologia “geração”, optando pelo termo “dimensão”.

Nesse sentido, é possível afirmar que a primeira opção é “bastante problemática”, tendo em vista que denota a ideia de substituição de uma em detrimento da outra. Além disso, não

---

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 109.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 602.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.

há essa substituição, posto que todas apresentam papel importante no âmbito constitucional. Nesse sentido, se apresenta mais condizente o uso dos termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Nesse contexto, se pode verificar que o processo de reconhecimento de novos direitos fundamentais não é de alternância e sim cumulativo, tendo caráter complementar. Deste modo, a utilização da expressão “geração” poderia “ensejar a falsa impressão da substituição gradativa” de uma em detrimento de outra, sendo mais conveniente a adoção do uso do termo “dimensão”<sup>13</sup>.

Ademais, convém mencionar que a revolução francesa, traçada no século XVIII, inseriu as três palavras-chave de todo o conteúdo dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade<sup>14</sup>. Diante disso, o referido autor enfatizou de que modo os direitos fundamentais transportaram-se para o universo normativo.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração, ou direitos de liberdade, seriam os precursores em se apresentarem no âmbito do sistema normativo constitucional. Sob um prisma histórico, esses direitos, considerados como civis e políticos, estariam inseridos no início do “constitucionalismo do Ocidente”. Esses direitos tinham como titular o ser humano, tendo como principal qualidade a subjetividade, sendo oponíveis ao Estado. Seriam caracterizados, ainda, como “direitos de resistência”.

Além disso, cabe esclarecer que esses direitos são “produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII de marcado cunho individualista”. Eram direitos do homem perante o Estado, qualificados como “direitos de defesa”, de cunho “negativo”, tendo em vista que se dirigiam para uma abstenção dos poderes públicos. Nesse contexto, podem ser citados nesse rol os direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei<sup>15</sup>.

Já os de segunda geração ou dimensão qualificam-se como sociais, culturais, econômicos e coletivos. Eles surgiram em oposição à ideologia liberal no século XX, tendo conexão com o princípio da igualdade. Além disso, convém ressaltar que esses direitos foram

---

<sup>12</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., 2008, p. 34

<sup>13</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 2009, p.45.

<sup>14</sup> Acerca do lema da revolução francesa, Paulo Bonavides faz analogia das referidas palavras com as três gerações dos direitos fundamentais (BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 562).

<sup>15</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 2009, p.46-47)

proclamados nas Cartas Magnas marxistas e no constitucionalismo da social-democracia, destacando-se nas Constituições do “segundo pós-guerra”<sup>16</sup>.

A peculiaridade desses direitos atine-se ao fato de que eles possuem uma dimensão positiva. Nesse contexto, os direitos de segunda dimensão contribuem para a participação do “bem estar social”. A liberdade não vai de encontro ao Estado e sim em seu destino<sup>17</sup>.

Ademais, eles apresentavam características de outorgarem direitos às prestações públicas destinadas à pessoa humana, tais como: assistência social, saúde, educação, trabalho dentre outros. Porém, sua abrangência ia além do cunho prestacional, posto que eles também se reportavam ao indivíduo, não devendo ser confundidos com os direitos coletivos<sup>18</sup>.

Convém esclarecer, ainda, que os referidos direitos passaram por um período de “baixa normatividade”, contribuindo para que, durante algum tempo, sua eficácia fosse “duvidosa”, em razão de exigirem determinadas prestações materiais do Estado<sup>19</sup>.

Diante disso, durante um longo período, foram remetidos ao âmbito programático, posto que não abrangiam as “garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade”. Nesse contexto, prevalecia a ideia de que apenas os direitos de primeira geração tinham “aplicabilidade imediata”. Os direitos sociais, por sua vez, tinham “aplicabilidade mediata”.

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, abrangeram a questão da “fraternidade”. Dotados de altíssimo teor de “humanismo e universalidade”, alcançaram destaque no final do século XX. Não se destinaram à proteção específica dos interesses de determinadas pessoas, ou alguns grupos. Pelo contrário, esses direitos tinham como destinatário a coletividade, se voltando para questões atinentes ao “desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.

Esses direitos são resultado de “novas reivindicações fundamentais do ser humano”, sendo decorrentes dos “impactos tecnológicos, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra”<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Paulo Bonavides explicita que esses direitos fizeram surgir a consciência da importância de proteger não somente o homem, como também a instituição. A partir desse momento, surgiu o novo conteúdo dos direitos fundamentais, qual seja, o das garantias institucionais (BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 564).

<sup>17</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p.126-127.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 2009, p.47-48.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 564.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 2009, p.48-49.

Já os direitos fundamentais de quarta geração condizem com questões relativas ao direito à democracia, informação e ao pluralismo. Os referidos direitos são decorrentes da globalização do neoliberalismo. Eles não excluem os anteriores. Pelo contrário, eles os concretizam<sup>21</sup>.

Ainda é possível abordar acerca dos direitos fundamentais de quinta geração, os quais encontram conexão com a paz<sup>22</sup>, sendo esse direito qualificado com um dos “mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais”<sup>23</sup>.

Diante do que foi exposto, se constata a estreita relação do surgimento e evolução dos direitos fundamentais com o desenvolvimento histórico da sociedade. As diversas gerações ou dimensões desses direitos apontam o fato de que os mesmos apresentam características atinentes à sua mutabilidade. Isso porque os direitos fundamentais adaptam-se conforme os ditames políticos de cada época.

Deste modo, após realizar essa abordagem geral acerca dos direitos fundamentais, a fim de compreender de que forma esses direitos alcançaram o relevante espaço na sociedade, será necessário realizar o estudo específico envolvendo a questão atinente aos direitos sociais, tendo em vista que os mesmos serão o objeto principal no tocante à temática envolvendo a intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas.

## **1.2. O papel dos direitos sociais na proteção ao direito à saúde**

Conforme foi discutido nos tópicos anteriores, os direitos fundamentais tiveram um papel importante no contexto social, contribuindo para a limitação do poder estatal de modo a garantir direitos mínimos ao indivíduo.

No contexto brasileiro, convém destacar que a Constituição brasileira de 1988 atribuiu um salutar significado a esses direitos, o qual pode ser demonstrado mediante o visível catálogo de direitos fundamentais elencados no início do referido documento, denotando, assim, a intenção do constituinte em propiciar um sentido especial. Além disso, é possível

---

<sup>21</sup> Nesse contexto, convém destacar que Paulo Bonavides considera que as três primeiras gerações dos direitos fundamentais propiciaram o surgimento de uma nova concepção acerca da universalidade desses direitos, sendo totalmente diferente daquela preconizada na Declaração de Direitos do Homem de 1789. Essa nova universalidade era composta de alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. Segundo ele, é “universalidade que não exclui os direitos de liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e fraternidade”.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 579.

<sup>23</sup> Convém ressaltar que o autor ainda esclarece em suas edições posteriores a existência de uma sexta geração de direitos fundamentais.

vislumbrar que a amplitude conferida pelo documento constitucional brasileiro reforçou a impressão sobre o papel de relevante destaque outorgado a esses direitos.

Nesse sentido, se pode constatar o reconhecimento dos direitos fundamentais na qualidade de elementos integrantes de uma identidade e continuidade constitucional, considerando, assim, ilegítima qualquer reformam na Constituição tendente a suprimi-los.

Também foi analisada a relação entre a evolução do Estado com o surgimento e desenvolvimento desses direitos de forma a ser vista a questão envolvendo sua respectiva historicidade. Em cada período, novos direitos surgiram e alcançaram destaque no cenário de cada ordenamento jurídico. Nesse contexto, foram expostas as chamadas gerações dos direitos fundamentais, incluindo, a segunda, a qual trata dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde.

Diante disso, após esse prelúdio, será objeto de aprofundamento o estudo acerca dos direitos sociais de modo a compreender em que contexto o direito à saúde surgiu e se desenvolveu na sociedade.

### *1.2.1. Teoria jurídica dos direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais*

Conforme foi apresentado anteriormente, os direitos sociais encontram-se inseridos na segunda geração dos direitos fundamentais. Eles diferenciam-se dos direitos de primeira geração por não se apresentarem como prestações negativas, determinando a não intervenção estatal na vida do indivíduo.

Os direitos sociais são prestações positivas, exigindo-se que o Estado tome uma postura ativa para a garantia de condições mínimas de vida digna do indivíduo. Apresentam fundamento pautado na questão relativa à ideia de sociedade mais justa, incluindo valores atinentes à solidariedade cristã, bem como de uma concepção substancial da dignidade humana.

Nesse contexto, convém destacar que a questão relativa aos direitos sociais convoca não somente concepções políticas, como também abrange uma temática jurídica a qual apresenta estreita relação com o cenário das grandes lutas ocorridas no âmbito do século XX. Esse processo que fundamentou, constitucionalizou e positivou os direitos fundamentais inseriu a pessoa humana como centro da titularidade de direitos<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416.

No âmbito histórico, é possível vislumbrar que a questão a respeito da codificação dos direitos sociais instalou-se com maior destaque em meados do século XIX. São nos escritos de cunho socialista que surge de forma mais direta o caráter universal dos direitos sociais<sup>25</sup>.

Nesse contexto, convém citar a Constituição do México de 1917 que pode ser considerada o prelúdio da inclusão de direitos sociais num texto constitucional<sup>26</sup>. Por sua vez, a Revolução Russa, ocorrida em 1918, contribuiu para o rompimento dos limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional do Ocidente.

Porém, muitos doutrinadores consideram a Constituição Alemã de 1919 como o documento que marcou oficialmente a história constitucional dos direitos sociais, pois apresentou uma espécie de desafio ao Estado democrático, em razão dos ideais de solidariedade, igualdade e justiça social<sup>27</sup>.

Diante disso, importa ressaltar o papel desempenhado pelos direitos sociais nessa construção do Estado social, o qual representou uma mudança na estrutura do Estado liberal, posto que seu objetivo fundou-se em coordenar e colaborar com a promoção da justiça social e da paz econômica entre os indivíduos<sup>28</sup>.

Além disso, ressalta que, por sua própria natureza, o Estado social, na qualidade de Estado intervencionista, requereu a “presença militante do poder político nas esferas sociais” em prol do indivíduo, posto que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não pôde ser capaz de prover “necessidades existenciais mínimas”<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Diferentemente do que ocorreu no tocante aos direitos do homem de cunho individual, os direitos sociais surgiram como fruto de uma revolução inconclusa. Deste modo, desde o início, a ideia relacionada aos direitos sociais expressou esse aspecto atinente à passagem consciente da insurreição à instituição através de sua positivação. Nesse sentido, “a reforma política não era mais que um meio para conseguir o objetivo, ou seja, a reforma social”, conforme expôs Louis Blanc, um dos líderes mais influentes da Revolução de 1848 (L. BLANC, “*Le Droit au Travail*” (1848), em *Questions d’Aujourd’hui et de Demain*, Paris, Tomo IV, 1882, p. 320-361).

<sup>26</sup> Nos debates constitucionais iniciados em dezembro de 1916, os constituintes mexicanos assumiram que sua proposição superava os moldes tradicionais da ciência jurídica daquela época, tendo em vista a inclusão na constituição de normas consideradas, tradicionalmente, regulamentares em matéria de direito do trabalho e organização econômica. Convém ressaltar a importância da Constituição do México de 1917, a qual supera o marco ideológico que a sustenta, posto que constituiu o dispositivo jurídico próprio do constitucionalismo social da primeira metade do século XX.

<sup>27</sup> Impende destacar que a doutrina jurídica alemã, a qual foi considerada como a precursora nessa análise acerca do tema atinente aos direitos sociais, considera, em caráter majoritário, que os direitos sociais não são aqueles direitos garantidos constitucionalmente. Os direitos sociais são considerados como direitos subjetivos, sendo diretamente aplicáveis e, deste modo, invocáveis de maneira autônoma pelos tribunais. Essa ideia é oriunda de diversos debates realizados no início da década de 50, em que se negava o caráter jurídico-constitucional à noção de Estado social.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 184-200.

<sup>29</sup> Impende destacar que o desenvolvimento constitucional relativo à segunda metade do século XX debilitou a relação estabelecida entre a constitucionalização dos direitos sociais e as mudanças na sociedade. Isso porque

Diante dessas considerações, também importa ressaltar algumas características atinentes aos direitos sociais. Nesse sentido, esses direitos se qualificam como “obrigações de prestações positivas cuja satisfação não consiste numa ‘omissão’, um *non facere*, mas numa ‘acção’, um *facere*”<sup>30</sup>.

No atual contexto de Estado de Direito, os direitos sociais são tidos como fundamentais em virtude de sua “relevância material”, bem como instrumentos concretizadores da dignidade humana. Além disso, impende destacar que esses direitos são “indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna”. Eles determinam ao Estado, além da realização de prestações fáticas destinadas à promoção do acesso a bens econômico-sociais aos desprovidos de recursos próprios, como também impõem ao Estado o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens<sup>31</sup>.

Também convém destacar que os direitos sociais apresentam uma trilogia de deveres estatais, quais sejam: respeitar, proteger e realizar. Essa tripartição foi desenvolvida e idealizada no âmbito do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais inseridos no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A importância desses deveres é a de poder constituir a base de uma adequada compreensão acerca da dogmática dos direitos fundamentais em seu conjunto.

Impende ressaltar, ainda, o caráter universal desses direitos, posto que, diante de sua abrangência ampla, todos têm direito ao bem-estar e ao acesso aos bens protegidos. Porém essa universalidade não é absoluta, sendo relativizada conforme a situação descrita na respectiva previsão normativa.

No caso do direito à saúde, por exemplo, no âmbito da Constituição brasileira, existem as previsões expressas no sentido de expor que todos têm o direito ao seu acesso. Porém, na seara prática, é preciso avaliar em cada hipótese os requisitos para o atendimento de tal direito, tendo em vista que sua efetivação importa em disponibilidade de recursos.

Apesar dos direitos sociais estarem inseridos na categoria dos direitos fundamentais, ou seja, enquadrando-se no rol de direitos imprescindíveis para uma vida com dignidade, os mesmos apresentaram problemas quanto à efetivação.

---

esta segunda onda de constitucionalismo social, fruto de países liberados de ditaduras totalitárias, constitucionalizou os direitos sociais em uma diretriz particular, a da integração social. É nesse momento também que se opera uma coincidência entre o reconhecimento dos direitos sociais e o desenvolvimento de um Estado intervencionista configurado como “Estado de Bem Estar”.

<sup>30</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.06.

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 32-42.



Tal circunstância ocorreu em razão de vários fatores os quais serão analisados a seguir.

### *1.2.2. Do problema quanto à efetivação dos direitos sociais*

A questão atinente à efetivação dos direitos sociais implica na análise do seu fundamento, posto que é preciso que se compreenda a sua salutar importância no resguardo de condições mínimas de vida digna.

Nesse sentido, não se pode defender os direitos fundamentais se não existe o convencimento de sua respectiva “bondade moral”, ou seja, é preciso haver o convencimento de que sua implantação contribuirá para tornar o indivíduo melhor e a sociedade mais justa.

Impende ressaltar algumas justificativas para os direitos sociais de modo a enquadrá-los na categoria axiológica de alto nível normativo. Sob o ponto de vista ético, a solidariedade enquadra-se como a base valorativa dos direitos sociais, sobretudo quando a mesma se agrega aos princípios da igualdade e da dignidade humana.

No âmbito político, se verifica o papel importante desempenhado pelos direitos fundamentais, tendo em vista que os mesmos visam à pacificação, contribuindo para a “convivência social estável”. Porém, quando se atine aos direitos sociais, há uma mudança de foco, tendo em vista que os mesmos se apresentam como instrumento de transformação com fulcro em reduzir as desigualdades sociais, contribuindo para a efetivação da justiça distributiva<sup>32</sup>.

Nesse contexto, convém ressaltar que os direitos sociais também contribuem para uma convivência social pacífica, posto que auxiliam na redução da pobreza e, no caso da saúde, ajudam na garantia da sadia qualidade de vida.

A respeito da justificativa econômica, é possível afirmar ser esse fator o maior dilema a ser enfrentado nas questões envolvendo os direitos sociais, pois se encontra atrelado à disponibilidade de recursos para a sua respectiva efetivação.

Nesse sentido, convém mencionar a opinião do economista indiano Amartya Sen<sup>33</sup>, segundo o qual defende uma economia com valores baseados na ética e na solidariedade. Além disso, ele comprova que, nos países em que se investiu na área da saúde, os índices de desenvolvimento foram mais significativos dos que apostaram em condutas mais liberais. Ademais, o ganhador do prêmio Nobel da economia reforça a ideia de conjugar os direitos civis e sociais.

---

<sup>32</sup> ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005, p. 15.

<sup>33</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 23.

Por fim, se pode falar em justificativa jurídica desses direitos, tendo em vista que, com base nos preceitos, os direitos sociais devem ser respeitados em virtude de sua positivação na Constituição, ou seja, na mais alta hierarquia normativa<sup>34</sup>.

Convém ressaltar, ainda que, durante muitos anos, a dogmática jurídica caracterizou os direitos sociais como “não justificáveis” e que sua violação não ensejaria a anulação ou sanção, mas a mera omissão.

Sob esse enfoque, é possível vislumbrar que o problema atinente à efetivação dos direitos sociais estava atrelado ao “reconhecimento constitucional” de direitos sociais como a saúde. Além disso, convém esclarecer que esses direitos devem “regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais de uma comunidade jurídica bem ordenada”<sup>35</sup>.

George Jellinek<sup>36</sup>, por sua vez, enfoca a questão do conceito “essencial-formal” e “jurídico-técnico” de “pretensão”. Segundo ele, o conteúdo essencial da participação no Estado Moderno abrangia um conjunto de pretensões de promoção e zelo por todos os cidadãos de modo a contribuir com a atividade público-estatal.

Ocorre que, no século XIX, no qual se prevalecia a ideia preceituada pelo liberalismo, as aspirações de cuidado e promoção dos direitos sociais encontravam-se restritas às obrigações de cunho moral a cargo da sociedade.

Deste modo, não havia a necessidade de sanção jurídica quanto à uma “obrigação positiva”, atinente à fraternidade e solidariedade. Não existia a vinculação jurídica envolvendo a “realização dos direitos fundamentais sociais como deveres públicos-estaduais”.

É possível constatar impasses relativos à questões de interpretação e aplicação, os quais apresentam uma “complexa polivalência semântica” conforme explicitam Luigi Ferrajoli<sup>37</sup> e Enrico Diciotti<sup>38</sup>.

Muitas vezes, o que acontece é que, em último grau, cabe ao operador jurídico, em especial os juízes, determinar, no caso concreto, o regime e a força jurídica desses direitos.

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. op. cit., 2004.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2004, p.51.

<sup>36</sup> JELLINEK, George. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ed, Tübingen, 1905, p. 132.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, 2002, p. 11.

<sup>38</sup> DICIOTTI, Enrico. *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica*, in: 4 “Quaderni Costituzionali”, 2004, p. 733.

Impende ressaltar ainda que existem autores<sup>39</sup> que defendem a “sinergia” entre os direitos fundamentais de liberdade e os sociais, tendo em vista que ambos apresentam ligação no tocante ao fato de que a tutela de um leva à tutela do outro.

Nesse contexto, convém dividir os referidos direitos em sob três aspectos: “direitos fundamentais de proteção”; “direitos fundamentais sociais propriamente ditos” e “direitos fundamentais de organização e procedimento”.

No tocante aos “direitos fundamentais a prestações”, os mesmos são garantidos mediante “normas jurídicas vinculantes”, podendo, inclusive, qualificá-los como “direitos subjetivos”<sup>40</sup>. Além disso, em relação ao modelo geral de controle dos direitos fundamentais a prestações, em especial, os direitos sociais, vários atores constitucionais apresentam-se designados a exercer essa função, quais sejam: o legislador, bem como o poder judicial. Ressaltando-se, ainda, a importância quanto aos limites de hermenêutica constitucional.

### **1.3. Direito à saúde com dignidade: conquistas e desafios para sua efetivação no fornecimento de medicamentos no Brasil**

Conforme foi visto anteriormente, o surgimento e o desenvolvimento dos direitos sociais contribuíram para a evolução da sociedade. Afinal, após grandes lutas e reivindicações, uma nova concepção de Estado surgiu capaz de contribuir para uma melhoria nas condições de vida em dignidade.

A sociedade cresceu e desenvolveu-se, adotando novos instrumentos garantidores dos direitos sociais. Porém, com esse desenvolvimento, o perfil social contemporâneo mudou. Novos desafios surgiram.

Nesse contexto, realizar-se-á uma análise mais aprofundada quanto ao direito à saúde.

#### *1.3.1. Aspectos gerais acerca do direito à saúde*

O direito à saúde alcançou importante destaque dentro do contexto normativo tanto no âmbito mundial como interno de cada país. Diante desse pressuposto, o referido direito recebeu uma ampla proteção normativa.

Dentro do cenário internacional, esse direito foi reconhecido por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 22 e 25) pela Organização das Nações

---

<sup>39</sup> Nesse contexto, cabe destacar autores como E.-W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in: E.-W. Böckenförde (ed). “Staat Verfassung, Demokratie, 2 ed., Francoforte sobre o Meno, 1992, PP. 146 ss, 149.

<sup>40</sup> QUEIROZ, Cristina. *op.cit.*, 2006.

Unidas (ONU) em 1948. Porém, convém ressaltar a existência de um número considerável de tratados que abrangem esse tema dentre os quais é possível citar: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966; a Convenção Americana dos Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 1989); o Acordo na Organização Mundial do Comércio (OMC).

Na área da saúde, impende ressaltar que significativas mudanças ocorreram de modo a traçar um novo perfil desse direito, tendo em vista que houve um expressivo aumento da expectativa de vida das pessoas, o surgimento de novas doenças, bem como a expansão dos recursos terapêuticos, exigindo da medicina a necessidade de avanços em prol do aperfeiçoamento dos respectivos profissionais.

Porém, não se pode deixar de destacar que a ciência evoluiu no desenvolvimento de novos tratamentos, bem como na criação e na melhoria da qualidade dos medicamentos. Todos esses fatores foram relevantes para que o direito à saúde adquirisse uma nova ótica perante a ordem jurídica mundial.

No entanto, convém ressaltar que, diante dessas transformações acima apresentadas, o Estado não se estruturou de forma compatível a fim de acompanhar todo esse processo, tendo em vista que, com o passar dos anos, cada vez mais se vislumbram situações preocupantes quanto às prestações de saúde mediante os casos de superlotação dos hospitais e a falta de medicamentos suficientes para atender as demandas, por exemplo. Muito se melhorou em algumas áreas, porém, em outras, o direito à saúde apresentou retrocessos.

Tudo isso leva à constatação de que a plena concretização do direito à saúde é um processo complexo e demorado, pois, além de envolver uma série de fatores (econômico, social, cultural e político), atravessa o comprometimento de variadas instâncias de poder, incluindo a esfera do judiciário.

No contexto do Brasil, Andreas J. Krell<sup>41</sup> explicita que o estudo envolvendo a temática acerca dos direitos sociais é considerado um dos *défects* teóricos na teoria dos direitos fundamentais, bem como um dos maiores desafios do Direito Constitucional Brasileiro.

Tal constatação pode ser feita em virtude de ainda haver uma carência doutrinária acerca do assunto no âmbito brasileiro. Utiliza-se bastante a doutrina estrangeira, porém, apesar do estudo do direito comparado auxiliar o desenvolvimento de uma linha de raciocínio

---

<sup>41</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 18.

acerca do tema, é preciso que, no âmbito do direito pátrio, ocorra uma abordagem mais complexa, envolvendo as especificidades econômicas, culturais na seara da República Federativa do Brasil.

Ademais, os empecilhos operacionais e orçamentários também devem ser objeto de análise, pois esses direitos importam em necessidade de recursos para garanti-los, bem como precisa ser estudada a atual estrutura dos poderes públicos e as respectivas condições estruturais de modo a garantir a efetividade dos direitos sociais, em especial, à saúde no Brasil.

O fato é que, diante de novas prestações à saúde e das correntes mudanças nessa seara, é difícil conceber um sistema de saúde capaz de abranger todos os tratamentos e fornecimento de medicamentos necessários à garantia do direito à saúde em plenitude. A definição de qual prestação a saúde será exigível importa em escolhas trágicas.

### *1.3.2. O direito à saúde no Brasil*

A saúde, dentro do contexto brasileiro, percorreu um longo caminho que se iniciou no século XIX com a chegada da Corte portuguesa. Essa trajetória iniciou-se por intermédio da criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, o qual se tornou a principal responsável pela luta em prol da efetivação das políticas sanitárias. Nesse período, foram realizadas apenas ações isoladas, tais como o combate à lepra.

A partir do período entre 1870 a 1930 foi que o Estado passou a adotar ações mais efetivas na seara da saúde por meio do combate de epidemias, conseguindo erradicar a febre amarela no Rio de Janeiro.

Posteriormente, na década de 30, ocorreram novas mudanças como a estruturação básica do sistema público de saúde o qual incluiu a implementação de ações curativas. Também convém ressaltar a criação do Ministério de Educação e Saúde Pública que se tornou Ministério da Saúde em 1953.

Em seguida, foram criados os Institutos de Previdência (IAP's) que ofereciam assistência à saúde no âmbito dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho. Nesse caso, se contemplou apenas parcela da população, a qual contribuía com a previdência social, estando desamparados os demais brasileiros, os quais estavam sujeitos somente ao auxílio das entidades filantrópicas.

Durante o regime militar, os IAP's foram unificados mediante a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). Nesse contexto, a saúde não era considerada apenas um benefício fornecido pela previdência social como no caso da aposentadoria, do auxílio-doença e licença maternidade.

Durante vários anos, as políticas da saúde encontravam-se inseridas nesse objetivo de propiciar a manutenção da força de trabalho. Além disso, é possível ressaltar o cunho assistencialista preceituado pelo direito à saúde que se apresentava dentro do contexto privado. Naquele período, não havia a intenção em se priorizar políticas públicas com fulcro em promover o direito à saúde.

Diante disso, surgiu um crescente movimento em prol da adoção de políticas públicas que pudessem garantir o direito à saúde a um maior número de pessoas. Em razão dos sérios problemas enfrentados por esse setor, o movimento atinente à reforma sanitária ganhou espaço no cenário brasileiro.

As primeiras articulações nesse sentido apresentaram-se no início da década de 60. Porém, o movimento adquiriu sua maturidade no final dos anos 70 e início de 80, sendo formulado por profissionais da saúde, políticos e movimentos sociais diversos.

No âmbito dessas lutas em prol da saúde, um dos destaques alcançados pela reforma sanitária encontra-se na realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde, promovida pelo Ministério da Saúde e datada em 1986. Segundo Andrade<sup>42</sup>, esse evento contou com diferentes segmentos sociais, bem como foi importante porque, pela primeira vez, teve a participação da sociedade civil. Conforme explicitam Noronha, Lima e Machado<sup>43</sup>, participaram as representações sindicais, as associações de profissionais da saúde, os movimentos populares em saúde dentre outros.

Os principais temas debatidos no referido encontro foram os seguintes: a saúde como direito de cidadania; a reformulação do sistema nacional de saúde, o financiamento do setor. Ademais, norteou-se pelo princípio de que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

---

<sup>42</sup> ANDRADE, L.O.M. Do nascimento da saúde pública ao movimento pré-SUS. In: *SUS passo a passo: normas, gestão e financiamento*. São Paulo: Hucitec; Sobral; Edições UVA, 2001. p. 19-31.

<sup>43</sup> NORONHA, J.C.; LIMA, L.D.; MACHADO, C.V. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: Giovanella, Lígia et al (org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2008, p. 435-472.

Impende ressaltar que suas principais resoluções<sup>44</sup> orientaram o constituinte para a elaboração da Constituição brasileira de 1988, bem como, em razão da forte mobilização social acerca do tema, foi possível a criação da emenda constitucional<sup>45</sup> atinente à saúde, a qual foi subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros.

Diante disso, é possível constatar que a saúde alcançou maior destaque na Constituição de 1988 a qual incorporou esses direitos desde o seu preâmbulo<sup>46</sup>, apresentando congruência com os tratados internacionais que tratam do referido tema<sup>47</sup>.

A maioria dos direitos, incluindo a saúde, encontra-se no âmbito do artigo 6<sup>48</sup> da referida Carta Magna. Porém, os direitos sociais também se encontram espalhados em outros artigos de forma mais específica. No caso da saúde há o devido objetivo em atender o bem-estar e a justiça social no âmbito do título da ordem social. Nesse contexto, se inclui a disposição acerca da seguridade social, a qual abrange o direito à saúde<sup>49</sup>.

Nessa integração ao sistema de seguridade social, instituiu-se também o sistema único de saúde a saúde (SUS) que teve como fundamento o direito universal à saúde e a integralidade das ações, abrangendo a vigilância e a promoção desse direito, bem como a recuperação dos agravos. Convém destacar que a regulamentação desse sistema encontra-se na seara dos textos infraconstitucionais<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> O relatório da 8ª Conferência de Saúde apresentou os seguintes eixos: instituição da saúde como direito de cidadania e dever do Estado; a compreensão da determinação social do processo saúde-doença e a reorganização do sistema de atenção com a criação do SUS.

<sup>45</sup> A emenda constitucional n. 29 foi promulgada no dia 23 de setembro de 2000 e teve como objetivo assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

<sup>46</sup> O preâmbulo explicita que o Estado Democrático da República Federativa do Brasil se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, buscando os valores na solidariedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Além disso, buscou fundamento na harmonia social.

<sup>47</sup> Impende destacar que as previsões atinentes ao direito à vida e à saúde possuem aplicabilidade imediata (conforme art. 5, §1º da Constituição brasileira de 1988) exatamente por se encontrarem vinculados ao conceito de mínimo existencial, entendimento este que também é adotado no âmbito do Pretório Excelso brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE- AgR. n. 271286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 de setembro de 2000).

<sup>48</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>49</sup> Nesse contexto, convém destacar que a saúde se apresenta como um dos objetivos destinados pelas ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, compreendendo a seguridade social conforme arts. 194 a 196 da CF/88.

<sup>50</sup> A respeito das nossas infraconstitucionais, pode ser citada a Lei n. 8.080/90 que institui o sistema único de saúde.

Além disso, convém esclarecer acerca do alcance e do exercício do direito à saúde no Brasil, tendo em vista que o referido documento confere o “acesso universal”<sup>51</sup>, indicando todos os tratamentos e meios de proteção desse direito.

Ademais, esclarece que tanto as ações quanto os serviços são constituídos em um sistema único hierarquizado e regionalizado, visando ao atendimento integral mediante a prioridade para as atividades preventivas, englobando nesse contexto, o tratamento completo de doenças, inclusive aquelas que apresentam maior grau de complexidade, bem como o tratamento a ser realizado no exterior<sup>52</sup>.

No tocante ao titular desse direito, se verifica que todo ser humano tem direito à vida e à saúde, ou seja, qualquer pessoa que se encontre no Brasil poderá reclamar o direito à saúde, incluindo nesse rol os estrangeiros conforme art.5º da Constituição brasileira de 1988. Não se exige idade ou qualquer outro requisito especial para assegurar essa proteção<sup>53</sup>. Além disso, é importante enfatizar que todos terão direito a esse acesso independentemente da condição financeira individual<sup>54</sup>.

Essa responsabilidade pela concretização do direito à saúde é, antes de tudo, do próprio ser humano e de toda sociedade além do Estado. Ademais, cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada pela Constituição brasileira, sendo bem jurídico constitucionalmente tutelado por cuja integridade deve velar, de maneira possível, o Poder Público. No entanto, impende reforçar que não basta que o Estado tão somente proclame o reconhecimento formal desse direito. É imprescindível que ele seja integralmente respeitado e plenamente garantido.

---

<sup>51</sup> Vide art. 196 da CF/88.

<sup>52</sup> Vale ainda destacar que as normas jurídicas sobre saúde são protegidas pela máxima efetividade de maneira que devem ser compreendidas no sentido mais amplo a fim de propiciar maior cobertura possível. Nesse sentido, convém ressaltar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça referente a esse tratamento integral quanto ao tratamento de doenças como AIDS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP. n. 325.337-RJ. Relator Ministro José Delgado. Julgamento em 21 de junho de 2001), hepatite “C” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RESP. n. 430.526- SP. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 01 de outubro de 2002) o tratamento a ser realizado no exterior (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RESP. n. 353.147- SP. Relator Ministro Franciulli Netto. Julgamento em 15 de outubro de 2002).

<sup>53</sup> Apesar de o acesso ser igualitário, em hipótese de tratamento de saúde ao idoso, há uma prioridade imposta pelo Estatuto do Idoso, o qual dispõe: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária [...] A garantia de prioridade compreende [...] garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.” (Art. 3º da Lei n. 10.741/2003).

<sup>54</sup> Em hipótese de tratamentos não inseridos nos padrões básicos do Sistema Único de Saúde (SUS), estando apenas disponíveis fora do Brasil, deverá haver uma propositura de demanda judicial atestando a imprescindibilidade desse tratamento. Em caso de disponibilidade do tratamento no âmbito da rede privada, ou seja, não sendo prestado pelo SUS, a responsabilidade estatal se torna subsidiária, alcançando, exclusivamente, aqueles que não puderem custear esse tratamento com recursos próprios sem prejudicar a sua sobrevivência.



Nesse contexto, acerca da responsabilidade jurídica do Poder Público, se verifica que o dever é de todos os entes federativos, envolvendo, assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>55</sup>, os quais têm o dever de desenvolver políticas públicas para a redução dos riscos de doença e para permitir o acesso irrestrito aos tratamentos e medicamentos<sup>56</sup>. Sendo importante ressaltar, ainda, que incide sobre a Administração Pública a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover medidas preventivas e de recuperação (fundadas em políticas públicas idôneas) em favor das pessoas e das comunidades no sentido de viabilizar e concretizar os preceitos garantidos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, mais do que uma mera positivação dos direitos sociais, traduzindo um estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e atuando como pressuposto indispensável à eficácia jurídica se recai sob o Estado um inafastável vínculo institucional, o qual consiste em propiciar efetividade a tais prerrogativas básicas ao permitir aos indivíduos o acesso a um sistema organizado de garantias vinculadas à sua plena realização<sup>57</sup>.

É exatamente diante desse fato que se constata um dos problemas atinentes à garantia do direito à saúde, tendo em vista que muitos dos entes federativos se esquivam de sua salutar responsabilidade. Outra questão bastante pontuada pelo Estado se revela quanto ao elevado custo econômico gasto pelo Poder Público para o atendimento desse dever constitucional.

Porém não se pode abstrair o aspecto relevante da garantia do mínimo existencial de modo que todos os cidadãos são co-responsáveis junto com o Estado pela preservação da vida na medida em que há um financiamento de recursos a fim de garantir a proteção e efetivação desse direito.

---

<sup>55</sup> Esse também é o entendimento dos tribunais. O STF já vem esboçando em sucessivos julgamentos acerca da obrigação solidária de todos os entes federativos quanto ao dever de fornecer medicamentos e tratamentos médicos em favor das pessoas carentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE 716777 AgR / RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 09 de abril de 2013). O STJ, por sua vez, também esclarece que “O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp 1284271 / SC. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgamento em 25 de junho de 2013).

<sup>56</sup> Para que o Poder Público conceda o tratamento de saúde necessário, o interessado deverá realizar uma solicitação perante o sistema único de saúde. Em situações excepcionais, onde não há cobertura perante a rede pública, o solicitante deverá formular um pedido demonstrando sua doença, assim como deverá apresentar prova de que o tratamento ou medicamento já fornecido pelo SUS lhe é ineficaz ou insuficiente para a defesa de sua saúde. No caso, também é conveniente que o tratamento fornecido pela rede privada é eficaz. Normalmente, a prova utilizada é o laudo pericial ou um consistente atestado médico, o qual demonstre a necessidade da medida.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 199.

Diante desse contexto, é possível vislumbrar que, diante desse processo, foi preciso uma reforma não somente no âmbito administrativo e financeiro como também dentro da seara jurídica-institucional vigente para que se cumpra a expressa determinação constitucional de garantir e efetivar o direito à saúde.

### *1.3.3. Do Sistema Único de Saúde brasileiro*

Conforme foi analisado anteriormente, com a redemocratização, o debate envolvendo a universalização dos serviços públicos atinentes à saúde intensificou-se e alcançou destaque dentro do cenário brasileiro.

Diante disso, é possível perceber o relevante papel desempenhado pela Constituição Brasileira de 1988 para contribuir com esse processo de universalização do direito à saúde. Nesse contexto, convém destacar que, sob a ótica federativa, o referido texto constitucional inseriu a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios a fim de legislarem acerca da proteção e defesa da saúde.

No que tange ao aspecto administrativo, ou seja, na formulação e execução de políticas públicas da saúde, a Carta Magna também atribuiu a competência comum entre os referidos entes políticos.

Em razão dessa abrangente atribuição de competências entre os entes federativos, é possível constatar a tendência para a universalização das ações relativas ao direito à saúde, tendo como objetivo o equilíbrio e o bem-estar social.

Nesse contexto, surgiu o Sistema Único de Saúde (SUS) o qual representou um importante marco dentro do contexto de concretização dos direitos sociais, tendo em vista que determinou um novo arcabouço jurídico-institucional das políticas públicas atinentes à saúde.

O SUS foi implementado por intermédio da Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 denominada Lei Orgânica da Saúde. Após dois meses de sua promulgação, o referido diploma legislativo sofreu alteração da Lei n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990 a qual dispôs acerca da participação da comunidade na gestão desse sistema.

Esse sistema constitui-se como um conjunto de ações e serviços atrelados à saúde, os quais são prestados pelos entes federativos, bem como os respectivos órgãos e demais instituições que compõem a administração indireta conforme dispõe o art.4º da Lei n. 8.080/90. Impende destacar que, no tocante à iniciativa privada, o SUS poderá participar em caráter complementar.

O SUS apresenta de forma ampla a concepção do direito à saúde, bem como orienta a função do Estado na concretização desse direito. Insere, ainda, espaços e instrumentos para a democratização e o compartilhamento da gestão do sistema no cenário dos entes federativos<sup>58</sup>.

No âmbito constitucional, convém ressaltar o art. 196, posto que explicita de que forma o ordenamento jurídico brasileiro encara o direito à saúde<sup>59</sup>. Deste modo, é possível constatar a abrangência ampla desse direito, tendo em vista que é de todos.

Além disso, o referido artigo define o papel fundamental do Estado na sua efetivação do referido direito, o qual deve ser garantida por intermédio de políticas sociais e econômicas que tenham como principal meta a redução dos riscos de doença assim como também o acesso universal e igualitário.

Ao analisar o dispositivo constitucional, se pode vislumbrar o conteúdo ideológico do legislador constituinte que manifestou notória preocupação com o bem-estar, a justiça social e a igualdade na garantia dos direitos sociais, em especial, da saúde. Dentro de um raciocínio lógico fundado na equidade e na universalidade, se verifica a intenção de exigir do poder público medidas mínimas que garantam uma sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, ao analisar a Lei n. 8.080/90, é possível vislumbrar a harmonia dos dispositivos legais com os preceitos constitucionais, respeitando a garantia dos direitos fundamentais. Isso pode ser constatado mediante os termos expostos no art. 2º, pois reforça a ideia de que a qualidade da saúde deve ser vista como um “direito fundamental humano”, determinando ao Estado a obrigação de efetivar o seu exercício.

Ressalta, ainda, que esse dever estatal fundamental de garantir a saúde é executado mediante a “formulação e execução de políticas econômico-sociais” com o objetivo de reduzir os riscos de doenças e outros agravos. Porém, a Lei n. 8.080/90 não exclui também o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade na efetivação desse direito<sup>60</sup>.

Ao tratar dos objetivos do SUS, a referida lei, em seu art. 5º, elenca como os principais: identificar e divulgar os fatores que condicionam e determinam a saúde; formular políticas públicas atinentes à saúde com fulcro em promover o acesso igualitário e universal de suas ações e seus serviços; e assistir às pessoas por meio das referidas ações.

---

<sup>58</sup> NORONHA, J.C.; LIMA, L.D.; MACHADO, C.V.. op. cit., 2008, p. 435-472.

<sup>59</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>60</sup> Art. 2º (...): § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

No tocante aos seus princípios e suas diretrizes<sup>61</sup>, existe uma vasta linha a qual serão enfatizados os seguintes: universalização do direito à saúde; descentralização como direção única para o sistema; integralidade da atenção à saúde; e participação popular com fulcro no controle social.

No que concerne à universalização, esta se apresenta como garantia de que todos os cidadãos tenham acesso às ações e aos serviços de saúde em todos os níveis, não devendo haver privilégios e barreiras.

A respeito da descentralização, o SUS realiza a redistribuição das responsabilidades envolvendo as ações e os serviços da saúde entre os vários níveis de Governo. O pressuposto utilizado é o de que quanto mais próximo o gestor estiver dos problemas de uma comunidade, mais chances existirão para solucioná-los.

Impende ressaltar que essa descentralização segue determinados critérios. Dentre eles, se pode destacar que a regionalização e a hierarquização devem seguir rumo à municipalização, bem como o papel da sociedade no controle e na participação de modo que a gestão deva ser transparente e clara.

A despeito da integralidade da atenção à saúde, deve haver o reconhecimento de que cada comunidade deve ser vista conforme sua realidade e que a promoção da saúde deve abranger todos os níveis de assistência, dando ênfase à atenção básica.

A participação popular, por sua vez, é uma diretriz imprescindível para a garantia do direito à saúde mediante o controle social, posto que fortalece o sistema e permite que o usuário obtenha maiores conhecimentos acerca da concepção “saúde-doença”.

Acerca da abrangência do sistema, convém destacar a definição das competências entre os entes federativos.

---

<sup>61</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Nesse contexto, ao dispor acerca da competência, a Constituição brasileira de 1988<sup>62</sup> consolidou a atribuição comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública. Ou seja, na garantia desse direito todos são corresponsáveis.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, a Lei n. 8.080/90 elenca um extenso rol de atribuições comuns entre os referidos entes federativos, dentre as quais cabe destacar as seguintes: definir instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde; administrar os recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde; acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e das condições ambientais; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente; participar na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde; elaborar a proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde; elaborar normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública; implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente; elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Apesar das diversas atribuições comuns, a competência de execução compreende em sua maior abrangência em sede de direção estadual e municipal conforme será visto em outro tópico.

No caso da União, seu papel é de normatizar o conjunto das ações e dos serviços, identificando os riscos e as necessidades de cada região. O Estado, por sua vez, assume a competência de ser o responsável pelas ações de saúde e de planejar e controlar o SUS na sua esfera de atuação. O Município apresenta papéis mais específicos conforme sua realidade social.

Porém, impende destacar que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população não significa que o mesmo deverá custear sozinho ou isoladamente a execução de

---

<sup>62</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

determinada medida atinente à saúde. Os demais entes não devem estar isentos de tal responsabilidade.

Também é conveniente ressaltar que o SUS não se compõe apenas de serviços públicos, tendo em vista que existe ainda uma ampla rede de serviços privados que são remunerados mediante os recursos públicos da saúde.

Diante disso, é perceptível averiguar que, no âmbito das competências delimitadas aos entes federativos, as maiores dificuldades acerca da efetivação do direito à saúde apresentam-se no contexto dos Estados e, principalmente, dos Municípios. Em relação à União, como ela se insere um pouco mais distante da realidade específica, o rol de competências abrange questões mais gerais, ingerindo-se mais no contexto da normatização.

#### *1.3.4. Do problema atinente à falta de medicamentos*

Após a análise acerca do direito à saúde e sua sistematização por intermédio do SUS, é possível constatar que, no processo de descentralização desse sistema, todos os entes federativos receberam missões para a promoção e concretização desse direito. Algumas delas foram direcionadas de forma geral, atribuindo-se a todos os entes. Outras, por sua vez, foram dirigidas de maneira específica.

Como foi analisado anteriormente, o papel desempenhado pela União apresentou-se mediante uma abordagem mais genérica na concretização da saúde, no sentido de prover os recursos necessários e repassar aos demais entes (Estado e Municípios<sup>63</sup>), bem como normatizar algumas disposições acerca do direito à saúde e sua abrangência no cenário brasileiro.

Os Estados<sup>64</sup> e Municípios<sup>65</sup>, por sua vez, apresentaram funções mais específicas, direcionadas à realidade concreta de sua região, contribuindo para que, no âmbito do sistema regionalizado, ocorra a busca cada vez melhor para a concretização do direito à saúde.

---

<sup>63</sup> No Município de Fortaleza, por exemplo, pode-se constatar que os gastos orçamentários relativos à saúde apresentam-se sobre o percentual de 23 a 25% do orçamento total no ano de 2011. Em 2010, o montante gasto foi de R\$ 1.096.056.822,50. (Esses dados foram apresentados na Audiência Pública realizada pela Promotoria da Defesa da Saúde Pública do Ceará no dia 08 de abril de 2011 na Procuradoria Geral de Justiça).

<sup>64</sup> Conforme explicita o art. 17 da Lei n. 8.080/90, a direção estadual do SUS compreende: a promoção da descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; o acompanhamento, o controle, bem como a avaliação das redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); a prestação de apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; a coordenação e, em caráter complementar, execução das algumas ações e de determinados serviços (vigilância epidemiológica e sanitária, alimentação, nutrição e saúde do trabalhador).

<sup>65</sup> No caso dos Municípios, o art. 18 da Lei Orgânica da Saúde informa que a direção municipal do SUS abrange algumas atribuições dentre as quais convém destacar: o planejamento, a organização, o controle e avaliação as

Ressalta-se, mais uma vez, que a divisão de competência não isenta todos os entes federativos da responsabilidade geral na prestação dos serviços atinentes à saúde, nem tampouco a competência foi traçada de forma irrestrita em relação a todas as questões. Afinal, a efetivação do direito à saúde importa em mobilização de recursos financeiros de todo o Poder Público.

Impende destacar que problema atinente à efetivação do direito à saúde atinge todo o Brasil. Diante disso, para tratar da temática envolvendo as dificuldades dessa efetivação, os quais vêm ocasionando uma excessiva quantidade de ações judiciais se objetivou conhecer melhor a questão atinente à falta de medicamentos<sup>66</sup>, tendo em vista o relevante número apresentado nos últimos anos atinentes às ações judiciais que abrangem esse tema.

Nesse sentido, cabe realizar uma abordagem acerca das políticas públicas atinentes aos medicamentos para se compreender de que forma esse problema relacionado à falta de fornecimento se expandiu no Brasil.

#### 1.3.4.1. Da abordagem acerca dos medicamentos no Brasil

A temática relativa aos medicamentos no Brasil não é recente. Como é possível constatar, desde 1973 já existe regulamentação legal que trata acerca desse tema, mediante o controle sanitário junto ao comércio de medicamentos.

Convém esclarecer o conceito legal de medicamento<sup>67</sup>, o qual é considerado um produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico<sup>68</sup>. Ou seja, diante dessa definição, é possível constatar o relevante papel desempenhado pelo medicamento para a garantia do direito fundamental à saúde ao brasileiro, tendo em vista que sua finalidade é exatamente buscar a cura de determinadas doenças.

---

ações e os serviços de saúde de modo a gerir e executar os serviços públicos de saúde; a participação no planejamento, na programação e na organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), articulando-se com sua direção estadual; o controle e fiscalização dos procedimentos dos serviços privados de saúde.

<sup>66</sup> A título de exemplo, um dos graves problemas quanto à falta de medicamentos no Estado do Ceará, apresenta-se em grande quantidade quanto aos medicamentos referentes ao tratamento de câncer.

<sup>67</sup> Esse conceito se encontra definido no art.4 da Lei n. 5.991 de 17 de dezembro de 1973, a qual dispõe sobre o controle sanitário de medicamentos e outros produtos na área farmacêutica.

<sup>68</sup> Impende destacar que o medicamento se diferencia do conceito de “**droga**”, a qual se define como a substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária, bem como o medicamento também é distinta do “**insumo farmacêutico**” que se configura como droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes.

Além disso, impende esclarecer que, no tocante aos medicamentos, existe uma divisão, envolvendo as seguintes classes: o de referência, o similar e o genérico<sup>69</sup>. O medicamento de referência é considerado aquele produto inovador, o qual foi registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, apresentando eficácia, segurança e qualidade devidamente comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro.

O medicamento similar, por sua vez, é aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresentando a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica do medicamento referência, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca.

Por fim, o medicamento genérico<sup>70</sup> é conceituado como um produto semelhante ao de referência, sendo com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB<sup>71</sup> ou, na sua ausência, pela DCI<sup>72</sup>.

Nesse contexto, em que o medicamento ocupou uma posição relevante no cenário nacional por ser a principal tecnologia utilizada para prevenir e tratar problemas de saúde, é conveniente abordar acerca do papel essencial desempenhado pela Assistência Farmacêutica, a qual tem sido amplamente discutida no Brasil, sobretudo na última década.

Sua gestão efetiva vem ganhando importância no cenário nacional devido à sua aplicabilidade na racionalização do uso de medicamentos, o que diminui consideravelmente os gastos com recursos terapêuticos. Diante disso, se constata que essa área vem sendo considerada estratégica para a tomada de decisões em saúde, representando um complexo campo de trabalho no SUS. Com caráter multiprofissional, a Assistência Farmacêutica abrange os serviços relacionados com medicamentos e outros insumos terapêuticos utilizados nos serviços de saúde.

---

<sup>69</sup> Essa classificação se encontra inserida na Lei n. 6.360 de 23 de setembro de 1976.

<sup>70</sup> A legislação atinente dos medicamentos genéricos é a Lei n. 9.787 de 10 de fevereiro de 1999.

<sup>71</sup> Denominação Comum Brasileira, ou seja, denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo, a qual foi aprovada pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária.

<sup>72</sup> Denominação Comum Internacional que significa a denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo, o qual foi recomendado pela Organização Mundial de Saúde.



Cabe esclarecer, ainda, que, nos últimos anos, a Assistência Farmacêutica<sup>73</sup> no âmbito do Sistema Único de Saúde vem sendo implementada pelos Municípios, Estados e União no sentido de mostrar uma alternativa estratégica para o aumento e a qualificação do acesso da população aos medicamentos.

Nesse contexto, o Ministério da Saúde, com base na Política Nacional de Assistência Farmacêutica, tem desenvolvido diversas ações estruturantes para qualificar a gestão da assistência farmacêutica e promover o acesso racional aos medicamentos, tais como: o Sistema Nacional de Gestão da Assistência Farmacêutica (HORUS); A publicação das Diretrizes para a Estruturação de Farmácias no âmbito do Sistema Único de Saúde; e a regulamentação do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).

Com relação ao referido sistema, o mesmo visa instrumentalizar a gestão municipal para auxiliar no planejamento, monitoramento e avaliação das ações da Assistência Farmacêutica, integrando as informações do nível central com as das farmácias das unidades de saúde e das Centrais de Abastecimento Farmacêutico. Além disso, possibilita aos gestores do SUS o aperfeiçoamento de mecanismos de controle, bem como aplicação dos recursos financeiros.

Já a publicação das diretrizes em prol da estruturação das farmácias no âmbito do SUS tem o objetivo de suprir a lacuna deixada nos documentos e normas técnicas produzidas pelo sistema de saúde brasileiro, principalmente no que diz respeito à construção e à estruturação de farmácias no SUS.

Nesse sentido, se verifica a necessidade das unidades de saúde dispuserem de farmácias com infraestrutura física, recursos humanos e materiais que permitam a integração dos serviços e o desenvolvimento das ações de assistência farmacêutica de forma integral e eficiente, permitindo a garantia da qualidade dos medicamentos, o atendimento humanizado e a efetiva implementação de ações para a promoção de melhorias nas condições de assistência a saúde.

A regulamentação da CEAF, por sua vez, ocorreu com vistas à ampliação do acesso a medicamentos no âmbito do SUS, garantindo, assim, a integralidade do tratamento

---

<sup>73</sup> A Assistência Farmacêutica tem sido amplamente discutida no Brasil, sobretudo na última década. Sua gestão efetiva vem ganhando importância no cenário nacional devido à sua aplicabilidade na racionalização do uso de medicamentos, o que diminui consideravelmente os gastos com recursos terapêuticos. Essa área de Assistência Farmacêutica vem sendo considerada estratégica para a tomada de decisões em saúde, já que o medicamento ocupa uma posição relevante, representando a principal tecnologia utilizada para prevenir e tratar problemas de saúde. Nesse sentido, a Assistência Farmacêutica representa um complexo campo de trabalho no SUS. Com caráter multiprofissional, abrange os serviços relacionados com medicamentos e outros insumos terapêuticos utilizados nos serviços de saúde.

medicamentoso na forma de linhas de cuidado, definidas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Neste Componente, o SUS disponibiliza tratamento medicamentoso para diversas doenças.

Nesse sentido, foi que surgiu a importância da implantação da relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), a qual se tornou uma ferramenta importante como estratégia racional para a definição dos medicamentos a serem disponibilizados no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Nessa lista, constam os medicamentos essenciais que tratam das doenças mais comuns na população brasileira e, com base nela, os Estados e os Municípios constroem sua própria relação de medicamentos<sup>74</sup>.

Ademais, é importante esclarecer que essa relação é de responsabilidade do Ministério da Saúde e tem a finalidade precípua de orientar a política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, apontando as prioridades nacionais na área da saúde relacionada à produção de medicamentos e no desenvolvimento de insumos estratégicos para a saúde, a fim de dotar o Brasil de capacidade tecnológica e produtiva no intuito de atender as necessidades do Sistema Único de Saúde.

Na RENAME constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, baseados na denominação comum brasileira (DCB). Pode-se ressaltar, ainda, que estes medicamentos elencados na lista possuem um ou mais princípios ativos, registrados na ANVISA, apresentando menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Além disso, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas.

Nesse contexto, cabe mencionar que o Brasil elabora essas listas de medicamentos considerados essenciais desde 1964. Em 2005, o Ministério da Saúde instituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME (COMARE)<sup>75</sup>, os quais são participantes vinte membros, incluindo representantes de universidades brasileiras, entidades civis e científicas, além das três instâncias gestoras do SUS<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Os medicamentos da atenção básica constam na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), lista com os medicamentos que tratam as doenças que mais acometem a população brasileira. O Ministério da Saúde realiza o repasse da verba mensalmente para Estados e Municípios comprarem esses medicamentos. A distribuição desses medicamentos é responsabilidade dos Estados e Municípios.

<sup>75</sup> Importa destacar que todos os membros dessa comissão firmaram Termo de Declaração de Interesses, o qual realiza a delimitação do 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.

<sup>76</sup> A edição atualizada da RENAME encontra-se disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2013. Além disso, no

Quanto à competência dos entes federativos, relacionada à distribuição de medicamentos, convém esclarecer que a União, em conjunto com os Estados e o Distrito Federal, teve como foco a aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional (de dispensação)<sup>77</sup>, ou seja, aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, atingindo um número limitado de pacientes. São medicamentos considerados de alto custo seja no tocante ao valor unitário como em virtude da utilização por período prolongado<sup>78</sup>.

À gestão estadual incumbiu-se a definição acerca do rol de medicamentos a serem adquiridos diretamente pelo Estado e os atinentes à distribuição em caráter excepcional. No tocante aos Municípios, cabe elencar a relação dos medicamentos essenciais<sup>79</sup> com base na RENAME, bem como executar a assistência farmacêutica. A finalidade precípua do Município é de assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica, além de outros que estejam elencados no Plano Municipal da Saúde.

Diante do que foi exposto, se verifica que essa abordagem inicial se mostrará extremamente relevante para a compreensão acerca dos aspectos relacionados às políticas públicas atinentes ao fornecimento de medicamentos no Brasil, principalmente no que concernem as causas relativas à intervenção judicial.

#### 1.3.4.2. Das políticas públicas relacionadas aos medicamentos no Brasil

Ao se tratar acerca do assunto envolvendo a distribuição dos medicamentos, é possível constatar a extrema dificuldade dos cidadãos brasileiros em consegui-los de forma gratuita pela rede pública de saúde. Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), mais da metade dos brasileiros que já necessitaram de medicamentos afirma que não encontrou no SUS o remédio prescrito.

Essa falta de medicamentos no Brasil não é um problema atual, posto que, desde a extinção da Central de Medicamentos (CEME)<sup>80</sup> em 1997, o qual decorreu em virtude de

---

exercício de 2012, foi publicada a Portaria n. 533 de 28 de março de 2012, estabelecendo o rol de medicamentos e insumos da RENAME no âmbito do SUS.

<sup>77</sup> Dentre os medicamentos excepcionais, é possível citar aqueles referentes ao tratamento de transplantados, portadores de insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, hepatite viral crônica, esquizofrenia.

<sup>78</sup> Conforme a Portaria n. 2.577 de 27 de outubro de 2006, é aprovado o componente de medicamentos de dispensação excepcional e elencado o rol de medicamentos que se encontram sob a responsabilidade da União.

<sup>79</sup> Impende ressaltar que a OMS define quais são os medicamentos essenciais com fulcro em atingir as necessidades básicas da população. São medicamentos de menor custo os quais devem ser acessíveis para a sociedade em qualquer momento.

<sup>80</sup> Essa Central de Medicamentos foi instituída mediante o Decreto n. 68.806 de 25 de junho de 1971 e tinha a incumbência de promover e organizar o fornecimento, por preços acessíveis, de medicamentos de uso humano àqueles que, por carência de recursos, não pudessem adquiri-los. Posteriormente, por intermédio do Decreto n. 2.283 de 24 de julho de 1997, a CEME foi extinta, deixando os compromissos dessa central destinados ao Fundo

constantes atos de corrupção, o governo brasileiro tomou algumas medidas no sentido de minimizar esse grave problema.

Diante disso, se mostraram necessárias algumas mudanças no plano das políticas públicas relacionadas ao fornecimento de medicamentos. Uma dessas mudanças foi relacionada com a implantação da Política de medicamentos genéricos, a qual contribuiu de forma bastante significativa no auxílio de propiciar o maior acesso aos medicamentos. Outro grande exemplo foi relacionada à criação de legislação específica que tratasse da distribuição gratuita de alguns medicamentos como no caso dos anti-retrovirais para tratamento do vírus HIV<sup>81</sup>, diabetes<sup>82</sup>, hipertensão e asma<sup>83</sup>.

Nesse contexto, políticas públicas foram lançadas com vistas a suprir as constantes carências de fármacos como o caso da “Farmácia Popular”<sup>84</sup>, implantada pelo governo federal, destinando a ampliação do acesso aos medicamentos mediante a previsão de venda de medicamentos<sup>85</sup> com preços 90% mais baixos do que o praticado pelo mercado<sup>86</sup>.

Impende destacar a relevância da Política Nacional de Medicamentos<sup>87</sup>, a qual foi criada em 01 de outubro de 1998 diante da grande necessidade em se dispor, expressamente, de uma

---

Nacional de Saúde. É importante destacar, ainda, que a CEME foi responsável pela Assistência Farmacêutica no Brasil até 1997 e, ao ser desativado devido a vários problemas, suas atribuições foram transferidas para diferentes órgãos e setores do Ministério da Saúde.

<sup>81</sup> A lei n. 9.313 de 13 de novembro de 1996, instituiu a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

<sup>82</sup> Regulamentada pela Lei n. 11.347 de 27 de setembro de 2006, a qual dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos.

<sup>83</sup> Essa distribuição gratuita foi implantada pelo Programa do Governo Federal denominado “Saúde não tem preço” a partir de 2011. A distribuição gratuita é fruto de um acordo do Ministério da Saúde com sete entidades da indústria e do comércio do setor farmacêutico. Para receber os remédios, os cidadãos precisam apresentar o CPF, um documento com foto e a receita médica (desde que emitida há até 120 dias) em qualquer um dos 15 mil estabelecimentos conveniados à rede “Aqui Tem Farmácia Popular”. Em 2012, foi iniciada a distribuição gratuita de remédios para a asma junto às farmácias populares da rede própria (administradas pelo Governo Federal) e nas unidades privadas conveniadas ao programa Aqui Tem Farmácia Popular. Essa nova inclusão de medicamentos no programa fez parte da ação do Programa “Brasil Carinhoso”, lançado pela União, cujo objetivo seria tirar da miséria crianças de 0 a 6 anos de idade. Nesse contexto, a asma encontra-se entre as principais causas de internação entre crianças nesta faixa etária. Em 2011, do total de 177,8 mil internações no Sistema Único de Saúde (SUS) em decorrência da doença, 77,1 mil foram crianças com esta idade. Além disso, em torno de 2,5 mil pessoas morrem por ano por causa da asma.

<sup>84</sup> Essa rede de farmácias populares foi fruto de uma parceria realizada pelo Ministério da Saúde, por intermédio da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), com os Estados, Municípios e hospitais filantrópicos. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id\\_area=1095](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1095)>. Acesso em: 30 jul 2013.

<sup>85</sup> Esse programa governamental engloba somente a lista de medicamentos essenciais mais consumidos pela população.

<sup>86</sup> Impende destacar que existem alguns críticos à implantação da política pública do governo federal relacionada à criação das farmácias populares, pois, segundo eles, o programa não respeitaria o princípio da universalidade do SUS, retirando recursos da distribuição gratuita, sendo apenas um jogo de *marketing* do governo do que uma política pública propriamente dita.

<sup>87</sup> A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições

política relacionada à questão dos fármacos. Seu objetivo precípua foi de fomentar a garantia da necessária segurança, eficácia e qualidade dos produtos farmacêuticos, mediante a promoção do uso racional e do acesso à população, principalmente quanto aos medicamentos considerados essenciais<sup>88</sup>.

A justificativa para a implantação dessa política decorreu das constantes mudanças ocasionadas no perfil epidemiológico que, atualmente, compreende doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos, bem como outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS. Além disso, decorreu do aumento da morbimortalidade, decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Ademais, também foi possível constatar o crescente envelhecimento populacional, o qual gerou novas demandas, cujo atendimento requer a constante adequação do sistema de saúde.

Ou seja, o Poder Público (Federal, Estadual e Municipal) vislumbrou as modificações qualitativas e quantitativas no consumo de medicamentos, as quais, sem dúvida, foram influenciadas pelos indicadores demográficos que demonstraram clara tendência de aumento na expectativa de vida ao nascer.

Nesse contexto de mudanças realizadas pela Política Nacional de Medicamentos, impende destacar a criação, em 26 de janeiro de 1999, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>89</sup>, bem como definido o sistema nacional de vigilância sanitária com o objetivo de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras<sup>90</sup>.

Nesse sentido, cabe à ANVISA autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos e serviços que envolvam riscos à saúde pública, bem

---

da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)". Essa política foi inserida mediante a Portaria n. 3.916 de 30 de outubro de 1998.

<sup>88</sup> Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

<sup>89</sup> Lei n. 9.782 de 26 de janeiro de 1999, oriunda da Medida Provisória n. 1.791 de 1998.

<sup>90</sup> A finalidade dessa agência encontra-se inserida no art.3 da Lei n. 9.782/99.

como a comercialização de medicamentos. Além disso, lhe incumbe regulamentar, controlar e fiscalizar os medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias<sup>91</sup>.

Diante disso, é possível constatar a salutar importância desempenhada pela ANVISA no contexto da garantia do Poder Público nas prestações de saúde, em especial, no tocante ao fornecimento de medicamentos, tendo em vista que a referida agência tem a função de fiscalizar, controlar a devida distribuição e comercialização dos referidos fármacos de modo a preservar o compromisso constitucional de proteger e efetivar o direito fundamental à saúde.

Nesse contexto de políticas públicas em prol do fornecimento de medicamentos, também é importante ressaltar que, no ano de 2003, a ANVISA adotou medidas no sentido de redefinir as regras quanto ao registro de medicamentos no Brasil<sup>92</sup> e sua respectiva renovação<sup>93</sup>.

Porém, apesar do surgimento dessas importantes mudanças em prol do fornecimento de medicamentos, se constatou que o problema atinente a essa distribuição não foi solucionado, ocasionando, assim, diversas demandas judiciais perante o Poder Público em detrimento da constante escassez desses fármacos.

Impende destacar que além de ser um grave risco à saúde do cidadão, a falta de medicamentos nas unidades de saúde, geralmente, implica em um caro custo aos cofres públicos, posto que, com o agravamento da doença, as chances são maiores para que além do fornecimento de medicamento, o paciente necessite de internação em hospital. Ou seja, os custos com a internação e outros procedimentos serão ainda maiores do que somente o fornecimento do fármaco.

Desta forma, diante da realidade apresentada, será realizada uma avaliação no sentido de compreender o porquê de tantas afrontas ao direito à saúde no Brasil, fazendo com que o número de ações judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos crescesse de forma bastante expressiva.

---

<sup>91</sup> As competências estão abrangidas nos arts. 7º e 8º da referida legislação.

<sup>92</sup> Conforme dispõe a Lei n. 6.360 de 23 de setembro de 1976 (dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos), o registro significa uma inscrição, em livro próprio, após o despacho concessivo do dirigente do órgão do Ministério da Saúde, sob número de ordem, do medicamento, com a indicação do nome, fabricante, da procedência, finalidade e dos outros elementos que os caracterizem.

<sup>93</sup> A Política vigente para a regulamentação de medicamentos no Brasil se encontra disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/manual\\_politica\\_medicamentos.pdf](http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/manual_politica_medicamentos.pdf)> Acesso em 30 jul. 2013.

Ao tratar dos motivos pelos quais não se atendem as solicitações de alguns cidadãos quanto ao fornecimento de medicamentos, Estados e Municípios apresentam, em boa parte dos seus argumentos, a questão acerca da carência de recursos disponíveis, fazendo a adoção da reserva do possível como meio de se esquivarem da responsabilidade constitucional de se garantir o direito à saúde<sup>94</sup>. A União, por sua vez, informa que realiza o repasse com base nos planos municipais e estaduais e que a responsabilidade seria dos referidos entes.

Em outras situações, esclarecem que o não fornecimento decorreu da não abrangência do medicamento solicitado no âmbito da legislação atinente, tendo em vista que não se apresenta no rol autorizado pela Agência de Vigilância Sanitária.

É verdade que não se pode conceder qualquer medicamento solicitado que não esteja condizente com as normas legais. Isso porque, em algumas demandas judiciais, se verificam pedidos de tratamentos experimentais ou de medicamentos de marcas específicas os quais apresentam as apresentações disponíveis no orçamento dos referidos entes pela classificação de similar ou genérico.

Nesse caso, conforme se verá adiante de forma mais aprofundada, a negativa do ente em conceder a medicação se faz cabível. Porém, o que não se pode é permitir que situações amparadas pela legislação ou políticas públicas já criadas estejam sendo afrontadas pelos Poderes Públicos sob a mera justificativa de ausência de orçamento.

Nesse sentido, será que o problema da efetivação do direito à saúde, em especial, o fornecimento de medicamentos, encontra-se inserido somente na falta de orçamento? As ações judiciais com objetivo em garantir esse direito somente apresentam impacto negativo sob a teoria da separação dos poderes? Ou será que se faz necessário uma reavaliação de que forma o Estado, o Judiciário e a sociedade vêm utilizando o direito à saúde, posto que a ideia central do presente trabalho é reforçar a extrema importância do diálogo entre os três setores de modo a se efetivar e respeitar o que a Constituição Federal brasileira, expressamente, determina.

Essas indagações tentarão ser respondidas no decorrer desse trabalho. Não será fácil diante de várias polêmicas que giram em torno do tema, porém uma coisa é certa: não há como se permitir tamanhas afrontas ao direito à saúde, posto que o assunto objeto das

---

<sup>94</sup> Nesse contexto, não se pode olvidar que, realmente, a problemática acerca dos recursos públicos precisa ser avaliada. No tocante ao Município de Fortaleza, por exemplo, o que se verifica é que os gastos atinentes à saúde são bastante representativos. No caso do Hospital Instituto Dr. José Frota, atrelado à Prefeitura, os gastos com a saúde são em torno de R\$ 5.000.000,00 enquanto o repasse do SUS é de apenas R\$ 2.700.000,00 conforme dados apresentados no primeiro semestre em 2012.

demandas trata de um direito fundamental e imprescindível a manutenção da vida e dignidade do indivíduo.

Deste modo, após esse balanço geral acerca dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, bem como a análise acerca do fornecimento de medicamentos no Brasil, será realizado o estudo em prol do acesso à justiça a fim de averiguar de que forma esse direito se instaurou na sociedade, bem como o relevante papel do Judiciário em prol da concretização do direito à saúde por intermédio da distribuição de fármacos.



## **2. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE E O SURGIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM PROL DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Como foi analisado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais passaram por um longo processo de evolução para alcançar sua devida garantia de efetividade. Esse processo foi decorrente das mudanças ocorridas no cenário social, o qual apresentou transformações significativas em prol do resguardo de direitos mínimos do homem.

No entanto, impede destacar que essas mudanças não ocorreram tão somente com relação aos direitos fundamentais, como também trouxeram relevantes modificações no âmbito das instituições, inserindo nesse contexto o Poder Judiciário.

Deste modo, se buscará dar foco às principais modificações ocorridas nessa instituição, bem como o seu papel perante o homem no decorrer dos anos, em especial na transição para o neoconstitucionalismo. Isso porque se verá como se deu a criação do fenômeno da intervenção do Judiciário junto às políticas públicas, principalmente, no que concerne à questão do fornecimento de medicamentos.

Para isso, primeiramente, foi necessário compreender as mudanças sociais no tocante à proteção dos direitos, onde se avaliou a questão da identidade entre o homem e o Estado.

### **2.1. A evolução da sociedade e a proteção aos direitos fundamentais: a busca de uma identidade entre o indivíduo e o Estado**

Conforme já foi estudado, os direitos fundamentais passaram por significativas mudanças em prol de sua garantia de proteção. Essas transformações caminharam de forma conjunta com a evolução social, na busca em se estabelecer uma identidade entre o indivíduo e a entidade estatal. Nesse contexto, surgiram as instituições estatais, as quais também apresentaram modificações que contribuíram para o alcance de identidade entre o Estado e o homem.

A estrutura estatal floresceu junto às comunidades mais complexas, onde a sociedade era fundada com base na divisão do trabalho. No entanto, convém ressaltar que, junto às comunidades arcaicas, já poderia haver indícios desse surgimento apesar desse desenvolvimento não ter sido formatado de maneira uniforme<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> HOEBEL, E.A. *The Law of Primitive Man*. Cambridge. 1967, p. 289.

Nas comunidades mais complexas, havia um poder centralizado, bem como instituições determinadas e independentes de pessoas, dotadas de jurisdição própria e normas de validade geral. Além disso, um fator determinante para a formação dessas instituições encontrou-se na necessidade de que o homem sentiu em viver em comunidade, integrando-se em um contexto social de modo a não conseguir viver sozinho e isolado<sup>96</sup>. Nessa necessidade de não viver isolado, surgiram as primeiras comunidades: desde aquelas formadas por núcleos familiares até a formação de um Estado dotado de poder político.

Com o surgimento do Estado, nasceu também a necessidade do homem compreender a atividade estatal. Nesse contexto, surge a conceito de personificação e identificação do Estado com o homem, o qual pode ser denominado “antropofornismo estatal”. Nesse âmbito, o Estado corporifica-se na consciência dos indivíduos de modo que o homem busca salientar as realizações estatais, bem como acredita no progresso que representam as instituições de um Estado<sup>97</sup>.

Diante dessa concepção do Estado, restou necessária a imposição de limites ao seu poder a fim de que não agisse de modo arbitrário e irrestrito. Deste modo, levaram-se em conta os direitos dos seus súditos, nascendo, assim, a ideia de direitos originais e irrenunciáveis do homem diante do poder do Estado.

Essa noção teve destaque, especialmente, na época da baixa Idade Média. Porém, convém ressaltar que o desenvolvimento dos direitos do homem remonta à Antiguidade grega em que se preceituou a ideia fundamental da igualdade entre os indivíduos<sup>98</sup>.

A compreensão cristã do homem como criatura à imagem de Deus também foi importante para esse crescimento da concepção do indivíduo dotado de direitos. Essa relação da imagem humana com a divina contribuiu para a noção de igualdade entre os homens diante de Deus<sup>99</sup>.

Posteriormente, veio a questão dos direitos fundamentais. Essa ideologia foi ampliada por Marsílio de Pádua, na obra “*Defensor pacis*”, segundo o qual a coletividade política é uma comunidade de homens livres. Diante disso, pelo agrupamento de cidadãos, o soberano deve vincular-se à lei e ao direito e não à Igreja ou o Papa (secularização do Estado)<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>97</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.69-70.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 2006, p. 99.

<sup>99</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*, Livro I, questão 93, artigo 6.

<sup>100</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. *op. cit.*, 2006, p. 103.

A partir desse contexto, pensadores iluministas como Locke<sup>101</sup> ressaltaram que essa ideia, além de concentrar-se na teoria, deve prevalecer na prática, tendo uma base institucional. Nesse contexto, surgiu a importância da divisão da separação dos poderes do Estado em executivo e judiciário.

Porém, foi Montesquieu<sup>102</sup> quem destacou a estreita ligação entre essa separação dos poderes e os direitos de liberdade. Seu postulado foi incorporado pela Revolução Francesa, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão ao preceituar em seu art. 16 que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui uma Constituição”.

Esse dogma da separação dos poderes foi inserido no âmbito das demais Cartas Magnas dos países, no sentido de garantir direitos e limitar os poderes do Estado. Assim, além de proteger o homem, a entidade estatal deve promover seu desenvolvimento.

Assim, nasce uma concepção mais positivista dos direitos fundamentais, onde a liberdade não seria mais vista apenas como uma ausência de coerção, pressupondo, assim, que o homem tem a possibilidade de escolher outras alternativas<sup>103</sup>. Nesse contexto, é possível constatar o desenvolvimento institucional dos direitos fundamentais a partir da história constitucional inglesa, em que a Carta Magna, promulgada pelo rei João Sem Terra de 1215, se considerou o marco para as garantias institucionais<sup>104</sup>.

Posteriormente, com base no conceito de devido processo legal introduzido pela *Petition of Rights* de 1627, houve uma nova concepção acerca da realização dos direitos fundamentais, bem como na institucionalização de um procedimento que garantisse a liberdade do cidadão que teria o direito de ser julgado de forma justa. Desta forma, a Constituição assumiu um novo papel no cenário social, tornando-se parâmetro para a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, em que sucedeu o Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais, na qualidade de direitos público-subjetivos de pessoas inseridos nas Constituições<sup>105</sup>, passaram a serem

---

<sup>101</sup> LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>102</sup> MONTESQUIEU, Ch.- L. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>103</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. op. cit., 2006, p. 117-118.

<sup>104</sup> Ibid., 2006, p. 121.

<sup>105</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op.cit., 2008, p. 49.

considerados “bússolas das Constituições”<sup>106</sup>, ou seja, verdadeiros “*conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático”<sup>107</sup>.

Nesse contexto, a Constituição adotaria mecanismos de regência do processo de produção das leis, bem como seria instrumento de limitação ao conteúdo legal, instituindo deveres de atuação estatal. O Estado tinha o exercício de seu poder limitado aos ditames constitucionais<sup>108</sup>. O novo sistema incluiu, junto aos documentos constitucionais, princípios e os direitos fundamentais, bem como proibições impostas inclusive aos poderes públicos<sup>109</sup>.

Essas transformações contribuíram para o surgimento do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, o qual se caracterizou pela normatividade das disposições constitucionais e a superioridade hierárquica das Constituições que não se limitaram a estabelecer apenas competências e separação dos poderes, contendo normas que condicionam a atuação do Estado.

Ou seja, perante o Estado, a Constituição deixou de ser mero documento político à norma jurídica suprema. Não seria apenas mera folha de papel, passando a adquirir o destaque de lei fundamental de uma nação<sup>110</sup>, não se abstraindo da realidade histórica concreta de seu tempo<sup>111</sup>.

Esse novo constitucionalismo poderia sintetizar-se no fato de que o conteúdo da Constituição não se esgotava no sentido de seus termos e enunciados e que a natureza última das normas constitucionais era axiológica<sup>112</sup>.

Nesse trajeto de mudanças sociais, jurídicas e institucionais relatados acima, vieram transformações no contexto do papel do Poder Judiciário para proteção e garantia desses direitos os quais adquiriram posição de destaque nas Constituições. Desta forma, será analisado a seguir a nova função desempenhada pelo referido poder no objetivo de concretizar a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2008, p. 615.

<sup>107</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter. op. cit., 1979.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2009, p. 59.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Sobre Los Derechos Fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo em su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel (Ed). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 71.

<sup>110</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 11.

<sup>111</sup> Id. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

<sup>112</sup> AMADO, Juan Antonio Garcia. *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*. CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo em su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel (Ed). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 239..

## 2.2. O Poder Judiciário e sua função concretizadora de direitos fundamentais

Após compreender o papel do Judiciário na sociedade, convém esclarecer o modo pelo qual o movimento de acesso à justiça surgiu na comunidade estatal, bem como a influência desse poder no contexto de garantir os direitos fundamentais.

### 2.2.1. O surgimento do movimento em prol do acesso à justiça e seu contributo à garantia dos direitos fundamentais

Primeiramente, impende ressaltar que a concepção de acesso à justiça não é recente. Ela desenvolveu-se mediante um longo processo de evolução político-jurídica estatal.

No Estado Liberal, os procedimentos adotados para a solução dos litígios apresentavam caráter bastante individualista. O direito ao acesso à justiça era concebido pelo âmbito estritamente formal, no qual a justiça somente seria obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos. Diante disso, esse movimento, desenvolvido na transição do Estado Moderno para o Estado do Bem-Estar Social, propiciou um novo significado às lutas em defesa dos direitos humanos.

O acesso à justiça contribuiu para o reconhecimento dos direitos e deveres sociais, exigindo-se uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir seu gozo. Nesse contexto, é possível afirmar sua importância como instrumento necessário para efetivar outros direitos, sendo, inclusive considerado o mais básico de todos, consagrado na Constituição<sup>113</sup>.

Nesse contexto, é possível constatar que o acesso à justiça se configura como o “ponto central da moderna processualística”<sup>114</sup>. Para garanti-lo, buscou-se, primeiramente, a identificação de seus obstáculos. Os principais empecilhos atrelavam-se a alguns fatores, tais como: econômico (a resolução formal dos litígios era dispendiosa); temporal (as demandas duravam muito tempo); formal (o processo era repleto de formalidades burocráticas); e social (distanciamento entre o Judiciário e sociedade).

A partir da análise desses empecilhos, surgiram as soluções, configurando a chamada “terceira onda” do acesso à justiça, a qual teve como foco as instituições e os mecanismos, bem como as pessoas e os procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

---

<sup>113</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamentos, 1996.

<sup>114</sup> CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 13.

O enfoque do acesso à justiça trouxe uma série de implicações, contribuindo para significativas reformas no âmbito do aparelho judicial, as quais podem ser vislumbradas em diversos países e continentes.

Na Europa, por exemplo, as reformas nos procedimentos acentuaram a oralidade, a livre apreciação de prova e a concentração dos atos processuais. Ampliou-se, assim, o contato imediato entre o juiz e as partes. Na Áustria, algumas reformas contribuíram para tornar o processo simples, rápido, barato e acessível aos mais carentes de recursos financeiros.<sup>115</sup>

Na Alemanha, a reforma gerada pelo modelo de *Stuttgart* acelerou o procedimento por intermédio do diálogo oral e ativo entre o juiz e as partes. No âmbito da Europa Oriental e da União Soviética, outras mudanças também foram favoráveis para esse movimento, contribuindo para a informalidade e rapidez na solução do litígio. Nos Estados Unidos, o juiz adquiriu papel mais ativo, maximizando as oportunidades de que o resultado final do processo fosse justo.

Nesse sentido, foi possível constatar que essas reformas propiciaram a criação de procedimentos mais simplificados, gerando julgadores mais informais. Nesse contexto, se ressalta a mudança de postura dos julgadores, os quais se apresentaram mais ativos, manifestando-se no sentido de facilitar a equalização das partes.

Diante disso, pode-se constatar a nova concepção de acesso à justiça, a qual pode defini-lo como um direito *lato sensu*<sup>116</sup> tendo em vista que abrange conteúdo material (direito de ação) e recursos efetivos (garantias processuais) capazes de permitir a garantia de todos os demais direitos.

Nesse sentido, o acesso à justiça passou a ser, intrinsecamente, relacionado com o acesso à “ordem jurídica justa”, não podendo ser identificado com a “mera admissão ao processo” ou a “possibilidade de ingresso em juízo”. Configura-se como efetivo instrumento de realização dos direitos fundamentais. Tudo isso contribuiu para a concepção de “pacificação com justiça”<sup>117</sup>.

Seguindo essa linha de entendimento, alguns elementos necessários ao alcance da ordem jurídica justa puderam ser destacados: direito à informação; adequação entre a ordem

---

<sup>115</sup> Ibid., 1988, p. 76 e 77.

<sup>116</sup> ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 168.

<sup>117</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.

jurídica e a realidade socioeconômica do país; direito de uma justiça organizada e formada por juízes inseridos na realidade social<sup>118</sup>.

Deste modo, os estudos acerca do processo passaram a dar maior enfoque nos resultados a serem alcançados pela prestação jurisdicional. A instrumentalidade e a efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Implantou-se “um novo ‘método de pensamento’, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema, abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”<sup>119</sup>.

Diante dessas mudanças advindas do movimento em prol do acesso à justiça, convém mencionar o papel do Judiciário nessa transformação.

### 2.2.2. O papel do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais

Após realizar o estudo acerca das transformações junto ao Estado e do relevante movimento em prol do acesso à justiça, convém, nesse momento, abordar a análise, envolvendo o Poder Judiciário e suas principais mudanças ocorridas no âmbito da transição do Estado Liberal para o Estado do bem-estar social<sup>120</sup>.

Em sua posição tradicional dos séculos XVII e XVIII, esse poder exerceu a mera função de identificar os conteúdos das normas, interpretando o direito. O juiz adotava o modelo de simples “boca da lei”<sup>121</sup>, respaldando-se na concepção mecanicista da interpretação do sistema e independente da realidade sócio-econômica.

Com o Estado Social, o Judiciário exerceu, em vez do papel garantidor do Estado Liberal, um caráter funcional. Passou de mero árbitro dos conflitos sociais para assumir a posição de partícipe da realização das políticas estatais. Mediante o exercício de seu caráter de guardião das leis<sup>122</sup>, constitui-se órgão que vela pela observância da Constituição e garante a ordem na estrutura governamental.

---

<sup>118</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>119</sup> DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 386.

<sup>120</sup> Nesse contexto, cabe mencionar o apontamento realizado na seguinte obra: “O chamado poder Judicial encontra-se assim estreitamente ligado ao funcionamento do Estado como um todo, construindo mais ou menos ‘poder’ consoante as formas ou tipo de Estado a que se encontra conectado, inserindo a sua atividade global na atividade política mais vasta que o Estado desempenha, acompanhando na sua especificidade a unidade interventora e ordenadora deste último”. RUIVO, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação*. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática S.A, 1989, p. 71.

<sup>121</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 108.

<sup>122</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

Desta forma, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário tornou-se instrumento importante para a garantia do direito à ordem jurídica justa, proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como Órgão que fomenta a pacificação da justiça.

Nesse contexto, surgiu a ideia de “constitucionalização do Direito”<sup>123</sup>, associada a um efeito expansivo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, onde os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as demais normas infraconstitucionais.

Esse fenômeno repercutiu sob a atuação dos três Poderes, notadamente em sua relação com os particulares e se expandiu por vários países<sup>124</sup>, incluindo o Brasil, passando por diversos processos de mudança histórico, filosófico e teórico, aproximando o constitucionalismo da democracia.

No caso do Judiciário, mediante a universalização dos direitos fundamentais, serviu como parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado seja pela via incidental ou mediante ação direta. Ademais, condicionou a interpretação de todas as normas do sistema. Ou seja, nessa ambição ética de garantir e propagar esses direitos desenvolveu mecanismos que objetivassem tornar sua função mais efetiva.

Nessa seara, os tribunais além de constituírem “espaços de luta para os movimentos sociais e populares emergentes”, também permitiram a reinserção do próprio direito no

---

<sup>123</sup> Esse fenômeno foi iniciado com a Constituição portuguesa de 1976, perpetuado em 1978 pela Constituição espanhola e continuado pela Constituição brasileira de 1988. Nesse perfil, o documento constitucional não se limitava mais a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, definir as competências das instituições públicas mais importantes ou prever o modo de sua revisão. Sua abrangência vinha a reger todos os aspectos da vida jurídica, demonstrando que não existiriam mais fronteiras à extensão do seu domínio. Esse raciocínio doutrinário foi abordado na seguinte obra: BON, Pierre Table ronde: le cas de Espagne. In: VERPEAUX, Michel (org.) *Code Civil et Constitution(s)*. Paris: Economica, 2005, p. 95.

<sup>124</sup> Esse processo surgiu e evoluiu de forma distinta em diversos países. Nos Estados Unidos, por exemplo, considerado o berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, apresentou um documento constitucional de caráter jurídico, sendo passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário desde a Carta de 1787. Nesse contexto, essa ampla normatividade e a judicialização das questões constitucionais teve marco traçado no julgamento *Marbury v. Madison* (1803). No entanto, apesar dessa grande contribuição jurídica norte-americana, há um consenso na doutrina de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi implementado na Alemanha. Na Lei Fundamental alemã de 1949, o Tribunal Constitucional Alemão assentou os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenhou a função de instituir uma ordem objetiva de valores, trazendo como primeiro grande precedente o caso *Lüth*, julgado em 15 de janeiro de 1958. Na Itália, por sua vez, o processo de constitucionalização do direito iniciou na década de 60, consumando-se nos anos 70. Com a instalação da Corte Constitucional, as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. Por fim, na França, esse processo ainda passa por uma fase de afirmação, onde se começou a incorporar temas como a impregnação da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354-360.



contexto das relações sociais. Constatou-se, assim, uma verdadeira rede de intercâmbio<sup>125</sup> entre o Judiciário mundial, configurando-se uma “teia judicial global”<sup>126</sup>, passando a construir uma cultura comum entre os respectivos membros. Essas mudanças jurisprudenciais retratam a nova tendência mundial de acatar novos paradigmas<sup>127</sup>.

Com isso, foi possível constatar a função contramajoritária do Judiciário no Estado Democrático de Direito, a qual se manifestou mediante a busca de proteção das minorias sob o respaldo de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e igualdade<sup>128</sup>. Nesse sentido, verifica-se a verdadeira força deste poder no equilíbrio entre os demais poderes e na garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Isso demonstra uma nova imagem do Poder Judiciário segundo o qual não pode mais se fechar às transformações sociais que, pela sua dinâmica, muitas vezes, se antecipam às modificações legislativas<sup>129</sup>. Além disso, não se pode deixar de vislumbrar que essa mundialização é um fenômeno que ainda está em processo de construção.

Nesse contexto, essa nova concepção do Direito, fundada sob uma nova ótica mundial, vem superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas para consolidar uma nova ordem jurídica, garantidora de direitos fundamentais.

Deste modo, verificou-se que o diante desse novo perfil do Estado, em que se pautou a garantia dos direitos fundamentais, o Judiciário foi colocado em “posição de proeminência” em relação aos demais poderes, convertendo-se em “peça capital do sistema”, em busca da proteção desses direitos<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Esse intercâmbio pode ser vislumbrado nas decisões judiciais de alguns países. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2003, o Supremo Tribunal proferiu uma decisão (*Acórdão Lawrence v. Texas*) declarando uma lei texana, que proibia as relações íntimas entre as pessoas do mesmo sexo, contrária à Constituição.

<sup>126</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 10.

<sup>127</sup> O acórdão de 2003 foi fruto da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de Estrasburgo (ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. op. cit., 2006, p.17).

<sup>128</sup> Sobre esse princípio, convém mencionar o ponto de vista de Dworkin que assim explicita: “A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania. In: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>129</sup> Impende destacar que essa mundialização do Direito pode ser vista mediante dois aspectos: um negativo e outro positivo. A análise pessimista pode ser encontrada na obra italiana de Hugo Matter<sup>129</sup> (MATTER, Hugo. *A Theory of Imperial Law: A Study on US Hegemony and the Latin Resistance*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003) que considera esse fenômeno reflexo do imperialismo americano. Já autores franceses como Mireille Delmas-Marty (DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil, 2004) e norteamericanos como Anne-Marie Slaughter (SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004) partilham da idéia de que a mundialização contribuiu, significativamente, para a estabilização das relações entre os homens que não se encontram mais em nível de comunidade ou nação e sim num plano global e cosmopolítico.

<sup>130</sup> ROCHA, José de Albuquerque. op. cit., 1995, p. 70.

Nesse sentido, também impende destacar o relevante papel desempenhado pelo juiz nessa nova ordem jurídica, pautada em valores e princípios que garantiam a efetividade e proteção dos direitos fundamentais, o qual deixou sua antiga postura mecânica para se tornar verdadeiro protagonista nessa missão do Poder Judiciário.

### *2.2.3. O novo perfil do juiz na construção de uma nova identidade entre o Poder Judiciário e a sociedade*

A partir do que foi exposto, pode-se constatar que a relação entre o Estado e a sociedade modificou significativamente, fazendo com que o Judiciário necessitasse readequar sua estrutura diante dos novos dilemas e conflitos com fulcro em garantir os direitos fundamentais.

Essa nova concepção contribuiu para a construção da nova postura do magistrado, o qual passou a se investir no poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando eficácia máxima.

A nova realidade adotada foi determinante para que a presença desses personagens transpusesse as portas dos fóruns, ocupando, assim, espaços e desempenhando papéis que extrapolam a clássica imagem de descrição ou de extrema impessoalidade<sup>131</sup>.

Diante dos novos paradigmas enfrentados com o surgimento de novos conflitos, bem como as transformações do Estado, que se tornou Democrático de Direito, o esquema do raciocínio judicial foi repensado. Resgata-se, portanto, a ideia do antropomorfismo jurídico na qual o indivíduo identifica-se com o Judiciário no sentido de preservar seus direitos.

Surge a figura do “juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.”<sup>132</sup> O magistrado emite decisões judiciais com mais sensibilidade para esses direitos.

O retrato do Judiciário demonstra sua mudança no cenário social percebido por intermédio das decisões judiciais que provocam impactos relevantes sobre as instituições e a vida dos cidadãos.

O juiz passou a adotar uma postura mais atuante na produção de decisões vinculantes, bem como se exigiu do referido poder a continuidade em se romper as barreiras da

---

<sup>131</sup> SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. In: SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

<sup>132</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit, 2008, p. 602.

democracia, atuando na nova sistemática de produção de direitos. Isso porque quanto mais ampla for a possibilidade de acesso à justiça, maior será a contribuição dos juízes para a “produção do direito e expansão da cidadania”<sup>133</sup>.

Os novos magistrados falaram e ingressaram nos meios de comunicação de massa por intermédio de programas de televisão<sup>134</sup>, pela internet<sup>135</sup> e nas redes sociais<sup>136</sup>. Esse fato não pode ser esquecido nem tampouco negado. Além disso, eles estão conscientes desse papel nos novos tempos.

Desta forma, o Judiciário assume um caráter universal, assim como a jurisdição configura-se una. Porém, ao mesmo tempo, esse poder pode apresentar-se múltiplo, capaz de transformar-se em diversas realidades quando encarado pelo ponto de vista organizacional, econômico, sociológico e político. A partir disso, pode-se constatar o relevante papel no cenário social e sua identidade com o contexto histórico de cada época.

Com base nesse novo papel desempenhado pelo Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, é possível vislumbrar uma nova imagem que se identifica com o cidadão, reconhecendo, garantindo e protegendo seus direitos. Esse poder, personificado no magistrado, torna-se mais próximo, ativo e sensível aos novos dilemas da contemporaneidade.

No tocante às decisões judiciais, ressaltou-se a necessidade de mudança acerca de questões difíceis ou controversas. Naquelas pautadas por princípios, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, sem inventar novos direitos retroativamente<sup>137</sup>.

Os juízes puderam exercer “um papel funcional na adequação de novos procedimentos formais à formulação de uma nova ‘vontade coletiva’”.<sup>138</sup> Ou seja, os magistrados deixaram de se limitar a tão somente interpretar a norma jurídica. Agora, são agentes mais ativos nessas transformações. Além disso, buscam, assim como os direitos fundamentais, ultrapassar as fronteiras e construir relações mais sólidas e confiantes.

---

<sup>133</sup> CAPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: op. cit., 1989, p. 119.

<sup>134</sup> Nesse sentido, convém destacar que, no Brasil, existe um canal de televisão público, de caráter institucional, administrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), chamado “TV Justiça”. Esse canal tem o propósito de ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública. A emissora busca fornecer informações, esclarecimentos, bem como amplia o acesso à justiça, tornando as decisões transparentes. Os julgamentos do STF, bem como de outros tribunais superiores são transmitidos ao vivo.

<sup>135</sup> No Brasil, os julgamentos também são transmitidos via *youtube* através do site: <http://www.youtube.com/stf>.

<sup>136</sup> Pelo *twitter*, o STF atualiza, diariamente, as principais informações da Corte, contendo mais 112 mil seguidores: [http://twitter.com/#!/stf\\_oficial](http://twitter.com/#!/stf_oficial).

<sup>137</sup> DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46.

<sup>138</sup> FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: op. cit., 1989, p. 105.

### **2.3. O raciocínio judicial pautado em princípios para a solução dos casos difíceis e a necessidade de fundamentação**

Diante dessa nova concepção de Direito e Estado, o juiz encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando eficácia máxima.

Com a constitucionalização dos tribunais e dos procedimentos judiciais, em observância aos direitos fundamentais, se verifica notável vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais a esses direitos, atuando como autênticas medidas de decisão material, servido como instrumentos de orientação às decisões judiciais<sup>139</sup>.

Nesse contexto, se ressalta a importância do modo pelo qual os juízes decidem os conflitos. Ao tratar de situações em que os Tribunais decidem ações judiciais difíceis ou controversas, se destaca um papel mais amplo desempenhado pelos Tribunais norte-americanos como reformação do direito do século XIX às necessidades da industrialização<sup>140</sup>.

Nos denominados “casos difíceis”, o magistrado adota um relevante papel de descobrir quais seriam os direitos das partes. Nesse sentido, as decisões judiciais são pautadas em princípios e não em políticas. Nessas situações, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, sem inventar novos direitos retroativamente.

Em cada decisão judicial, há certo teor moral que torna a justiça eminentemente pública, mas que o juiz deve dar a resposta certa, a melhor para o caso em concreto. A sofisticação de sua tese respalda-se no fato de que a chave da compreensão de sua proposta reside na filosofia liberal do direito pautada na instituição da argumentação jurídica.

Essa argumentação deve ser apreendida a título de exercício de interpretação construtiva, no qual o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz de referidas práticas o melhor direito possível.

A partir do contexto das decisões judiciais relativas aos denominados “casos difíceis”, convém mencionar o perfil do juiz filósofo chamado juiz “Hércules”<sup>141</sup>, o qual seria dotado de atributos como: “capacidade, sabedoria, paciência, sagacidade sobre-humanas”. Ou seja, seria o magistrado capaz proferir decisões que coadunassem com a intenção legislativa e os princípios jurídicos.

---

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., 2003.

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., 2010, p. 35-46.

<sup>141</sup> Ibid, 2010, p. 165.

No âmbito da Constituição, “Hércules” precisa analisar a questão não somente como um problema de ajuste entre teoria e regras da instituição, mas também deve levar em consideração a filosofia política.

Já, no tocante à análise legal, em determinada situação esse juiz precisa perguntar-se qual seria a interpretação mais condizente com a linguagem utilizada pelo Legislativo e suas responsabilidades institucionais como magistrado.

Nesse sentido, se pode compreender que, nos denominados “casos difíceis”, os padrões recorridos operam-se diferentemente como princípios, políticas e não somente como regras<sup>142</sup>. O termo “política” estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

O princípio, por sua vez, seria algo que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade<sup>143</sup>.

Nesse contexto, os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são aplicadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (ponderação).

Além de “Hércules”, cabe mencionar outros perfis de magistrados com base nas respectivas decisões judiciais. Surge o juiz “Herbet”<sup>144</sup>, o qual se diverge de “Hércules” em virtude de não considerar se devia ou não consultar a moralidade política antes de haver fixado os direitos jurídicos das partes. Já, “Hércules”, faz essa análise de consideração das tradições morais de determinada comunidade.

Outro juiz seria “Hermes” que, em sua teoria acerca da intenção do locutor na legislação, preceitua um magistrado semelhante ao “Hércules”, aceitando o direito como integridade. Acredita que a legislação seria a comunicação dos legisladores. “Hermes”, sendo autoconsciente em tudo que faz, irá refletir sobre as escolhas feitas pelo legislador ao aplicar as decisões judiciais<sup>145</sup>.

Após a análise dos perfis de magistrados adotada pela doutrina norte-americana, se verifica que as questões políticas, ao serem discutidas junto aos Tribunais, é exigido que a

---

<sup>142</sup> Nesse contexto, convém ressaltar que autores como Dworkin se contrapõem às ideias positivistas de HART (*O conceito de direito*. Trad. de Antônio de Oliveira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

<sup>143</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., 2010, p.36.

<sup>144</sup> Ibid., 2010, p. 196.

<sup>145</sup> Id. *O império do direito*. 2 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 382.

decisão seria específica e calcada em princípios, os quais seriam “mandamentos de otimização”<sup>146</sup>, podendo ser satisfeitos em graus variados.

Diante do que foi apresentado, se verifica o surgimento de novos conflitos, os quais exigem do juiz um papel de “guardião de promessas” na vida político-social dos países. Ao realizar a análise acerca dos “casos difíceis”, deve se revestir no papel de pacificador social, utilizando princípios que propiciem a melhor solução de modo a minimizar os prejuízos no conflito em comento. Nesse sentido, para fundamentar a decisão diante de um caso difícil, se demonstrou a necessidade em se analisar de que maneira é desenvolvido o raciocínio judicial o que será visto a seguir.

Por intermédio da análise realizada anteriormente, é possível constatar a função judicial no sentido de se desenvolver um raciocínio, utilizando métodos que contribuam para uma decisão justa e imparcial. Novos paradigmas foram enfrentados com o surgimento de novos conflitos, bem como as transformações do Estado. Além disso, o esquema do raciocínio judicial passou por um processo de resignificação.

O método dedutivo, segundo o qual o juiz deve resolver o caso mediante dedução das regras, identificando a norma válida conforme os critérios da hierarquia, especialidade e temporalidade<sup>147</sup>, não pode ser mais o único a desenvolver o raciocínio judicial.

Em casos considerados difíceis, se faz necessário o uso dos princípios na solução do conflito. O magistrado deve pautar-se num juízo de ponderação, justificando e fundamentando a decisão em termos de correção. O paradigma atua de modo que regras e princípios serão aplicados de forma diversa por indivíduos que aderiram modelos díspares. O paradigma pré-condiciona a decisão e comporta-se com o intuito de alcançar por quem toma a decisão.

Além disso, essas mudanças no tocante ao raciocínio judicial contribuíram para que o magistrado pautasse sua decisão com fundamento em valores pessoais, buscando argumentos encontrados dentro do âmbito do ordenamento jurídico. Ele passou a utilizar técnicas de exercício da prudência e não da especulação, se baseando em um raciocínio argumentativo ao se adotar a experiência prévia acumulada.

---

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>147</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de Direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

Além disso, impende destacar o uso da tópica jurídica, a qual se configura como técnica de investigação de premissas, sendo uma teoria de argumentação jurídica voltada para o problema no caso concreto, partindo de uma concepção de “compreensão prévia”<sup>148</sup>.

Esse método, considerado a grande novidade do século XX, surgiu no contexto da nova hermenêutica constitucional, segundo o qual o intérprete da norma transcende a mera interpretação tradicional do texto onde as “normas jurídicas são construídas no caso e atualizadas para a norma de decisão”<sup>149</sup>.

Nesse contexto, se pode vislumbrar o relevante papel dos princípios que atuam de modo a fundamentar e justificar a decisão, contribuindo para que os direitos fundamentais, os quais são dotados de alto grau de densidade, fossem assegurados mediante garantias constitucionalmente previstas.

Diante do que foi apresentado, se verifica o quanto esse novo raciocínio judicial contribuiu para uma análise mais acurada da decisão judicial, onde juiz deixou de atuar de modo mecanicista, se mostrando contextualizado com os fenômenos sociais apresentados em cada caso concreto.

Nesse contexto, é inserido o papel do “juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.”<sup>150</sup> Ou seja, um magistrado que emite decisões judiciais com mais sensibilidade para esses direitos.

Diante desse novo papel desempenhado pelo magistrado no constitucionalismo contemporâneo, se constata que, ao pautar sua decisão em algum princípio, necessita fundamentá-la de modo a não prejudicar as partes em conflito.

Sobre essa necessidade, George Marmelstein<sup>151</sup> esclarece os riscos que a doutrina brasileira corre ao utilizar de forma errônea a teoria de Alexy acerca da argumentação das decisões judiciais.

---

<sup>148</sup> BONAVIDES, Paulo. op.cit., 2008, p. 497.

<sup>149</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 269.

<sup>150</sup> BONAVIDES, Paulo. op.cit., 2008, p. 602.

<sup>151</sup> MARMELSTEIN, George. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

Na oportunidade, esclarece que, muitas vezes, a ponderação e a razoabilidade são utilizadas de modo a tentar isentar o magistrado de fundamentar sua decisão.

Desta forma, na necessidade em se enfatizar a imprescindibilidade nas justificativas e fundamentações das decisões judiciais, é importante realizar um estudo acerca do fenômeno da judicialização, o qual apresentou uma nova realidade no contexto das decisões judiciais, tendo em vista o novo perfil do Judiciário.

Além disso, convém abordar acerca da realidade do Brasil, principalmente no tocante às demandas judiciais da saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos a fim de compreender de que modo transcorreu esse fenômeno no contexto brasileiro.

#### **2.4. O fenômeno da judicialização e os dilemas do Judiciário no contexto da realidade social brasileira quanto ao direito à saúde**

Conforme foi visto anteriormente, a constitucionalização propiciou uma irradiação de valores constitucionais no âmbito do sistema jurídico. Essa difusão da Magna Carta pelo ordenamento jurídico se concretizou mediante a via da jurisdição constitucional, a qual abrangeu a aplicação direta do texto constitucional em determinadas questões.

Na maior parte dos Estados democráticos do mundo, incluindo o Brasil, a organização do sistema de separação dos poderes apresentou a cada um funções estatais distintas, as quais foram atribuídas a órgãos estatais diferentes, especializados e independentes.

Nesse contexto, o Judiciário expôs virtuosa ascensão institucional, onde os tribunais e os magistrados deixaram de ser meros departamentos técnicos especializados, passando a adotar uma função política. Ou seja, se realizou uma mudança substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, as quais passaram por relevantes reformas estruturais e interpretativas, suscitando questões complexas acerca da extensão dos poderes.

Essa difusão da Constituição pelo ordenamento se deu mediante a via da jurisdição constitucional, abrangendo a aplicação direta da Lei Maior a determinadas questões, a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis e a interpretação conforme a Constituição, as quais são suscitadas junto às demandas judiciais.

Deste modo, em detrimento dessas mudanças ocorridas no Poder Judiciário, convém realizar uma abordagem desse poder no âmbito da justiça brasileira, em especial, após a promulgação da Constituição cidadã de 1988.



#### 2.4.1. Uma análise acerca do Judiciário Brasileiro pós Constituição de 1988

Nesse contexto, convém esclarecer que a Magna Carta 1988 foi responsável por conferir a esse Poder um papel até então não outorgado por nenhum outro texto constitucional, posto que lhe confiou autonomia institucional mediante a garantia de autonomia administrativa e financeira, bem como funcional do magistrado. Além disso, o princípio da proteção judicial efetiva configurou-se como “pedra angular do sistema de proteção dos direitos”<sup>152</sup>.

Diante disso, se vislumbrou que o referido documento constitucional implicou uma significativa transformação no Poder Judiciário na medida que impôs ao magistrado o dever de aplicar suas normas em detrimento da legislação ordinária com ele incompatível.

Isso porque a atual constituição, diferentemente das demais, proclamou, de forma expressa, os objetivos e as finalidades que devem perseguir a comunidade política (Estado) e os valores superiores que devem fundamentar a convivência. Deste modo, a Magna Carta configura não somente norma de organização das instituições e garantidora de direitos, mas também como um verdadeiro sistema de valores a serem trilhados pelos poderes públicos, especialmente o Judiciário<sup>153</sup>.

No âmbito normativo, se verifica a concepção do constitucionalismo contemporâneo em que os preceitos constitucionais apresentam efetiva força vinculante, sendo exigida, inclusive, mediante as vias jurisdicionais.

Nesse contexto, o Judiciário brasileiro adquire postura de “solícito aplicador” das normas constitucionais, não devendo aplicar normas infraconstitucionais que sejam com elas incompatíveis. Além disso, o juiz passa a adotar o perfil de “censor” da constitucionalidade das leis, deixando de ser agente de conservação dos valores tradicionais, previstos nas normas ordinárias, passando a ser instrumento de atuação desses valores de transformação previstos na Lei Maior<sup>154</sup>.

Pode-se ressaltar, ainda, a concepção de novas garantias judiciais de proteção, destacando-se a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta por omissão<sup>155</sup>, o mandado de injunção<sup>156</sup>, o habeas data<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 974.

<sup>153</sup> ROCHA, José de Albuquerque. op. cit. 1995, p. 110-111.

<sup>154</sup> Ibid., 1995, p. 112.

<sup>155</sup> Esses instrumentos encontram-se dispostos nos arts. 102, inciso 1, “a” e 103 da CF/88, bem como foram regulamentados pela Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe acerca do respectivo processo e julgamento.

e o mandado de segurança coletivo<sup>158</sup>, bem como a ação civil pública<sup>159</sup>, a qual adquiriu dimensão constitucional, e a ação popular<sup>160</sup> que apresentou ampliação em seu âmbito de proteção.

Essa maior abrangência de instrumentos de proteção dos direitos influenciou de forma considerável o atual modelo de organização desse poder, o qual consagrou o seu livre acesso, bem como estabeleceu princípios de garantia de proteção judicial efetiva<sup>161</sup>, tendo, assim, significativa ingerência no âmbito do processo de organização da justiça, principalmente no que se atine às garantias dos membros da magistratura e quanto à estrutura dos respectivos órgãos.

Nesse âmbito, se verifica o relevante traço característico da atividade jurisdicional que é de prolatar decisões de maneira autônoma e autorizada e, conseqüentemente, vinculante nas hipóteses de ocorrência de direitos lesados e contestados<sup>162</sup>.

Impende também destacar que a divisão do Judiciário em justiças distintas se apresentou como decorrência de um “processo de repartição horizontal” das atribuições jurisdicionais, bem como um “processo de repartição vertical” no tocante à estruturação interna<sup>163</sup>. Adotou-se, assim, um modelo de estruturação com traços de organização burocrática, formatado por escalões de órgãos superpostos uns aos outros em uma relação hierarquizada de superior a inferior<sup>164</sup>.

No tocante às autonomias, é possível vislumbrar que a Magna Carta de 1988 conceceu o poder de autogoverno mediante a eleição dos órgãos diretivos, a elaboração dos respectivos

<sup>156</sup> O mandado de injunção está inserido na CF/88 em art. 5, inciso LXXI, assim como o seu processo e julgamento encontra-se nos arts. 102, inciso I, “q” e inciso II, “a”; 105, inciso I, “h” e 121, §4º, inciso V.

<sup>157</sup> Regulamentado pela Lei n. 9.507 de 12 de novembro de 1997. A Constituição brasileira de 1988 insere esse instrumento no art. 5, inciso LXXII, bem como estabelece sua gratuidade no inciso LXXII. O processo e julgamento são realizados por intermédio dos art. 102, inciso I, “d” e inciso II, “a”; 105, inciso I, “b”; 108, inciso I, “d”; 109, inciso VIII; 114, IV e 121, §4º, inciso V.

<sup>158</sup> O mandado de segurança coletivo foi abordado na CF/88 mediante o art. 5, inciso LXX, bem como foi regulamentado pela Lei n. 12.016 de 07 de agosto de 2009.

<sup>159</sup> A Ação Civil Pública encontra-se dentro das funções institucionais do Ministério Público traçadas pela Magna Carta (art. 129, inciso III,) e, na Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, que, em 2007 foi alterada, ampliando o rol de legitimados à sua propositura, dentre eles, a Defensoria Pública.

<sup>160</sup> A Ação Popular já havia sido regulamentada por intermédio da Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965, mas a CF/88 ampliou a proteção mediante o art. 5, inciso LXXIII.

<sup>161</sup> Esses princípios estão inseridos no art. 5 da Constituição Federal mediante os respectivos incisos: proteção judicial efetiva (XXXV); juiz natural (XXXVII e LIII); devido processo legal (LV).

<sup>162</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 411.

<sup>163</sup> ROCHA, José de Albuquerque. op. cit. 1995, p. 42.

<sup>164</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

regimentos internos, organização de secretarias e serviços auxiliares, assim como no tocante ao provimento dos cargos dos magistrados e dos serviços necessários para a administração da justiça<sup>165</sup>.

Também se pode reconhecer, ainda, a salutar competência dada a alguns órgãos do Poder Judiciário brasileiro, (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça) a fim de propor ao Poder Legislativo a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação e extinção de cargos e a remuneração e os subsídios dos respectivos membros<sup>166</sup>.

A autonomia administrativa e financeira foi materializada por intermédio da outorga aos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse novo modelo, o juiz se revestiu no encargo de investigador cujo poder-dever seria de pesquisar os valores das leis em detrimento dos valores constitucionais, tendo a missão de transformar uma sociedade mais justa e solidária com menos desigualdade.

Diante desse novo cenário, foram constatadas mudanças no cenário jurídico brasileiro, em que o Judiciário foi chamado a responder a fim de garantir esse importante papel que lhe foi desempenhado, qual seja, garantir os direitos fundamentais traçados no referido documento constitucional.

Nesse contexto, surgiu o fenômeno da judicialização como resposta às crescentes demandas decorrentes da busca em se garantir a efetividade do direito fundamental à saúde.

#### *2.4.2. A constitucionalização e a judicialização do direito à saúde no Brasil*

Conforme foi visto anteriormente, em diferentes locais do mundo, em períodos distintos, o Judiciário se destacou, por intermédio de suas cortes constitucionais ou supremas, como protagonista de demandas envolvendo casos difíceis de amplo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Nesse contexto, se verifica que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, a maior parte dos países ocidentais avançaram no âmbito da justiça constitucional acerca do espaço da

---

<sup>165</sup> Essas mudanças podem ser vistas junto ao art. 96, inciso I do referido diploma constitucional. Ademais, a organização do Judiciário encontra-se disciplinada no Estatuto da Magistratura, estabelecido em lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (art. 93).

<sup>166</sup> Vide art. 96, inciso II da CF/88.

política majoritária, ilustrando, assim, a fluidez da fronteira política e justiça no mundo contemporâneo<sup>167</sup>.

No Brasil, como já foi destacado, a Constituição de 1988 configurou-se como o centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa dotada de supremacia formal e material, funcionando como verdadeiro vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

A constitucionalização, na qualidade de obra precípua da jurisdição constitucional<sup>168</sup>, abrangeu a aplicação direta da Constituição sob determinadas questões que tratam tanto da declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, quanto na interpretação conforme a constituição.

Nesse sentido, diante dessas mudanças, ocorreu um significativo aumento sob as demandas judiciais no âmbito da justiça brasileira, envolvendo questões complexas, exigindo, assim, desse poder, em especial do juiz, uma maior atenção quanto à efetivação da norma constitucional.

Diante disso, em razão desse cenário apresentado no âmbito do Judiciário, surgiu a questão da judicialização, a qual significa a discussão de questões de larga repercussão política ou social que são decididas junto ao referido poder.

Esse fenômeno jurídico apresenta múltiplas causas, expressando uma tendência mundial, a qual envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais mediante significativas alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade<sup>169</sup>.

Impende destacar que a judicialização se difere do ativismo judicial em virtude de suas origens serem distintas, pois o ativismo implica em atitude, escolha de um modo específico e proativo de se interpretar a norma constitucional.

---

<sup>167</sup> Em países como o Canadá, a Suprema Corte analisou uma demanda sobre a constitucionalidade dos Estados Unidos realizarem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, por sua vez, a Suprema Corte escreveu o último capítulo da eleição presidencial do ano 2000 mediante o julgamento *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu acerca da compatibilidade da construção de um muro na fronteira com o território palestino com a Constituição e os atos internacionais. Na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. (HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008, p. 124).

<sup>168</sup> No Brasil, essa jurisdição constitucional pôde ser exercida de forma difusa por todos os juízes e tribunais e de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

A judicialização, por sua vez, é um fato decorrente de determinado modelo constitucional adotado e não meramente um exercício deliberado<sup>170</sup>.

A ideia acerca do termo ativismo judicial<sup>171</sup> encontra-se ligada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, objetivando a concretização dos valores e fins constitucionais, adotando maior intervenção no espaço de atuação dos demais poderes.

Esse perfil ativista se manifesta por intermédio de diferentes condutas, quais sejam: a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas de forma expressa no respectivo texto; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos que violassem o documento constitucional; e a imposição de condutas ou abstenções do Poder Público em matéria de políticas públicas.

Nesse contexto, convém explorar a realidade social brasileira antes de justificar a intensa atuação do Judiciário no que se atine às políticas públicas relacionadas ao direito à saúde.

Deste modo, se pode afirmar que a primeira grande causa da judicialização no Brasil ocorreu em decorrência da “redemocratização” que teve como principal ponto a promulgação da Constituição de 1988. Foi vislumbrado o resgate das garantias da magistratura, contribuindo para que o Judiciário deixasse o antigo perfil de mero departamento técnico-especializado, se transformando em um verdadeiro poder político apto de garantir os valores constitucionais.

Nesse ambiente democrático, houve o resgate da cidadania, colaborando para que os indivíduos adquirissem maiores informações e consciência dos seus direitos, fazendo com que buscassem a proteção dos mesmos perante os juízes e tribunais<sup>172</sup>.

Outra relevante causa desse fenômeno foi a “constitucionalização abrangente”<sup>173</sup>, oriunda das inúmeras matérias constantes no texto constitucional de 1988, transformando uma política em direito.

O terceiro grande fator da judicialização, por sua vez, foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade<sup>174</sup>, considerado um dos mais abrangentes do mundo<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> Ibid., 2009, p. 335.

<sup>171</sup> As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em primeiro momento, o ativismo apresentou perfil conservador no contexto da Suprema Corte nos casos de segregação racial (*Dread Scott v. Sanford*, 1857) e de invalidação de leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937). Somente na década de 50 foi que se produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

<sup>172</sup> BARROSO, Luís Roberto. op.cit. 2009, p. 332.

<sup>173</sup> Conforme foi visto anteriormente, esse fator foi uma tendência mundial, iniciada com as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Considerado um sistema de características híbridas ou ecléticas, conglomerou aspectos do sistema americano<sup>176</sup> e europeu<sup>177</sup>. Nesse contexto, se verificou que a judicialização foi decorrente de novo papel constitucional, modelado pelo desenho institucional vigente no Brasil<sup>178</sup>.

Nesse cenário, o Judiciário brasileiro vem exibindo várias situações que se configura o perfil da judicialização, atuando mediante imposição de condutas ou abstenções do Poder Público em matéria de políticas públicas, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos.

No âmbito das justiças estaduais e federais de todo o país, por exemplo, se multiplicam decisões que condenam a União, o Estado ou o Município (ou os três entes de forma solidária) no sentido de custear medicamentos ou terapias para tratamento de determinados pacientes<sup>179</sup>.

Porém, impende destacar que esse fenômeno no Brasil apresentou aspectos positivos e negativos. O primeiro porque o Judiciário vem atendendo o clamor da sociedade, que insatisfeita com a conduta do Poder Público, representado pelos governantes, ingressa com

---

<sup>174</sup> Impende destacar que o controle de constitucionalidade surgiu como mecanismo de verificação acerca da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade atesta o reconhecimento da invalidade de uma norma a fim de paralisar sua eficácia. A partir desse pressuposto, duas premissas são normalmente relevantes para identificar a existência desse controle: a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. Além disso, um dos fundamentos do controle de constitucionalidade consiste na proteção dos direitos fundamentais, bem como a questão da legitimidade democrática do controle judicial.

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146.

<sup>176</sup> O sistema americano é adotado no Brasil desde o início da República mediante o controle incidental e difuso onde qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, por ser considerada inconstitucional.

<sup>177</sup> O modelo europeu contribuiu, por intermédio do controle por ação direta, que determinadas matérias fossem enviadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

<sup>178</sup> Convém ressaltar que, no tocante à questão do controle de constitucionalidade, o caso americano *Marbury v. Madison* (1800) pode ser considerado a decisão que inaugurou esse controle no constitucionalismo moderno, assentando o princípio da supremacia constitucional, a subordinação à Constituição de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como intérprete final, podendo invalidar atos que lhe contravenham.

<sup>179</sup> O ativismo (atitude do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais) e autocontenção judicial (conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes) encontram-se presentes na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma se apresentar de forma pendular, variando conforme o grau de prestígio dos outros dois Poderes. No caso do Brasil, nos últimos anos, o Poder Executivo Federal, representado pelo Presidente da República, desfrutou de relevante popularidade, mas que, no presente momento, vem sofrendo crises que chegaram, inclusive, aos movimentos como o “vem pra rua”, mobilizados por pessoas em todo país, pleiteando melhorias em setores como saúde, educação e segurança. O Congresso Nacional, por sua vez, vem apresentando crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo. Isso contribuiu, consideravelmente, para a expansão do Judiciário que, em nome da Constituição, prolatou e vem emitindo decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica com caráter normativo em geral.

demandas judiciais a fim de buscar a proteção dos seus direitos garantidos na Constituição<sup>180</sup>. E o ponto negativo decorre em virtude das dificuldades enfrentadas pelos demais poderes que argumentam supostas intervenções indevidas.

Nesse sentido, podem ser elencadas algumas das principais objeções acerca da crescente intervenção judicial no contexto brasileiro, as quais se respaldam em possíveis riscos à legitimidade democrática, à politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

No tocante aos riscos para legitimidade democrática, alguns autores<sup>181</sup> argumentam que, mesmo não sendo considerados agentes públicos eleitos, os membros do Judiciário desempenham um poder político, inclusive de invalidar atos dos demais Poderes<sup>182</sup>.

No entanto, impende destacar que a Constituição brasileira concedeu ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o papel de aplicar os ditames do referido texto constitucional, contribuindo para que esse poder não apenas tivesse uma função política como a desenvolvesse de maneira efetiva.

Nesse sentido, a lógica apresentada atesta a ideia do princípio da separação dos poderes, onde se ressalta que os magistrados e tribunais não desempenham atividade meramente mecânica, tendo em vista sua incumbência de atribuir sentido às expressões vagas, fluidas e

---

<sup>180</sup> Acerca desse relevante grau de insatisfação e descrédito das instituições, convém ressaltar a abordagem realizada Gérson Marques de Lima que faz o seguinte comentário: “A crise das Instituições, atualmente, não é de sua insustentabilidade por determinação de outro Poder. Já não se fecham casas legislativas, líderes políticos e estudantes não são mais presos (e não são mesmo), não se cassam intelectuais... As instituições democráticas, no Brasil, são respeitadas em sua existência, pelo poder. O vício que se tem aqui é outro: é o [mau] funcionamento” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58).

<sup>181</sup> Nesse contexto, Luís Roberto Barroso esclarece que “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria Constitucional como ‘dificuldade contramajoritária’ (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven. Yale: University Press, 1986, p. 16). Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? (BARROSO, Luís Roberto. op.cit. 2009, p. 338-339).

<sup>182</sup> Acerca do tema, impende destacar que o autor Gérson Marques aborda a questão do relevante papel desempenhado pelo Judiciário, principalmente, quanto ao Supremo Tribunal Federal, o qual, segundo ele, adquiriu um “compromisso sócio-político-econômico com o povo, no zelo pelos direitos e garantias individuais, coletivos, difusos, no plano constitucional (abstrato, pela via de controle concentrado; e concreto, pela via recursal e incidentalmente) e mediante alguns casos de competência originária (as ações originárias, que nascem na própria Corte)”. Além disso, esclarece acerca da função política desse órgão, seguindo a diretriz geral dos tribunais do mundo, no sentido de que a jurisdição constitucional envolve um controle dos demais poderes. No entanto, o referido autor critica a questão da legitimidade dos membros do STF, principalmente no que concerne ao ingresso dos mesmos junto ao órgão por não haver qualquer participação popular. (LIMA, Francisco Gérson Marques de. op. cit, 2009, p. 73-117).

indeterminadas, tais como a “dignidade humana”, os tornando, assim, co-participantes do processo de criação do Direito<sup>183</sup>.

Também impende destacar que existe ainda uma justificação filosófica para a jurisdição constitucional e a atuação do Judiciário nas políticas públicas, tendo em vista que o Estado Constitucional Democrático é decorrente da ideia de constitucionalismo<sup>184</sup>, o que implica em poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, e a ideia de democracia, significando a soberania popular, ou seja, o poder fundado na vontade da maioria.

Nesse contexto, o documento constitucional brasileiro desempenha duas importantes funções. A primeira seria de estabelecer as regras do jogo democrático, no sentido de garantir a ampla participação política, o governo da maioria e a alternância de poder. E o outro papel seria de proteger os valores e direitos fundamentais mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Diante disso, se verifica que o STF, na qualidade de intérprete final da Constituição, tem o importante papel de velar por essas regras ditadas pelo referido documento constitucional brasileiro, funcionando como verdadeiro “fórum de princípios”<sup>185</sup>.

No que se atine à questão do risco de politização da justiça, impende ressaltar que, numa cultura pós-positivista, o Direito adquire proximidade com a Ética, tornando-se instrumento de legitimidade da justiça e da realização da dignidade humana. Nesse sentido, é importante realizar uma abordagem do que se entende por política no contexto da função judicial.

Deste modo, é possível constatar que as decisões do Judiciário são manifestações de índole política do Estado no desempenho da jurisdição<sup>186</sup>, especialmente porque lhe são submetidas matérias de relevantes temas que tratam desde a condução do Paí até conflitos entre os entes federativos no âmbito de suas competências<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.64.

<sup>184</sup> Nesse sentido, é possível verificar que a Constituição Cidadã de 1988 adotou um “modelo social de constitucionalismo” (ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.363).

<sup>185</sup> DWORKIN, Ronald. *The fórum of principle*. In: *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

<sup>186</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit*, 2008, p.184- 207.

<sup>187</sup> Nesse sentido, existe um sentido genérico acerca da atividade política desempenhada pelo Judiciário, “considerando o termo ‘política’ como uma atuação humana ligada ao poder” (LIMA, Francisco Gérson Marques de. *op. cit*, 2009, p. 75). O poder político relaciona-se ao poder que o home tem sobre outro homem, utilizado mediante instrumentos, os quais se exercem por intermédio da força (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12 ed. Tradução de Carmen C.



Nesse sentido, se verifica que o Judiciário é integrante do poder, sendo o Direito o seu respectivo instrumento de cobrança coercitiva, fato este que configura a “íntima relação tríade entre Judiciário-Direito- poder político”<sup>188</sup>. Porém, impende ressaltar que o Direito não se configura política no sentido de “admitir escolhas livres, tendenciosas ou particularizadas”<sup>189</sup>.

Da mesma maneira, deve ser balizada uma decisão judicial, a qual também não é cabível a livre escolha, nem tampouco a questão da plena discricionariedade. Ou seja, o magistrado deve sempre seguir em busca da solução mais correta e justa, se norteando à luz dos elementos do caso concreto, mediante o uso da motivação por intermédio da argumentação racional e persuasiva.

Nesse sentido, se verifica que o juiz tem o dever de agir conforme a Constituição e não mediante vontade política própria<sup>190</sup>. Além disso, deve adotar decisões razoáveis de modo que, apesar de não ser eleito pelo povo, seu poder é representativo, razão pela qual sua atuação deve trilhar em sintonia com o sentimento social<sup>191</sup>, conservando e promovendo os direitos fundamentais no sentido de que a intervenção do Judiciário seja em favor da democracia<sup>192</sup>.

No que concerne à questão da capacidade institucional desse poder, convém esclarecer que a maioria dos Estados democráticos do mundo organizam-se mediante o modelo da separação dos poderes em que todos têm o papel de interpretar a Constituição, bem como suas

---

Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreira Pinto Cacais e Renzo Dini. Coord. Da tradução de João Ferreira. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 955).

<sup>188</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. op. cit, 2009, p. 75.

<sup>189</sup> Acerca do assunto, Luís Roberto Barroso esclarece que o Direito é política no sentido de que sua criação é resultado da vontade da maioria, manifestada mediante a Constituição e as leis, bem como sua aplicabilidade não é segregada da realidade política, nem dos efeitos produzidos no meio social ou dos sentimentos e das expectativas dos cidadãos. Nesse contexto, ressalta que a Magna Carta faz uma “interface entre o universo político e o jurídico”, fazendo com que sua interpretação sempre seja dotada de uma dimensão política. (BARROSO, Luís Roberto. op.cit. 2009, p. 341).

<sup>190</sup> Essa preocupação é relatada por Ana Paula de Barcellos, ao explicitar que “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade definição de políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, 2005).

<sup>191</sup> Acerca do tema, cabe mencionar a abordagem de Pablo Lucas Verdú acerca do “sentimento constitucional” disperso na sociedade, o qual se aproximou do espírito de consciência coletiva da Constituição. Esse sentimento consiste na “adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente” porque “se estima que são boas e convincentes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência” (VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento constitucional: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75).

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto. op.cit. 2009, p. 342.

ações devem ser pautadas nos valores e fins nela previstos. Nas situações em que ocorrer divergência acerca dessa interpretação, vai caber ao Judiciário a palavra final.

Nesse sentido, a doutrina constitucional contemporânea vem explorado duas ideias, quais sejam: a da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos. A primeira ideia envolve a determinação de qual poder a ser habilitado a produzir a melhor decisão acerca de alguma matéria, principalmente em temas que abordam aspectos técnicos e científicos de grande complexidade como a questão do fornecimento de medicamentos, por exemplo.

Diante de situações como esta, o Judiciário, na competência de realizar o pronunciamento definitivo, não pode deixar de considerar as manifestações dos demais poderes para a adoção indevida de juízos discricionários.

Com relação aos efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, é imperiosa a necessidade que o Judiciário adote uma postura de cautela e deferência na aplicação da justiça ao caso concreto, tendo em vista que o magistrado nem sempre dispõe de informações, tempo ou conhecimento suficientes para avaliar o impacto de determinadas decisões, tampouco é passível de responsabilização perante escolhas indevidas ou desastrosas.

Situações como esta podem ser vislumbradas junto às demandas de saúde, as quais serão melhor analisadas em outro capítulo, posto que, em matéria de medicamentos, algumas decisões ocasionam impactos junto ao orçamento público, devendo, assim, ser realizada uma criteriosa avaliação pelo juiz de modo a não desorganizar as políticas públicas atinentes ao assunto, bem como na alocação dos recursos públicos.

Diante do que foi exposto, é possível constatar que a constitucionalização e a judicialização do direito à saúde no Brasil propiciou uma verdadeira “virada jurisprudencial”<sup>193</sup>, no sentido de que a intervenção do judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos apresentou um novo cenário acerca do perfil do Poder Judiciário, o qual se apresentou mais atuante, deixando o antigo papel de mera instituição burocrática.

Sendo assim, em razão da temática da intervenção do Judiciário ser atinente às demandas relacionadas às políticas públicas da saúde, convém realizar uma análise acerca da tutela específica processual e de que modo ela se desenvolveu no âmbito da justiça brasileira.

---

<sup>193</sup> Esse termo foi utilizado por Canotilho em sua obra “Direito constitucional e teoria da Constituição”, ao observar que as decisões judiciais passaram a adequar-se com o novo modo de praticar o direito constitucional.

## 2.5. Da tutela específica contra a Fazenda Pública nas ações de fornecimento de medicamentos

As mudanças ocorridas na sociedade, em que se estabeleceu o Estado social, contribuíram para o reconhecimento da função fundamental do Estado para a promoção da plena realização dos direitos humanos, colocando em destaque o papel do Judiciário como instrumento de pacificação e de realização da justiça<sup>194</sup>.

Essas transformações no âmbito do Poder Judiciário fizeram com que esse fenômeno também ocorresse no âmbito do processo, o qual necessitou passar por várias fases<sup>195</sup> em sua linha evolutiva até o alcance da instrumentalidade. Nesse contexto, se constatou a necessidade da função instrumental do processo, contribuindo para que o mesmo desempenhasse de forma efetiva o papel que lhe incumbe<sup>196</sup>.

Nessa fase instrumental, é possível constatar os relevantes avanços processuais, tendo em vista que se buscou a obtenção de fins diversos, envolvendo a simplificação e racionalização dos procedimentos, a conciliação, a equidade social distributiva, bem como a justiça mais acessível e participativa.

Como já havia sido mencionado, os juízes e tribunais adotaram nova postura no sentido de, gradativamente, se mostrarem mais conscientes com os valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, assim como na necessidade de se tratar o processo como autêntico instrumento de acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, é possível constatar que o processo se tornou “instrumento essencial para a tutela da ordem jurídica material”, bem como se apresentou com função definitiva para a convivência social na consecução das garantias constitucionalmente previstas.

---

<sup>194</sup> Afirma-se que o objetivo do Estado contemporâneo é o bem comum e, no contexto da jurisdição, na busca da pacificação com justiça. Nesse âmbito, o Estado brasileiro almeja uma “ordem social que tenha como base o primado do trabalho”, bem como busca o “bem-estar” e a “justiça social”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2007, p. 43).

<sup>195</sup> Até a metade do século passado, se considerava o processo como simples instrumento do exercício de direitos, onde a ação era vista como o próprio direito subjetivo material, o qual, na hipótese de lesão, adquiria força para a devida reparação. Não havia uma consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza. A segunda fase, por sua vez, foi denominada “autonomista” ou “conceitual”, na qual grandes teorias processuais foram apresentadas para dar novo sentido às questões acerca da natureza jurídica da ação e do processo, bem como no que concerne aos pressupostos processuais. Por fim, se chega à fase instrumentalista, onde se prevaleceu o estudo acerca do direito processual constitucional e o desenvolvimento da teoria geral do processo (Ibid, 2007, p. 48-49).

<sup>196</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 63.

Nesse contexto, a ideia de instrumentalidade processual também se relaciona com a efetividade, tendo em vista que o Direito Processual constitui meio para a tutela do direito na hipótese de inobservância<sup>197</sup>.

A efetividade processual constituiu verdadeira expressão da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir de forma integral a “função sociopolítico-jurídica”, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais<sup>198</sup>.

Diante disso, essa efetividade necessita que o processo disponibilize instrumentos de tutela adequados e, praticamente, utilizáveis, bem como precisa propiciar que o resultado assegure o gozo pleno da específica utilidade a qual faz jus perante o ordenamento jurídico mediante o mínimo dispêndio de tempo e energia possível<sup>199</sup>.

Porém, impende ressaltar que essa ideia de efetividade do processo não poder ser vista de forma dissociada da realidade jurídica material vigente no contexto das relações subjetivas. Nesse sentido, será analisado, em especial a realidade jurídico-material da Fazenda Pública, tendo em vista que a temática principal envolve a questão da intervenção do Poder Judiciário no âmbito das demandas judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos.

Deste modo, serão abordados os principais aspectos dessa tutela específica a fim de compreender como o processo se tornou instrumento para a garantia do direito fundamental à saúde.

### *2.5.1 Da efetividade do processo em face da Fazenda Pública*

Acerca da efetividade, não restam dúvidas de que a realidade jurídico-material da Fazenda se apresenta de forma distinta daquela relacionada às demandas entre particulares. Isso porque é importante destacar que o Poder Público detém um regime jurídico próprio, principalmente no que se atine à questão da supremacia do interesse público e da presunção de legitimidade de seus respectivos atos<sup>200</sup>.

No contexto processual, é possível vislumbrar diversas prerrogativas (privilégios) determinados pela legislação infraconstitucional em detrimento da Fazenda Pública. Essa

---

<sup>197</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15-18.

<sup>198</sup> DINAMARCO, Cândido. op. cit., 2008, p. 270.

<sup>199</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

<sup>200</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.23-31.

necessidade em se conferir prerrogativas processuais ocorre em virtude da própria atividade desempenhada pela Fazenda Pública, qual seja, “tutelar o interesse público”.

Isso decorre do fato de que, ao se apresentar em juízo, ela se encontra na defesa do erário, o qual representa o conjunto de receitas públicas que são oriundas de contribuições da sociedade. Além disso, existe a questão da burocracia inerente à sua respectiva atividade que apresenta dificuldades quanto à acessibilidade dos fatos, elementos e dados de determinada causa. Por fim, em detrimento do fato de que o advogado público não apresenta o poder de declinar sua função, deixando de proceder com a defesa da Fazenda Pública<sup>201</sup>.

Dentre as principais prerrogativas<sup>202</sup>, se pode ressaltar a questão dos prazos dilatados para contestar e recorrer<sup>203</sup>. Além disso, também não há exigência da Fazenda quanto ao adiantamento das despesas processuais<sup>204</sup>, bem como é dispensado o preparo, nas situações em que há necessidade de recorrer, e o depósito nos casos de ajuizamento de ação rescisória.

Ademais, pode ser citada a questão dos honorários fixados de forma equitativa, do juízo privativo para a Fazenda Pública, do duplo grau obrigatório, da necessidade de justificação para fins de arresto, do pagamento de condenações por quantia mediante precatório, da prescrição quinquenal em favor de qualquer pretensão em face da Fazenda Pública, bem como a restrição às concessões de liminares<sup>205</sup> dentre outros<sup>206</sup>.

---

<sup>201</sup> No ponto de vista do autor Leonardo Cunha, não se tratam de privilégios processuais e sim prerrogativas, tendo em vista que, para que a Fazenda Pública possa atuar melhor e de forma mais ampla, seria necessário que lhes fossem conferidas melhores condições. Segundo ele, ao usar o termo “privilégio”, estaria dando ensejo ao uso de vantagem, criando uma suposta ideia de discriminação ou desvantagem no tocante aos demais (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 7 ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Dialética, 2009, p. 33-34).

<sup>202</sup> Em diversos ordenamentos europeus, existe essa questão de tratamento diferenciado quando há a presença da Fazenda Pública em juízo. Nesse caso, é possível citar como exemplo o contencioso administrativo francês, onde os órgãos são ligados à Administração Pública, não se situando no âmbito da justiça comum, sendo seu órgão de cúpula o “*Conseil d’État*” e não a “*Cour de Cassation*” (Ibid., 2009, p. 35).

<sup>203</sup> Conforme dispõe o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 188, “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública”. E, na hipótese de desingação de audiência, explicita no art. 277 que “o juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro”.

<sup>204</sup> Vide art. 27 do CPC: “As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido”.

<sup>205</sup> Essa matéria foi objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 04, referente ao art. 01 da Lei n. 9.494 de 10 de setembro de 1997, que trata da disciplina da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Tal fato ocorreu em virtude do crescente número de concessões de tutelas realizadas no âmbito da primeira instância da justiça por considerarem o referido dispositivo inconstitucional. Por fim, o STF julgou procedente a ação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 04 MC/DF. Ministro Sydney Sanches, Brasília, DF, julgamento em 11 de fevereiro de 1998).

<sup>206</sup> O autor Juvêncio Vasconcelos Viana, por sua vez, considera que todas essas prerrogativas são objeto de críticas, contribuindo para que se sejam consideradas causas do retardamento e da falta de efetividade do processo contra a Fazenda. Em razão disso é que alguns autores consideram as prerrogativas como privilégios. Deste modo, já foi objeto de discussão o fim desses privilégios por vislumbrar flagrante ofensa ao princípio da

Após avaliar algumas prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, impende destacar os riscos de ofensa à isonomia processual, principalmente no que se atine às demandas judiciais ofertadas por pacientes em busca da garantia do direito fundamental à saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamentos.

Nesses casos, é imperioso ressaltar que se tratam de demandas em que o objeto principal está a vida que, muitas vezes, enfrenta dilemas complexos em que não se cabe aguardar muito tempo para a análise da ação, pois, a qualquer momento, pode o paciente vir a óbito em virtude da demora ocasionada por essas prerrogativas.

Por isso, é importante reconsiderar essa questão a fim de buscar o objetivo traçado no documento constitucional de 1988, o qual prescreve de forma expressa a garantia do princípio da isonomia<sup>207</sup>, seguindo também a diretriz estabelecida nas normas infraconstitucionais<sup>208</sup>. E, no que se atine às garantias processuais do cidadão, esse princípio apresenta força “absoluta e integral”<sup>209</sup> de modo a fazer valer os ditames constitucionais.

Após essa análise acerca da efetividade do processo, convém realizar a abordagem acerca da tutela específica contra a Fazenda Pública, principalmente no tocante às prestações de saúde, as quais vêm apresentando significativo crescimento nos últimos anos tanto no âmbito da justiça estadual quanto na justiça federal.

Impende destacar que a análise principal será realizada com relação às demandas em que o objeto é o fornecimento de medicamentos pelos entes federativos.

### *2.5.2 Da tutela específica contra a Fazenda Pública quanto ao fornecimento de medicamentos*

Ao realizar a abordagem acerca da tutela específica, convém ressaltar a ideia de que o processo necessita dar a cada um exatamente aquilo que é de direito, no sentido de que o

---

isonomia processual. Nesse contexto, o jurista defende a necessidade de “enxugamento do sistema” quanto a essas prerrogativas, mantendo somente aquelas consideradas indispensáveis. (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *op. cit.*, 2003, p.34-49).

<sup>207</sup> “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”.

<sup>208</sup> O Código de Processo Civil também estabelece a isonomia entre as partes em seu art. 125, inciso I: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: assegurar às partes igualdade de tratamento”.

<sup>209</sup> DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 123, p. 42-43, jul-set, 1994.

processo apresenta melhor funcionamento quando se aproxima o resultado prático do que levaria a atuação espontânea do direito<sup>210</sup>.

Nesse sentido, convém ressaltar que a própria legislação infraconstitucional também aborda o assunto no sentido de que, em ações onde o objeto se baseia no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o magistrado concederá a tutela específica e, em caso de procedência do pedido, determinará as providências necessárias a fim de assegurar o resultado prático<sup>211</sup>.

No que se atine às demandas relacionadas às obrigações de fazer e não fazer, é importante ressaltar as dificuldades concernentes a essa tutela específica. Primeiramente, em virtude da questão acerca da “intangibilidade da vontade humana”.

Outro óbice é relacionado à “infungibilidade” seja na modalidade jurídica quanto natural, onde a doutrina e a legislação trouxeram como possível solução o uso das “astreintes”, consistentes em uma sanção pecuniária determinada pelo juiz a fim de exigir o cumprimento das decisões<sup>212</sup>.

Deste modo, impende ressaltar que são diversos os conflitos atinentes à obrigação de fazer em que a Administração Pública se configura no pólo passivo. Nesses casos, um dos instrumentos mais utilizados é, sem dúvida, o mandado de segurança, o que, de fato, foi considerado como precursor da tutela específica.

No entanto, convém mencionar que essa ação possui requisitos mais específicos (como a questão da prova pré-constituída, por exemplo). Porém, não há impedimento para que o demandante faça uso de outros instrumentos como o processo de conhecimento ou do procedimento comum para buscar essa exigência da obrigação de fazer junto ao Poder Público.

Nesse contexto, se verifica a existência de um quadro de descumprimento impune da Administração Pública com relação às decisões judiciais, o que configura um sério ato atentatório aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Essa postura do Poder Executivo (seja municipal, estadual ou federal) em descumprir as decisões judiciais que lhe impoem determinada obrigação de fazer, podem gerar efeitos

---

<sup>210</sup> Esse raciocínio é apresentado pelo jurista Juvêncio Viana, mediante a ideia apresentada pela linha chiovendiana e de José Carlos Barbosa Moreira (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. op. cit., 2003, p.247).

<sup>211</sup> O artigo 461 do Código de Processo Civil assim dispõe: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

<sup>212</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. op. cit., 2003, p.248-249.

drásticos, principalmente no tocante às prestações de fornecimento de medicamentos em que, muitas vezes, há uma necessidade urgente, colocando em risco a vida de determinado paciente.

Essa morosidade pode ocasionar a morte, a qual não tem retorno, ocasionando, assim, um grave descrédito por parte das instituições básicas da sociedade em razão do desrespeito perante as normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é possível constatar a existência de limites, inerentes ao próprio Direito Público no que concerne à aplicação de medidas coercitivas contra a Fazenda Pública o que se faz necessária uma reflexão acerca de possíveis mudanças legislativas no sentido de se garantir os direitos fundamentais pleiteados em detrimento do Poder Público.

Em alguns casos relacionados às demandas judiciais para fornecimento de medicamentos, já foi possível constatar a determinação de bloqueio das verbas públicas nas decisões a fim de assegurar que Poder Público não deixe de fornecer<sup>213</sup>. Porém, ainda é preciso reavaliar maiores medidas em prol da proteção dos dispositivos constitucionais.

Inclusive, cabe também ressaltar a questão das multas em face da Fazenda Pública, tendo em vista que a doutrina já vem a algum tempo abordando esse tema acerca da possibilidade ou não de sua fixação para os casos de decumprimento da obrigação de fazer.

Diante disso, surgiram algumas restrições acerca dessa posição por determinados autores, sob o argumento de que a cominação de multa, no tocante à atividade administrativa, não poderia existir em virtude do princípio da legalidade, bem como a moralidade administrativa. Além disso, argumentam que essa imposição de multa seria “ineficaz” e que, no final, quem se prejudicaria seria a própria coletividade<sup>214</sup>.

No entanto, é notório que argumentos como este não se mostram condizentes com os ditames prolatados na nova ordem constitucional brasileira em que os direitos fundamentais

---

<sup>213</sup> Acerca do assunto, impende ressaltar o entendimento do STF, o qual prescreve que não violação ao art. 100 da CF/88: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 553712 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe 05.6.2009: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. (...) 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”.

<sup>214</sup> Esse é o entendimento de autores como Antonio Carlos Villen (VILLEN, Antonio Carlos. Ação de Preceito Cominatório e Fazenda Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr-jun, 1988) e Vicente Greco Filho em palestra ministrada no Curso de Execução contra a Fazenda Pública, realizada no Conselho da Justiça Federal em Brasília no dia 22 de novembro de 2000.



adquiram um relevante espaço na sociedade e no contexto jurídico de forma a se buscar sua garantia plena<sup>215</sup>.

No que se atine às ações de fornecimento de medicamentos, a própria jurisprudência também já vem proferindo decisões no sentido de acatar a possibilidade de aplicação de multa<sup>216</sup> e fixação de astreintes<sup>217</sup> em detrimento da Fazenda Pública.

Essas medidas atestam que os tribunais estão adotando um entendimento perfeitamente condizente com a proposta da Constituição de 1988, ou seja, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente a saúde que apresenta estreita relação com a vida.

Além de realizar a abordagem acerca da tutela específica contra a Fazenda Pública, impende explicitar, ainda, a questão quanto às concessões de antecipação de tutela contra o Poder Público, tendo em vista que, no tocante às demandas da saúde, rotineiramente, solicitam este instrumento a fim de garantir a medida em caráter de urgência.

---

<sup>215</sup> Corroborando com essa discordância o jurista Juvêncio Viana também esclarece que “a possibilidade do uso de meios coercitivos em face da Administração vem em reforço dos princípios relacionados com o Estado de Direito (legalidade, isonomia, moralidade)” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. op. cit., 2003, p.266-267).

<sup>216</sup> Nesse sentido, segue trecho de recente acórdão junto ao Superior Tribunal de Justiça com relação à fixação de multa, senão vejamos: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. 1. É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la a fornecer medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no REsp 1291883 / PI. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento em 20 de junho de 2013).

<sup>217</sup> No tocante à possibilidade de fixação de astreintes perante o Poder Público: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 4º, CPC. [...] É possível a fixação, pelo juízo ou a requerimento da parte, de astreintes contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no Ag 1247323 / SC. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 08 de junho de 2010). “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGADA CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PRETENSÃO RESISTIDA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO EM HONORÁRIOS. DEMANDA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DAQUELE MESMO ENTE. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. 1. A parte recorrida dirigiu seu pleito primeiramente à Administração Pública, o que descaracteriza a afirmação do recorrente no sentido de que não houve pretensão resistida apta a caracterizar o interesse processual e legitimar a propositura de ação. 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que tal instituto é compatível com a ausência de efeitos coercitivos em face de pessoa jurídica de direito público”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 678313 / RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 04 de novembro de 2008).

### *2.5.3. Da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública face às demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos*

A questão acerca da celeridade processual foi reconhecida recentemente em virtude de um desdobramento natural do direito ao acesso à justiça em um prazo razoável<sup>218</sup>. Deste modo, é possível constatar que uma das preocupações acerca da atividade jurisdicional danosa encontra justificativa na demora da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, direito ao acesso à justiça em um prazo razoável se mostra como uma garantia do indivíduo perante o Estado contemporâneo e não como mero recurso do Judiciário, ressaltando que sua efetivação é de responsabilidade não somente daquele poder como dos demais.

Além disso, impende ressaltar que essa demora na resolução das demandas se tornou um dos mais relevantes obstáculos enfrentados no âmbito da administração da justiça nos Estados<sup>219</sup>, incluindo o Brasil<sup>220</sup>.

Nessa ideia de positivação do Direito, o processo se configurou como importante elemento de mediação entre as expectativas da sociedade e a regulação ofertada pelo Estado. Em casos de conflitos, o desempenho da atividade jurisdicional será avaliado, principalmente, com relação ao lapso temporal dispendido, ou seja, em quanto tempo levará para que a justiça seja realizada. Nesse sentido, se verifica que o processo detém o relógio do tempo do Direito<sup>221</sup>.

Diante dessa ideia, é possível esclarecer que, no tocante às demandas envolvendo a Fazenda Pública como sujeito processual no pólo passivo, já existe uma demora maior no trâmite processual, principalmente em razão das suas prerrogativas quanto à fixação dos prazos processuais, contribuindo, assim, para uma maior demora na prestação jurisdicional.

Deste modo, cumprindo essa missão constitucional de garantir maior celeridade processual e, conseqüentemente, em atenção às necessidades urgentes é que se faz relevante abordar as possibilidades de concessão de antecipação de tutela em detrimento do Poder

---

<sup>218</sup> Apesar de esse reconhecimento ser recente, é possível constatar resquícios já no século XIII por intermédio da Carta Magna de 1215, a qual tratava do acesso à justiça sem retardamento.

<sup>219</sup> ANNONI, Danielle. op. cit., 2008, p. 178-179.

<sup>220</sup> No âmbito das garantias processuais, o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica), contribuindo para a inserção do direito ao processo em prazo razoável junto à Constituição de 1988 mediante a Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004 que assim dispõe: “Art. 5º [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>221</sup> ANNONI, Danielle. op. cit., 2008, p. 195.

Público, posto que, em relação às ações de fornecimento de medicamentos, o direito à saúde e à vida do demandante sofre sérios riscos de serem afetados e até mesmo seifados.

Nesse sentido, no âmbito da legislação infraconstitucional, também houve uma preocupação do legislador em seguir a tendência preconizada da razoável duração do processo.

Significativas reformas ocorreram no Código de Processo Civil e em outros diplomas legislativos a fim de fazer chegar mais cedo a entrega dos efeitos da tutela final, fato este que se configurou mediante as técnicas de aceleração endoprocessuais.

Esses mecanismos mostraram que atividade legislativa seguiu a aplicação do princípio da “adequação do procedimento”<sup>222</sup>, onde o legislador utiliza critérios para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento.

O primeiro deles leva em consideração a natureza do direito material, o qual apresenta peculiaridades que exigem a adoção de um procedimento capaz de atender de forma mais efetiva essa tutela. O segundo critério considera a forma como é apresentado o direito material junto ao processo e, por fim, o terceiro pressupõe a questão da situação processual de urgência.

Essa construção de procedimentos diferenciados foi decorrente da congruência das diversas formas de cognição que, uma vez adotadas pelo legislador, permitiram a adoção de instrumentos adaptados às especificações do direito material ou da correlata pretensão.

Nesse sentido, os procedimentos antecipatórios foram fruto do exercício da cognição sumária, a qual pressupõe uma situação emergencial no sentido de conferir efetividade ao processo mediante o deferimento de prestação jurisdicional instante e apta a eliminar possíveis danos<sup>223</sup> ou ameaças de direito<sup>224</sup>.

Deste modo, em razão do procedimento ordinário utilizado pela legislação brasileira não se mostrar mais eficaz para as situações de urgência no sentido de elidir uma ameaça ou evitar

---

<sup>222</sup> DIDIER JR., Fredie. Recurso de Terceiro: *Juízo de Admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002, P. 37.

<sup>223</sup> O dano objeto da antecipação de tutela deve ser oriundo da própria prolongação do processo, a permanência do estado de insatisfação imposto pela longa duração do processo, sendo causa imediata de danos irreparáveis ou de difícil reparação, tornando, assim, inviável a prestação jurisdicional efetiva. Nesse sentido, Ítalo Adonlina denomina “dano marginal por indução processual”, ou seja, aquele dano apto a justificar a concessão do provimento antecipatório, fazendo com que se confira desde já o exercício ou a satisfação do direito à parte interessada. (ANOLINA, Ítalo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983, p. 15-21).

<sup>224</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2009, p. 243.

a concretização de um dano iminente, foi adotado o uso das ações cautelares com fulcro em efetivar desde logo o direito da parte.

Assim, no objetivo de eliminar o uso anômalo de ações cautelares para o atendimento de demandas urgentes, é que foi criado o instituto da tutela antecipada<sup>225</sup>, a qual apresentou requisitos mais exigentes do que a ação cautelar, como a questão da verosimilhança da alegação fundada em prova inequívoca.

Além disso, se exige a ocorrência de risco de lesão ou, de forma alternativa, um manifesto propósito protelatório do réu, bem como existe um pressuposto negativo, qual seja a ausência de irreversibilidade do provimento antecipatório<sup>226</sup>.

Além disso, em detrimento da necessidade de se pensar no processo sob a ótica do direito material, também foram criadas tutelas antecipadas específicas, os quais se destinaram a obrigação de fazer, não fazer<sup>227</sup> e de entregar a coisa<sup>228</sup>.

Com relação aos provimentos de urgência a serem concedidos contra o Poder Público, já houve discussão na doutrina no sentido de considerar admissível ou não essa espécie de provimento até que se chegou ao consenso acerca do assunto. Em primeiro lugar, foi definido

---

<sup>225</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

<sup>226</sup> Impende destacar que o referido dispositivo infraconstitucional passou por significativas reformas em seu procedimento mediante a Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994 e a Lei n. 10.444 de 07 de maio de 2002.

<sup>227</sup> Essas tutelas específicas se encontram no Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 461: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

<sup>228</sup> Vide art. 461-A do CPC.

que as decisões interlocutórias proferidas contra a Fazenda Pública não são submetidas ao reexame necessário<sup>229</sup>.

Ademais, impende ressaltar que a existência desse reexame não ocasiona, necessariamente, o impedimento da concessão de provimentos antecipatórios em face da Administração Pública.

Acerca da concessão de antecipação de tutela contra o Poder Público, não existem mais dúvidas sobre o cabimento, salvo as exceções preceituadas pela Lei n. 9.494/97<sup>230</sup> que, inclusive, já foi reconhecida sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal<sup>231</sup>. Ou seja, foram as hipóteses excepcionais traçadas pelo referido diploma legislativo, não há vedação para o deferimento desse provimento contra a Fazenda Pública.

Em demandas judiciais em que se pleiteia a garantia do direito à saúde quanto ao fornecimento de medicamentos, é possível constatar que não existe nenhum óbice para a concessão da antecipação de tutela contra o Poder Público, tendo em vista que a situação em comento não se encontra inserida nas hipóteses de vedação preconizadas na referida lei acima mencionada.

Esse também é o entendimento corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça que, de forma majoritária, atesta essa possibilidade de se conceder esses provimentos antecipatórios<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> Isso não significa que, em sede de mandado de segurança, apesar de haver reexame necessário, ser vedada a concessão de medida liminar em face da Fazenda Pública (BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 66).

<sup>230</sup> Essa lei disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. No tocante às exceções, não cabe antecipação nas hipóteses elencadas no art. 2º-B, o qual dispõe: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.

<sup>231</sup> Essa abordagem foi feita na seção que trata da efetividade do processo em face da Fazenda Pública em uma referência inserida no âmbito das prerrogativas.

<sup>232</sup> EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRETENSÃO RECURSAL RELACIONADA À VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. SÚMULA N. 7 DO STJ. POSSIBILIDADE DE DEFERIR-SE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA [...]2. Há muito se sedimentou na jurisprudência do STJ o entendimento de que é possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para o fim de obrigá-la ao fornecimento de medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida. Precedentes: AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/09/2007; REsp 904.204/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 01/03/2007; REsp 840.912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; AgRg no Ag 747.806/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 18/12/2007. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no Agravo De Instrumento nº 1.299.000 - RS. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento em 07 de fevereiro de 2012).

Além disso, convém destacar a questão da possibilidade da concessão de tutela antecipada em situações em que há incontrovérsia da demanda<sup>233</sup>, tendo em vista que essa especificidade gera um juízo de certeza, baseado em uma cognição exauriente, ocasionando, inclusive, a formação da coisa julgada material.

Nesse caso, não há exigência quanto à verosimilhança, fundada em prova inequívoca, posto que o magistrado estará fundado em um exame de certeza. Além disso, não se exige o manifesto propósito protelatório do réu. Deste modo, apenas a incontrovérsia e a desnecessidade de produção de outras provas são suficientes para aplicação desse dispositivo.

Nessa hipótese, somente será cabível a concessão no caso haver efetiva incontrovérsia e se todos os elementos probatórios já estiverem presentes nos autos. Caso haja incidência de alguma regra que vede essa concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não será possível a resolução parcial do mérito.

Em prestações judiciais de fornecimento de medicamentos, é imperioso ressaltar que, para uma concessão dessa espécie de provimento antecipatório, se faz necessário a conjugação de todos os elementos probatórios capazes de garantir ao juiz a eficácia do fármaco.

Além disso, é preciso que haja uma congruência com os preceitos estabelecidos nas normas de vigilância sanitária, os quais devem ser devidamente atestados pelo protocolo de médico credenciado ao Sistema Único de Saúde.

Diante disso, se verifica a questão desse dispositivo ser utilizado de forma bastante criteriosa, tendo em vista que não pode restar dúvidas acerca da matéria de mérito.

## **2.6. Da repercussão da judicialização da saúde no Brasil**

Como foi avaliado anteriormente, os direitos sociais passaram por significativas mudanças no cenário mundial diante da ascensão do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o Judiciário também adquiriu relevante função de concretizar e proteger a garantia desses direitos em prol da sociedade, se tornando um poder cada vez mais ativo e próximo da realidade vivida pelos cidadãos.

---

<sup>233</sup> Essa hipótese encontra-se inserida no art. 273, §6º incluído mediante a reforma processual do CPC pela Lei n. 10.444 de 07 de maio de 2002. O teor desse dispositivo afirma que poderá ser concedida a tutela antecipada em casos onde há um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles incontroversos.

Por sua vez, as instituições da Administração Pública vivenciou um forte período de crise institucional, ocasionando a insatisfação do povo quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial a saúde<sup>234</sup>.

Isso porque, a cada dia, se enfrentam sérios obstáculos para a manutenção de um aparelho estatal suficiente para garantir condições suficientes em prol da dignidade dos pacientes, bem como há uma séria falta de estrutura na rede pública sanitária mediante a carência de leitos, a insuficiência no quadro de profissionais da saúde para o atendimento completo, bem como a falta de fornecimento de medicamentos.

Este último aspecto foi o objeto do presente estudo, o qual, chamou a atenção em virtude do crescente número de demandas judiciais contra o Poder Público, no intuito de garantir esse fornecimento para aqueles demandantes que apresentassem, efetivamente, essa necessidade, bem como demonstrassem a negativa da Administração Pública em atendê-la.

Conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>235</sup>, no ano de 2010, foi realizado um levantamento parcial mediante um balanço de processos existentes em vinte tribunais brasileiros, o qual constatou a existência de mais de 112 (cento e doze) mil processos em tramitação.

Em sua maior parte, se tratavam de demandas judiciais cujo objeto era o acesso aos medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde, além da concessão de vagas em hospitais públicos.

Diante desse levantamento, foi possível constatar, ainda, que os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro apresentaram um quadro crítico onde, somente em nível de primeira instância, existiam em torno de 44 (quarenta e quatro) mil processos no Estado Paulista e 25 (vinte e cinco) mil no Rio de Janeiro.

---

<sup>234</sup> O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por intermédio do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) realizou em 21 de dezembro de 2011 uma pesquisa domiciliar em todo o Brasil com a finalidade de conhecer as percepções da população brasileira sobre os bens e serviços públicos, envolvendo áreas como segurança pública, trabalho, educação, cultura, mobilidade urbana, igualdade de gênero, justiça, bancos e saúde. Mediante uma abordagem quantitativa, foi permitido determinar, com uma margem de erro de 5%, a percepção dos brasileiros quanto aos principais problemas do Brasil. Nesse contexto, se constatou que a saúde (22,3%) configura o segundo maior problema dos brasileiros, ficando atrás somente da violência/insegurança (23%). Inclusive, esse grau de insatisfação apresentou, praticamente, o mesmo percentual para os cidadãos de baixa renda e os mais ricos, principalmente no que se atine à população adulta. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/111221\\_sips\\_assistenciaisocial.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/111221_sips_assistenciaisocial.pdf)> Acesso em: 08 ago. 2013.

<sup>235</sup> Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>> Acesso em: 08 ago. 2013.

No âmbito dos tribunais federais, se destacou o Tribunal Regional Federal da 4ª (quarta) Região, o qual abrange os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, contando com mais de 23 (vinte e três) mil processos em andamento.

Em abril de 2011, outro levantamento foi realizado pelo referido órgão do Judiciário, constatando um significativo aumento em comparação com 2010. Verificou-se que tramitavam no Brasil mais de 240 (duzentos e quarenta) mil processos relacionados às prestações de saúde, os quais continuou em destaque as reivindicações de acesso a medicamentos.

No tocante aos Estados que apresentaram piores situações, se vislumbrou que São Paulo e Rio de Janeiro mantiveram os altos índices de demandas judiciais. No entanto, mereceu ressaltar o relevante aumento nas ações junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual concentrou quase que a metade de todas as demandas do país com mais de 113 (cento e treze) mil ações.

Caminhando de forma paralela com essas ações foi a questão dos gastos públicos com o pagamento dos medicamentos e procedimentos médicos exigidos nessas demandas judiciais. Esse fator acarretou um significativo aumento tanto no âmbito da União, dos Estados e Municípios brasileiros, demonstrado mediante a procura dos cidadãos pelo Judiciário. Ademais, foi constatada a necessidade urgente de adoção de políticas públicas que objetivem a reformulação do setor da saúde no Brasil.

Segundo dados do Ministério da Saúde, repassados ao Conselho Nacional de Justiça, em 2010, foram gastos 144 (cento e quarenta e quatro) milhões de reais no orçamento da União para o cumprimento dessas demandas. Em 2011, a previsão de gasto era de 260 (duzentos e sessenta) milhões, significando um drástico aumento de quase 80% (oitenta por cento).

Em alguns Estados brasileiros, como Santa Catarina, o governo estadual divulgou que o valor gasto com o atendimento de demandas judiciais nessa área subiu de 76 (setenta e seis) milhões de reais em 2009 para 93 (noventa e três) milhões de reais em 2010.

Em Goiás, por sua vez, houve um aumento de quase 5 (cinco) milhões de reais em 2009 para quase 8 (oito) milhões de reais de 2010. Em Pernambuco, segundo dados da Secretaria de Saúde do Estado, em 2010, houve um gasto de mais de 40 (quarenta) milhões de reais com apenas 600 (seiscentas) demandas judiciais.



São Paulo apresentou, primeiramente, um expressivo aumento de gasto, apresentando um custo de 400 (quatrocentos) milhões de reais em 2008, o que configurou um aumento de mais de 500% em comparação com o ano de 2006. Porém, em 2010, demonstrou uma significativa redução para em torno de 700 (setecentos) mil reais<sup>236</sup>.

No caso específico do Estado do Ceará<sup>237</sup> também foi possível diagnosticar o expressivo aumento sob as demandas judiciais da saúde, em especial, aquelas relacionadas ao fornecimento de medicamentos.

Em 2010, o volume de recursos utilizado por esse Estado na aquisição de fármacos por meio de ações judiciais foi de quase 29 (vinte e nove) milhões de reais. Em 2011, os custos aumentaram quase o dobro, passando para quase 53 (cinquenta e três) milhões de reais. Impende ressaltar que cerca de 80% dessas verbas são gastos<sup>238</sup> para o fornecimento de medicamentos oncológicos<sup>239</sup>.

Diante disso, é possível constar que o fenômeno da judicialização da saúde ocasionou significativos impactos nos cenários jurídicos, econômicos e sociais do Brasil. Afinal, o crescente número de demandas judiciais que tratam do assunto, em especial, no tocante ao fornecimento de medicamentos, gerou mudança no âmbito da utilização de recursos públicos de todos os entes federativos, os quais, constitucionalmente, são responsáveis solidários para a garantia do direito fundamental à saúde.

Tal situação fez com que a Administração Pública destinasse parte do seu orçamento para atendimento dessas ações judiciais o que implicou numa necessidade urgente de reestruturar os gastos públicos, bem como um propiciou uma reflexão acerca da condução das políticas públicas atinentes à saúde do País.

Em razão dessas mudanças, se faz necessário avaliar a questão dos limites ou restrições à justiciabilidade ao direito fundamental à saúde quanto a alguns relevantes aspectos. O primeiro deles refere-se às políticas públicas. Outro ponto importante se atine à questão da

---

<sup>236</sup> Essas informações foram extraídas das fontes de notícia do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-portal?termo=demandas%20sa%C3%BAde&limitstart=0>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

<sup>237</sup> Dados disponíveis em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=1242608>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

<sup>238</sup> Convém ressaltar que, segundo o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), as demandas judiciais de fornecimento de medicamentos oncológicos representam 80% das solicitações na justiça.

<sup>239</sup> No caso do Ceará, o medicamento que tem maior número de ações judiciais é o “Transtuzamab”, usado no tratamento do câncer de mama. Uma unidade desse fármaco custa, em média, quase sete mil reais. O medicamento mais caro o qual foi objeto de ações de fornecimento dessa linha oncológica é o “Eculizumab”, o qual uma ampola custa quase quatorze mil reais.

alocação dos recursos públicos. Por fim, o debate acerca dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Esses aspectos serão importantes para melhor compreender a questão desse controle orçamentário para a consecução da realização dos direitos fundamentais, em especial a saúde o qual será analisado no próximo capítulo.

### **3. OS IMPACTOS SOB O ORÇAMENTO DOS ENTES FEDERATIVOS NA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Diante do que já foi abordado, foi possível constatar que as questões atinentes à judicialização da saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamentos, tiveram significativo impacto no âmbito da sociedade brasileira.

Essas mudanças vieram em resposta ao novo perfil traçado pelo neoconstitucionalismo que colocou em ascensão os direitos fundamentais, os quais adquiriram relevante espaço no cenário jurídico-econômico-social brasileiro.

No mesmo ritmo seguiu o crescimento do Poder Judiciário, o qual alcançou destaque diante da importante missão de garantir e proteger os direitos devidamente expressos no documento constitucional do Brasil, adotando uma postura muito mais ativa e próxima da sociedade onde o magistrado deixou de ser “mero boca da lei” para se configurar como verdadeiro porta voz dos clamores sociais debatidos nas demandas judiciais.

Por sua vez, a Administração Pública, envolvendo a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios enfrentaram uma verdadeira crise institucional que, em relação à saúde, vem apresentando insatisfação da população brasileira que busca melhorias estruturais.

Nesse cenário, se apresentou o fenômeno da intervenção do Poder Judiciário perante as políticas públicas atinentes ao direito à saúde, ocasionando um expressivo crescimento de ações judiciais cujo objeto seria a obrigatoriedade do Poder Público oferecer melhorias no setor, as quais abrangiam desde o fornecimento de medicamentos à garantia de internações hospitalares.

Diante da variedade de prestações, o presente estudo resolveu realizar uma abordagem mais focada quanto às demandas judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos<sup>240</sup>,

---

<sup>240</sup> Segundo informações prestadas em 2011, a rede pública de saúde fornece em torno de 149 medicamentos à população. Destes, 64 são de responsabilidade da União (medicamentos de maior complexidade ou custo elevado), 46 competem aos Estados (medicamentos de menor complexidade ou intolerância à primeira linha de tratamento) e 39 são de atribuição dos Municípios (medicamentos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do Ministério da Saúde). Nesse sentido, de acordo com a coordenadora geral de Assistência Farmacêutica e Medicamentos Estratégicos do Ministério da Saúde Rebeca Mancini Pereira, em palestra realizada sobre a assistência farmacêutica no âmbito do SUS, “A definição prévia de quais medicamentos devem estar disponíveis nos diversos níveis de complexidade assistencial é fundamental para programar a aquisição e garantir o abastecimento”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/15096-remedios-fornecidos-pelo-sus-aumentam-demandas-judiciais-de-saude>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

tendo em vista que a distribuição desses fármacos configura um dos principais problemas que motivam os cidadãos a ingressarem no Judiciário<sup>241</sup>.

Esse crescente número de prestações jurisdicionais relativas à distribuição de medicamentos ocasionou um grande dispêndio financeiro dos entes federativos no intuito de garantir a decisão judicial<sup>242</sup>.

E o que se constatou foi que esses gastos orçamentários aumentaram a cada ano, fazendo que se iniciasse um grande debate acerca desse limite jurisdicional em intervir nas políticas públicas, tendo em vista que as demandas judiciais demonstraram a urgente necessidade de a Administração Pública reestruturar suas políticas públicas visando ao atendimento pleno e eficaz da saúde, principalmente no que se atine a distribuição de medicamentos, os quais se mostraram insuficientes para atender toda a população<sup>243</sup>.

Nesse sentido, convém realizar uma análise acerca do orçamento público e a questão desses impactos decorrentes das ações judiciais de saúde para compreender se o argumento apresentado pelo Poder Público se manifesta condizente para o não cumprimento do que determina a Constituição Federal no tocante ao direito fundamental à saúde.

Em seguida, será conveniente uma abordagem acerca do estudo atinente aos limites defendidos pelo Estado no que se atine à proporcionalidade e à reserva do possível no atendimento das demandas atreladas ao referido direito social.

---

<sup>241</sup> Apesar do Ministério da Saúde informar que a União tem a competência com os medicamentos de alto custo, impende destacar que, somente no caso do Estado do Ceará, houve um custo de mais de 135 milhões de reais, os quais 60% vieram de recursos da União e 40% são oriundos do orçamento do Tesouro do Estado. Além desse valor, impende destacar que, em torno de 20 milhões foram destinados somente para a compra de fármacos decorrentes de decisões judiciais. Nessa caso, cabe ressaltar o caso de dois pacientes que ingressaram na justiça para garantir o fornecimento de 64 unidades do fármaco “elapraxe”, o qual ocasionou um custo de mais de 400 mil reais.

<sup>242</sup> Impende ressaltar que o número de demandas judiciais da saúde no Ceará aumentou consideravelmente nos últimos anos. Segundo dados apresentados no referido balanço feito pelo CNJ, no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) existem em torno de 8.344 (oito mil, trezentos e quarenta e quatro) ações que tratam desse tema.

<sup>243</sup> No que concerne ao Município de Fortaleza, por exemplo, se pode constatar que os gastos orçamentários relativos à saúde apresentam-se sobre o percentual de, 23 a 25% do orçamento total. Somente em 2010, o montante gasto foi de R\$ 1.096.056.822,50 conforme dados apresentados na Audiência Pública realizada pela Promotoria da Defesa da Saúde Pública do Ceará no dia 08 de abril de 2011 na Procuradoria Geral de Justiça. Além disso, convém destacar que esse Município já vinha enfrentando naquele período problema relacionado ao acúmulo de dívida no valor em torno de R\$ 27 milhões para com os prestadores de serviços de saúde. Essa dívida atingiu, principalmente, os seguintes setores: hospitais privados e filantrópicos; unidades privadas de hemoderivados do sangue; laboratórios privados; empresas fornecedoras de materiais cirúrgicos (órteses e próteses); Centro de Alta Complexidade em Oncologia (CACON); e Unidades de Terapia Renal Substitutiva, os quais eram conveniados ou contratados por intermédio do Sistema Único de Saúde.

Por fim, será traçado o perfil da questão relacionada ao mínimo existencial e de que modo ele conduz a garantir parâmetros em prol da garantia do fornecimento de medicamentos.

### 3.1 O orçamento público e o financiamento para as ações da saúde

Ao se realizar o estudo atinente ao orçamento público, é preciso compreender a concepção de Constituição orçamentária, a qual se constitui como um dos subsistemas da Constituição que compõe o Estado Democrático de Direito<sup>244</sup>.

Nesse sentido, pode ser considerada materialmente constitucional, tendo em vista que o Estado de Direito é constituído mediante a via tributária e dos gastos públicos onde é disciplinado as questões atinentes à despesa e receita, estabelecendo, assim, os princípios e normas que tratam, de forma simultânea, das entradas e dos gastos públicos.

No contexto da Magna Carta de 1988, o documento constitucional orçamentário é “rico em sua expressão principiológica”<sup>245</sup>, o qual se for interpretado de forma correta, será apto a conduzir ao equilíbrio orçamentário, por intermédio da transparência dos gastos e da moralidade no emprego do dinheiro público.

Deste modo, são qualificados como de natureza constitucional a previsão do equilíbrio orçamentário, a distribuição de competências para autorização de cobrança de tributos, bem como a realização dos gastos<sup>246</sup>.

Sob o aspecto formal, a Constituição orçamentária brasileira não se encontra somente na seção atinente ao “orçamento”<sup>247</sup>, como também se apresenta distribuída em vários dispositivos constitucionais<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> Na análise acerca da configuração histórica do Estado Orçamentário, é possível constatar significativas mudanças. No Estado Liberal, o sistema tributário, raramente expresso em nível constitucional, encontrava-se no âmbito da liberdade individual. Porém esse Estado entrou em crise por não conseguir atender as reivindicações sociais. Posteriormente, veio o Estado do Bem-estar Social, o qual, sob a influência das ideias de Keynes, procurou aumentar os impostos e as fontes de receita em concomitância com a ampliação das prestações públicas, principalmente no que se atine aos incentivos fiscais. No entanto, com as sucessivas crises no petróleo, esse Estado entra em crise em razão do relevante crescimento da dívida pública, dos orçamentos deficitários e da recessão econômica. Nessa busca em se superar os problemas enfrentados pelo “*Welfare State*” surgiu o Estado Social Fiscal mediante o controle dos gastos públicos e o redirecionamento das despesas com uma certa regulação social e econômica. In: TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.09-17.

<sup>245</sup> Ibid., 1995, p.06.

<sup>246</sup> BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty*. Chicago: The University of Chicago, 1975, p. 51.

<sup>247</sup> Previsto nos artigos 165 a 169 da CF/88.

<sup>248</sup> O orçamento encontra abrangência nas normas sobre controle da execução orçamentária (arts. 70 a 75), no orçamento do Poder Judiciário (art.99) e na fiscalização orçamentária dos Municípios (art. 31).

Também convém ressaltar que essa Constituição Orçamentária se reveste de caráter meramente processual, o qual pode ser vislumbrado mediante o processo orçamentário que ganha objetividade ao se realizar a alocação de recursos, não sendo meramente um resultado automático de decisões sobre políticas<sup>249</sup>.

Diante disso, se verifica que todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento apesar dele não o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social<sup>250</sup>.

No que concerne ao orçamento público, é possível defini-lo como um “contrato firmado entre o governo e a sociedade que reflete, em termos monetários, o que o governo faz pelo povo e o que o povo contribui para o governo”<sup>251</sup>. Ademais, impende destacar que o mesmo apresenta funções políticas, econômicas e reguladoras<sup>252</sup>.

Sob o aspecto político, o orçamento do Estado de Direito constitui mecanismo de controle da Administração que fica adstrita à execução de despesas no período e nas limitações estabelecidas pelo Legislativo.

É importante reforçar que a questão política do orçamento trata também do relacionamento entre os poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo ligada, assim, ao princípio da separação dos poderes.

A função econômica, por sua vez, precisa ser analisada mediante o desenvolvimento histórico do orçamento, o qual passou por importantes mudanças. Desde a Constituição do Estado Fiscal até a década de 30, a teoria clássica do orçamento era baseada, sobretudo, na ideia de equilíbrio entre receita e despesa o que não recebeu muito o foco dos juristas.

A partir dos anos 30, vigoraram as teorias do economista inglês *Keynes*<sup>253</sup>, as quais preceituavam a ideia dos orçamentos deficitários com a finalidade do Estado aplicar os

---

<sup>249</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.02.

<sup>250</sup> SERRA, José. A Constituição e o Gasto Público. *Planejamento e Políticas Públicas* 1: 93-106,1989.

<sup>251</sup> PIRES, Roberto Rocha Coelho. *Orçamento participativo e planejamento municipal: uma análise neoinstitucional a partir do caso da prefeitura de Belo Horizonte*. Belo Horizonte, 2001, p.11. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/RobertoPires.pdf>. Acesso em: 27 de mar. 2011.

<sup>252</sup> Apesar de elencar três funções precípua, Ricardo Lobos Torres aborda que outros autores estabelecem outras funções. No caso de *Neumark*, foram indicadas quatro funções: político-financeira (racionalidade na gestão orçamentária); política (equilíbrio entre os grupos políticos); de controle financeiro (Executivo) e econômica (racionalidade da política econômica). *Musgrave*, por sua vez, elenca 3 objetivos da política orçamentária: assegurar ajustamento na alocação de recursos; conseguir ajustamentos na distribuição de renda e riqueza e garantir a estabilização econômica. In: TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.41.

<sup>253</sup> O relevante contributo das ideias de *Keynes* deve ser apreciado no momento histórico da grave crise econômica passada pelo sistema capitalista dos anos 30. O referido economista propôs o sistema de regulamentação e intervenção estatal de controle monetário e de monopólio e de mercados fechados e de amplos investimentos com dinheiro público ainda que não produtivos.

investimentos públicos na geração de emprego e no combate das crises cíclicas do capitalismo<sup>254</sup>. Nesse critério, enquanto os economistas se tornavam mais tendentes às teorias de *Keynes*, os juristas se preocupavam com a questão do problema formal da natureza do orçamento, bem como no que concerne à sua eficácia.

Posteriormente, diante do agravamento da dívida pública no Brasil, ocorrida no final da década de 70, as ideias *keynesianas* deixaram de preponderar em detrimento do equilíbrio orçamentário onde os estudos atinentes ao orçamento público seriam desenvolvidos de forma conjunta tanto pelos juristas quanto pelos economistas.

Nesse sentido, os juristas avaliariam as questões relacionadas aos aspectos principiológicos e constitucionais mediante a análise da natureza e eficácia da lei orçamentária. Os economistas, por sua vez, se concentrariam no estudo macroeconômico e na perspectiva do equilíbrio orçamentário sobre a economia.

Por fim, a função reguladora do orçamento envolveu outras matérias além da economia como assuntos relacionados ao meio ambiente, controle de concorrência e a entrega de prestações de saúde, dentre outras áreas. Essa função modificou o relacionamento entre os poderes estatais, contribuindo para que haja uma diminuição da exagerada competência até então atribuída à Administração.

Outro aspecto que convém mencionar acerca do orçamento no Brasil é o fato da doutrina considera-lo de caráter autorizativo, fazendo com que se conclua que as previsões de gastos não sejam de cunho obrigatório em virtude de se encontrarem nele previstas<sup>255</sup>. A justificativa para isso seria respaldada no fato de que seria necessário conferir ao Executivo uma “flexibilidade” na execução orçamentária.

---

<sup>254</sup> No Brasil, o autor Aliomar Baleeiro foi um dos primeiros defensores a divulgar a teoria keynesiana, mas também foi um dos que conseguiram diagnosticar o momento em que as ideias de Keynes entraram em retrocesso (*Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 401 e na obra *O direito Tributário da Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Financieiras, 1959, p. 178).

<sup>255</sup> Nesse sentido, é importante destacar que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) trata algumas despesas como de execução obrigatória, mas, segundo a doutrina, não por terem sido incluídas no orçamento, mas por serem decorrentes de obrigações constitucionais ou legais do Poder Público. Os defensores desse entendimento (Ricardo Lobo Torres e James Giacomi) compreendem que, como a Constituição não autoriza a modificação livre no orçamento, nem autoriza a realização de despesas sem a previsão orçamentária, a conclusão era de que seria autorizado que as previsões de gasto deixem de ser realizadas. Porém o presente trabalho não concorda com esse entendimento, tendo em vista que, em situações relacionadas ao direito à saúde, o qual se encontra devidamente garantido de forma expressa na Constituição, não cabe um juízo de conveniência do administrador em realizar ou não os gastos previstos no orçamento público. Inclusive porque se trata de um dever estatal usar de ações e programas cujo objetivo é garantir esse direito fundamental. Nesse caso, seria adequado se pensar que, havendo um gasto delimitado no orçamento em prol de alguma política de fornecimento de medicamentos, este não ser utilizado pelo Poder Público que, mediante um juízo discricionário, decidiu não gastar?

Diante disso, se verifica também a configuração do Estado de Planejamento, tendo em vista que o orçamento, além de fixar as receitas fiscais e patrimoniais, autoriza a entrega de prestações de direitos sociais, incluindo a saúde, orientando o desenvolvimento da economia, bem como propiciando o seu respectivo equilíbrio e a redistribuição de renda.

Nesse sentido, se faz necessário avaliar a questão do planejamento orçamentário para a compreensão do modo pelo qual a receita, a despesa e os investimentos são realizados pelo Poder Público, principalmente no que se relaciona ao direito à saúde.

### *3.1.1. Do planejamento orçamentário e o estabelecimento do orçamento da Seguridade Social*

Com base no estudo das funções orçamentárias, foi possível estabelecer a aliança entre o planejamento e o orçamento mediante a fixação do princípio do planejamento. Nesse âmbito, o Estado Orçamentário estabelece pelo orçamento a receita fiscal e patrimonial, autorizando a entrega de prestações incluindo a saúde, configurando, assim, um Estado de Planejamento<sup>256</sup>.

É importante ressaltar, ainda, que esse planejamento se configura como uma autorização para que a Administração execute o programa traçado em leis específicas, realizando o controle quanto ao limite máximo de gastos, não obrigando que o Poder Público realize, necessariamente, a despesa autorizada em virtude de sua natureza formal<sup>257</sup>.

Além disso, impende esclarecer acerca da unidade orçamentária, posto que existe uma integração finalística e harmônica entre os diversos orçamentos públicos. Nesse contexto, é possível vislumbrar no documento constitucional brasileiro a integração em um mesmo diploma legislativo do orçamento fiscal, da seguridade e dos investimentos estatais. Essa unificação contribuiu para permitir o controle da utilização de recursos para suprir necessidades ou cobrir déficit de empresas, fundações ou fundos<sup>258</sup>.

Nesse sentido, se verifica que a Constituição brasileira realizou a divisão do planejamento orçamentário em três modelos<sup>259</sup>: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias

---

<sup>256</sup> Esse Estado não pode ser confundido com o Estado de Planificação, o qual sempre se liga às manifestações totalitárias ou socialistas.

<sup>257</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.52.

<sup>258</sup> Esse princípio da unidade orçamentária encontra-se disposto no art. 167, inciso VIII da CF/88. Porém, uma desvantagem apresentada se refere às possíveis confusões das fontes de financiamento da seguridade social com as fontes do Tesouro Público (Ibid, 1995, p.66).

<sup>259</sup> A tripartição do planejamento orçamentário adotada pela Constituição brasileira apresentou forte influência da Constituição alemã.



e o orçamento anual<sup>260</sup>. Essa divisão foi realizada pela Magna Carta de forma harmônica e integrada a fim de que ocorra uma compatibilização com o planejamento global<sup>261</sup>.

Nesse contexto, impende salientar a função regulatória exercida pelo planejamento orçamentário, procedendo com a regulação da economia e das relações sociais, incluindo a questão atinente à saúde, mediante a atividade administrativa.

Ou seja, o planejamento, consubstanciado no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e no orçamento anual, se configura como uma autorização para que Poder Público realize a execução do programa traçado em leis específicas, ressaltando, ainda, o controle da Administração quanto ao limite máximo de gastos.

Isso faz compreender que a atividade administrativa objeto de planejamento orçamentário necessita depender da efetiva realização da receita orçamentária e dos resultados positivos da economia, tendo em vista que as políticas públicas dependem de dinheiro e não apenas de verba, assim como não se pode deixar de atentar para a questão da reserva do possível a qual os direitos sociais se encontram submetidos, em especial a saúde.

Deste modo, se verifica a importância de compreender o papel do plano plurianual cujo objetivo é estabelecer programas e metas governamentais de longo prazo, configurando uma espécie de planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, de equilíbrio entre as diversas regiões do Brasil e de instrumento de estabilidade econômica.

Além disso, o orçamento plurianual deve ser compatibilizado com os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos do diploma constitucional brasileiro, bem como deve adequar-se aos planos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social além de outras diretrizes e bases de planejamento relacionadas à educação, turismo e meio ambiente.

A lei de diretrizes orçamentárias, por sua vez, a qual compreende as metas e prioridades da administração pública federal. Apresentando natureza formal, configura-se como uma orientação ou sinalização de caráter anual para a elaboração do orçamento, devendo ser

---

<sup>260</sup> A Constituição proclama o princípio do planejamento ou da programação por intermédio do art. 165.

<sup>261</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...] § 7º - Os orçamentos previstos no § 5º (lei orçamentária anual), I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional. [...] Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual. [...] Art. 167. [...] § 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

elaborada no primeiro semestre<sup>262</sup>. Essa lei não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os poderes estatais.

A lei orçamentária anual, por sua vez, compreende um conjunto de orçamentos, envolvendo o fiscal, o de investimentos das empresas estatais e o da seguridade social, os quais são subordinados ao princípio da unidade orçamentária.

Nesse contexto, em detrimento do presente estudo tratar, especificamente, das questões judiciais atinentes ao direito da saúde, se realizará maior foco quanto ao orçamento da seguridade social o que será analisado a seguir.

### *3.1.2. Orçamento da Seguridade Social para o financiamento do direito à saúde*

Integrado à lei orçamentária anual<sup>263</sup>, mediante o princípio da unidade, o orçamento da seguridade social foi uma figura criada pela Constituição brasileira de 1988, o qual se encontra explicitado no art. 165, inciso III e § 5º, inciso III do referido documento constitucional<sup>264</sup>.

Além disso, se vislumbra que o complemento normativo do orçamento da seguridade social tem vindo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) anuais na ausência de uma lei complementar sobre o orçamento.

No âmbito da diretriz específica, envolvendo o orçamento seguridade social, se encontram as dotações destinadas para o atendimento das ações de saúde mediante as seguintes receitas<sup>265</sup>: próprias dos órgãos, fundos e entidades; recursos oriundos do Tesouro; transferências constitucionais; recursos provenientes de convênios, contratos, acordos e ajustes; contribuição patronal (art. 195, inciso I da CF/88); contribuição dos servidores (art. 195, inciso II da CF/88); recursos provenientes da compensação financeira (art. 4º da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999); e recursos provenientes das receitas patrimoniais administradas pelo Instituto de Previdência do Servidor do Distrito Federal – IPREV para o custeio do regime próprio de previdência social.

---

<sup>262</sup> Vide art. 35, inciso II do ADCT: “o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa”.

<sup>263</sup> A Lei n. 4.895 de 26 de julho de 2012 dispôs acerca das diretrizes orçamentárias para o exercício financeiro de 2013. As diretrizes específicas do orçamento da seguridade social encontram-se estabelecidas nos arts. 33 a 41.

<sup>264</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] III - os orçamentos anuais. [...] § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: [...] III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

<sup>265</sup> Essas receitas foram estabelecidas no art. 34 da Lei n. 4.895/12.

É importante ressaltar que o conceito de orçamento da seguridade social encontra íntima relação com o próprio tratamento constitucional acerca da seguridade social, compreendendo ações do Estado visando à garantia dos direitos sociais do cidadão mediante a proteção contra os riscos do trabalho e das contingências da própria existência humana tais como a velhice, a maternidade e o desemprego involuntário.

No que concerne às fontes de financiamento, as ações relacionadas com a seguridade social são baseadas em contribuições parafiscais de empregadores e empregados.

Esse sistema de seguridade social apresentou significativa expansão mundial, incluindo o Brasil e entrou em crise no final dos anos 70, tendo em vista que o universo de beneficiários cresceu consideravelmente diante do aumento da expectativa de vida e pela incorporação de segmentos sociais desassistidos.

No caso das despesas relativas às prestações de saúde, houve um salutar encarecimento em razão da sofisticação dos instrumentos utilizados pela medicina moderna e pelas novas doenças surgidas (AIDS, diversas modalidades de câncer, por exemplo).

Por outro lado, o orçamento relativo às receitas minguou em detrimento das falhas nos cálculos atuariais das contribuições parafiscais e, sobretudo, pela tendência em se imputar à arrecadação de impostos o custeio das despesas da seguridade<sup>266</sup>.

Nesse sentido, é possível vislumbrar que a Magna Carta de 1988 apresentou um viés paternalista enquanto outros países apresentavam severas críticas ao sistema. Em seu art. 194, estabeleceu como se compreende a seguridade social, de modo a se caracterizar por um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, objetivando assegurar os direitos relacionados à saúde, previdência e assistência social.

Segundo o referido diploma constitucional, o custeio de financiamento seria da sociedade, seja de forma direta quanto indireta, por intermédio de recursos oriundos de orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das contribuições sociais relacionadas aos empregadores (incidente na folha de salários, o faturamento e o lucro), empresas e entidades a ele equiparadas, aos trabalhadores, sobre a receita de concursos de prognósticos<sup>267</sup> e do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.70.

<sup>267</sup> Vide art. 195 da CF/88: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito

No tocante à saúde<sup>269</sup>, direito social de todos e dever estatal, garantido mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário das ações e serviços voltados à sua promoção, proteção e recuperação<sup>270</sup>.

Nesse sentido, alguns autores consideram que o orçamento da seguridade social traçado pela Constituição brasileira de 1988 apresentou algumas falhas, ocasionando, assim, problemas relacionados à interpretação, os quais geraram diversos debates junto aos Tribunais.

Nesse contexto, se encontram equívocos atinentes à incorreta compreensão acerca da parafiscalidade e o exagerado empenho do diploma constitucional em se ampliar o “paternalismo estatal”, evitando a privatização de algumas atividades relacionadas à proteção dos trabalhadores.

Essa ideia de orçamento da seguridade social apresentou desvantagem no tocante às atribuições dos órgãos do Estado e paraestatais e na transferência dos beneficiários para a sociedade em geral no que se atine ao financiamento da saúde pública<sup>271</sup>.

Mediante esse aspecto, se verifica a questão do “*status*” positivo dos direitos fundamentais, os quais são garantidos por intermédio de serviços públicos que exigem dotações específicas que, no caso da saúde, apresenta a dependência de recursos os quais são decorrentes do orçamento da seguridade social.

Nesse contexto, é possível vislumbrar a existência de condições mínimas da existência humana digna, as quais exigem prestações estatais positivas. Esse mínimo existencial é encontrado na ideia de liberdade e mediante os princípios constitucionais da igualdade, do

---

Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

<sup>268</sup> Inserido mediante a Emenda Constitucional n. 42 de 19 de dezembro 2003.

<sup>269</sup> O direito à saúde encontra-se regulamentado no art. 196 da CF/88, assim como sua qualidade de direito social está inserido no art.6º do referido diploma constitucional.

<sup>270</sup> Segundo Ricardo Lobo Torres, a Constituição Brasileira realizou a distinção entre as prestações de saúde que constituem proteção do “mínimo existencial” daquelas condições necessárias à existência, como o caso da medicina preventiva e vigilância sanitária, os quais são gratuitas, sendo classificadas como direitos sociais. Segundo ele, a Lei n. 8.080/90, que instituiu o sistema único de saúde, criou uma “utopia de gratuidade das prestações públicas nessa área, desarticulando inteiramente a ação estatal, piorando consideravelmente o atendimento ao povo e contrastando com as legislações dos Estados-membros que criaram contribuições obrigatórias para a assistência médica aos seus funcionários”. (TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.71).

<sup>271</sup> Ibid, 1995, p. 72.

devido processo legal e da livre iniciativa, bem como na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Essa proteção positiva dos direitos sociais, incluindo a saúde, ocasionou impactos orçamentários, os quais apresentaram consequências distintas daquelas relacionadas aos direitos de liberdade.

Deste modo, é conveniente realizar uma abordagem acerca do princípio constitucional orçamentário da separação de poderes, tendo em vista que contribui para a própria garantia da legitimidade do Estado Orçamentário.

### *3.1.3. O princípio orçamentário da separação dos poderes como instrumento de controle do orçamento*

Esse princípio é considerado como um dos mais importantes para a Constituição Orçamentária. Na análise acerca das funções do orçamento foi possível verificar que ele serve de controle das atividades do Executivo pelo Legislativo.

Porém convém ressaltar, ainda, que o Judiciário também tem essa competência de desempenhar o controle de legalidade, economicidade e legitimidade do processo orçamentário e de sua execução. Diante disso, se verifica a salutar função do controle jurisdicional junto às questões macroeconômicas e orçamentárias.

Nesse sentido, em se tratando do orçamento da seguridade social, imprescindível para o financiamento do direito social à saúde, se demonstra a salutar importância dessa função dos Poderes Estatais realizarem a fiscalização e o controle, tendo em vista que a manutenção e preservação desse direito se faz imprescindível para a garantia do direito fundamental à vida.

Deste modo, é possível verificar que os tribunais, ao analisarem questões relacionadas ao controle jurisdicional quanto orçamento público, demonstram a preocupação e o compromisso do Judiciário para com a preservação do equilíbrio e legalidade desse processo.

Em um dos julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>272</sup>, por exemplo, reforça que, ao se tratar da questão do direito à saúde, há uma prioridade do controle judicial de políticas públicas em detrimento da escassez de recursos.

Isso porque, na consideração do Judiciário, a vida, a saúde e a integridade física e psíquica do indivíduo configuram como “valor ético-jurídico supremo do ordenamento

---

<sup>272</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1068731 / RS. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em 17 de fevereiro de 2011.

brasileiro”, sobressaindo em relação aos valores de ordem econômica, política ou social. Além disso, esclarece que a legislação ordinária estabelece a imposição de obrigações positiva do Estado quanto ao dever de garantir o direito à saúde.

No tocante à formulação ou execução de programas sociais ou econômicos, o referido julgamento ressalta que descabe ao Judiciário, em regra geral, esse papel. Porém, no âmbito do Estado de Direito, as políticas públicas também devem ser submetidas ao controle de constitucionalidade e legalidade, principalmente em relação à completa ausência de política ou mesmo do cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

Desta forma, se verifica que essa preocupação com relação ao controle jurisdicional do orçamento público, especialmente o atrelado ao financiamento do direito à saúde se deve em virtude das recorrentes justificações relacionadas à limitação de recursos orçamentários não devendo compor somente no tocante à esfera da discricionariedade do Executivo, implicando em responsabilidade de todos os Poderes<sup>273</sup>.

Porém, impende esclarecer que, no contexto do sistema constitucional financeiro do Brasil, a execução do orçamento é do Poder Executivo, cabendo ao Legislativo (Congresso Nacional) o controle e a fiscalização<sup>274</sup>. No entanto, ao Judiciário apresenta esse controle de legalidade e constitucionalidade, o qual é exercido de forma a garantir os objetivos constitucionais.

Convém abordar ainda nesse contexto a questão atinente ao controle de economicidade no âmbito do orçamento, abrangendo o controle da moralidade administrativa e da justiça financeira. Nesse Estado de Direito, não se trata somente da temática envolvendo a tomada de contas ou o exame formal da legalidade.

---

<sup>273</sup> Segue trecho do acórdão do STJ anteriormente mencionado: “A escusa da ‘limitação de recursos orçamentários’ frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. ‘A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador’.”

<sup>274</sup> Conforme dispõe o art. 70, “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Exige-se também o controle da gestão, a análise dos resultados e a apreciação da justiça e do custo/benefício a fim de averiguar se o cidadão brasileiro realmente vem obtendo a contrapartida do seu sacrifício econômico.

No âmbito da legitimidade, há uma abrangência dos princípios constitucionais orçamentários e financeiros, decorrente da ideia de segurança jurídica e de justiça, os quais se configuram princípios informativos de controle<sup>275</sup>.

Nesse contexto, se verifica que esse controle implicou numa abertura para a política fiscal, financeira e econômica no Brasil. Tal fato foi decorrente do intervencionismo e da ampliação do papel do Estado.

Essas ações acarretaram a necessidade de decisões políticas, de implementação de políticas públicas e o aperfeiçoamento da política de bem-estar, seja no que se atine à elaboração de planos e orçamentos como no tocante ao controle de sua execução que não pode deixar de se configurar como político, finalístico, valorativo e balizado mediante os princípios financeiros<sup>276</sup>.

Diante do que foi exposto, convém esclarecer que não se pode deixar de ressaltar é a relevante responsabilidade dos três poderes estatais realizarem de forma conjunta a garantia de direitos fundamentais, incluindo a saúde, os quais se encontram expressamente garantidos pela Constituição brasileira de 1988 que os elevou a mais importante categoria de proteção no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, é possível constatar que a legitimidade do Estado Democrático de Direito depende desse controle da legitimidade de sua ordem financeira. Diante disso, só o controle célere, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos dá legitimidade ao tributo, fazendo com que se estimule a plena realização da garantia da liberdade individual e dos princípios constitucionais.

Deste modo, ao se realizar um balanço acerca da Constituição Orçamentária, é possível verificar que o documento constitucional de 1988 realizou significativas inovações em seus aspectos orçamentários, posto que buscou dar maior transparência fiscal, controlar as renúncias de receita, bem como trouxe melhor disciplina no âmbito da política do

---

<sup>275</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. 1995, p.285-286.

<sup>276</sup> Impende destacar o papel relevante também desempenhado pelo Tribunal de Contas, que no âmbito do aspecto político do controle, tem a incumbência constitucional de auxiliar a fiscalização do Congresso Nacional quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira conforme dispõe o art. 71 da Constituição brasileira de 1988.

endividamento público e apresentou maior preocupação com a questão do equilíbrio orçamentário.

Deste modo, diante do que foi exposto, é possível verificar a importância do orçamento público para o financiamento das ações em prol da garantia do direito social à saúde. Constatou-se que esse instrumento passou por significativas mudanças e que a Constituição brasileira de 1988 contribuiu, consideravelmente, para que o procedimento de planejamento orçamentário se tornasse cada vez mais transparente e focado para a garantia dos direitos fundamentais estabelecidos pelo referido documento constitucional.

Verificou-se, ainda, a questão do controle e da fiscalização do orçamento como instrumento necessário à garantia de legalidade, legitimidade e justiça orçamentária. Além disso, se mostrou o papel a ser atribuído a todos os poderes estatais, incluindo o Judiciário a fim de que se proteja o bem da coletividade. Nesse âmbito, foi destacado o papel do orçamento relacionado à seguridade social, o qual é responsável para disponibilizar os recursos necessários para o direito à saúde.

Diante disso, após realizar esse estudo acerca do orçamento e do financiamento desse importante direito social, foco do presente trabalho, convém realizar uma abordagem envolvendo as políticas públicas, em especial, aquelas atreladas às prestações de saúde, tendo em vista que as principais discussões acerca da não intervenção do Poder Judiciário no âmbito dos programas estatais envolvendo a concretização do direito à saúde.

### **3.2. Das políticas públicas em prol do direito à saúde**

Para que se compreenda a questão dos impactos orçamentários em detrimento de decisões judiciais acerca da efetivação do direito à saúde, se faz necessário entender o conceito de política pública, posto que, por intermédio dessa ação do Poder Público é que se pode analisar de que modo o Estado atua em prol da garantia dos direitos estabelecidos no documento constitucional.

Nesse sentido, é possível descrever as políticas públicas como um conjunto de ações governamentais, configurando um verdadeiro instrumento de planejamento, racionalização cuja finalidade é adotar uma melhor escolha no sentido de realizar a administração dos recursos e meios públicos para a garantia da concretização dos direitos estabelecidos na Constituição.

Nesse contexto, cabe esclarecer que as políticas públicas se tornaram uma categoria de foco do direito diante da nova constituição brasileira, a qual buscou destacar, expressamente,



sua intenção em garantir e proteger vários direitos fundamentais, estando inseridos nesse rol os direitos sociais, em especial, a saúde.

No que se atine ao fornecimento de medicamentos, foi possível vislumbrar no primeiro capítulo que a Administração Pública realizou uma série de medidas em prol da distribuição dos fármacos, mediante a criação de uma lista nacional de medicamentos (RENAME), bem como a instituição da ANVISA e da Política Nacional de medicamentos, os quais, em ação conjunta entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, traçando parâmetros e medidas em prol do atendimento à população<sup>277</sup>.

Apesar de ser um tema mais atrelado ao ramo da ciência política, a noção de políticas públicas emergiu, exatamente, mediante a configuração do Estado prestacional<sup>278</sup>. Mediante esse advento do Estado Social de Direito e a positivação dos direitos sociais, as constituições contemporâneas estabeleceram fins a serem perseguidos pelos poderes estatais no sentido de se garantir os objetivos traçados no diploma constitucional.

Deste modo, é possível vislumbrar a necessidade de a vontade política se apresentar como subordinada à vontade constitucional, a qual adquire caráter impositivo e vinculante para o Poder Público, bem como para as demais funções estatais<sup>279</sup>.

Por isso, se vem à tona o debate envolvendo a questão da judicialização, tendo em vista o fato de, se o Estado se encontra constitucionalmente obrigado a promover as demandas asseguradas no referido diploma constitucional, em que medida essas ações governamentais com o propósito de satisfazer tais pretensões devem ser vinculadas juridicamente.

Essa submissão das posições e regras jurídicas configura o denominado “fenômeno de transmutação”, convertendo situações, as quais eram consideradas tão somente de índole política para adquirir um viés de situações jurídicas<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Outro grande exemplo foi relacionado à criação de legislação específica que tratasse da distribuição gratuita de alguns medicamentos como no caso dos anti-retrovirais para tratamento do vírus HIV, diabetes, hipertensão e asma. Além disso, foi destacada também as políticas públicas lançadas com vistas a suprir as constantes carências de fármacos como o caso da “Farmácia Popular”, implantada pelo governo federal, destinando a ampliação do acesso aos medicamentos mediante a previsão de venda de medicamentos com preços 90% mais baixos do que o praticado pelo mercado.

<sup>278</sup> Nesse contexto, “o Estado é aqui invocado como destinatário de um dever de proteção (*Schutzpflicht*) dos particulares”. O conteúdo dos direitos sociais atingem um grau máximo no momento em que a Constituição enuncia o direito e impõe que o legislador adote a promoção das condições a fim de torná-lo efetivo. (QUEIROZ, Cristina.op. cit., 2006, p. 51-75)

<sup>279</sup> A “moderna dogmática dos direitos fundamentais” trata do debate acerca da viabilidade do Estado ter o dever e a obrigação de criar pressupostos fáticos necessários para exercer, efetivamente, os direitos constitucionalmente assegurados, bem como no tocante à possibilidade de eventuais titulares de direitos dispuserem da pretensão a prestações por parte do Poder Público. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 06).

Nesse sentido, é que se leva à discussão os temas relacionados à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*), posto que as decisões vinculadas juridicamente apresentam sua efetivação submetida ao referido fator financeiro condicionante<sup>281</sup>.

Porém o que não se pode olvidar é que esses direitos às prestações, como a saúde, apresentam uma importante receptividade no contexto do constitucionalismo contemporâneo e pátrio, resultando, ainda, numa verdadeira abertura de um novo capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais junto ao catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

Mediante a adoção desse Estado de caráter fundamentalmente prestacional, o Poder Público passa a intervir na sociedade não de forma isolada ou pontual, mas de forma planejada por intermédio das políticas públicas voltadas a dar cumprimento aos fins e tarefas preconizadas na Magna Carta<sup>282</sup>.

Em virtude do direito, em especial a Constituição, passar a ter como objetivo a implementação de políticas públicas, focando em finalidades específicas, se faz necessário avaliar de que modo essa implementação se configura efetiva.

Por isso, é que se mostra de suma importância os governos adotarem programas de ações públicas racionalmente coordenadas com a política maior, priorizando os meios de forma a viabilizar a realização das finalidades precípua da Lei Fundamental de 1988. Esse processo político de escolha deve ser pautado na garantia dos direitos fundamentais para a consecução de uma vida digna para a coletividade<sup>283</sup>.

Desse modo, foi constatado que, em relação ao fornecimento de medicamentos, apesar de terem sido implementadas políticas públicas pelos entes federativos, estas não se mostraram perfeitamente condizentes com as necessidades da população brasileira, principalmente porque o número de ações judiciais cresceu de forma grandiosa nos últimos anos, demonstrando a urgência em se adotarem novas medidas pelo Estado.

---

<sup>280</sup> Ibid., 2004, p. 08.

<sup>281</sup> A respeito do tema, convém esclarecer que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre “*numerus clausus*” de vagas nas Universidades (*numerus clausus Entscheidung*) reconheceu que as pretensões voltadas à criação de pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinados direitos estão subordinadas ao condicionante da reserva do possível.

<sup>282</sup> Nesse sentido, é que esse planejamento que confere a racionalização do agir estatal, mediante a previsão de comportamentos, a formulação de objetivos e metas, bem como instrumentalizando o desenvolvimento de políticas públicas no horizonte do longo prazo, voltadas à consecução da sociedade a um determinado destino (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 357-358)

<sup>283</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, jan-mar, 1997, p. 89.

Nesse contexto, se vislumbra o relevante papel desempenhado por essas ações governamentais no sentido de funcionar como instrumentos de aglutinação de interesses com foco na coletividade, apresentando estreita relação com o orçamento público em razão de que suas metas e seus meios para se alcançar a devida concretização necessitam de planejamento quanto aos recursos a serem gastos para o cumprimento de tal finalidade.

Em razão disso, se verifica que as políticas econômico-financeiras não podem ser dissociadas das políticas sociais, pelo contrário, devem trilhar o mesmo caminho, diante da complexidade e do dinamismo traçado pela saúde no Brasil.

Nessa relação estabelecida entre essas ações o orçamento público, se constata que este atua como meio para a sua realização, não devendo haver contradição entre a característica política da decisão orçamentária com a implementação dos direitos fundamentais estabelecidos na Magna Carta.

Deste modo, na medida em que o Poder Público contempla o atendimento a esses direitos mediante a adoção dessas políticas governamentais, não caberia a discussão acerca de possível intervenção judicial.

Esse debate se faz necessário, principalmente porque o gestor público deve ser consciente de sua eminente função, fazendo com que direitos como a saúde estejam devidamente amparados e planejados mediante a execução orçamentária.

Esse critério político constante na forma quem que o administrador público irá gastar não se configura um “salvo-conduto”. Pelo contrário, são exigências constitucionais a serem implementadas em caráter prioritário<sup>284</sup>.

Diante do que foi apresentado, é possível extrair alguns elementos acerca da noção em torno das políticas públicas. O primeiro deles se relaciona à busca por metas, objetivos ou uma finalidade.

O segundo trata da utilização dos instrumentos necessários ao cumprimento de tais metas. Por fim, vem a questão relativa ao dispêndio de tempo para essa implementação. Isso demonstra o caráter dinâmico dessas ações, as quais, rotineiramente, utilizam diversos meios para atingir seus fins.

---

<sup>284</sup> Nesse contexto, o orçamento público se configura como um verdadeiro documento de “quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas drásticas por políticas públicas”. (TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: op. cit., 2001.).

Em razão do parâmetro apresentado, onde se verifica que a implementação de políticas públicas depende de forma direta do planejamento orçamentário para que sejam disponibilizados os recursos necessários, é constatado o grande dilema debatido pelo Poder Público: a questão da escassez de recursos, os quais se apresentam como insuficientes para o atendimento eficaz e justo aos cidadãos brasileiros.

Conforme análise realizada junto ao Ministério da Saúde, entre o período de 2003 a 2009, houve uma crescente evolução com gastos de medicamentos no âmbito orçamentário brasileiro<sup>285</sup>.

A ausência de recursos materiais configura um relevante obstáculo para a efetividade dos direitos sociais, em especial a saúde. Nessa decisão em se aplicar os recursos públicos voltados às prestações de saúde, o administrador público usa da adoção da reserva do possível para escolher de que modo irá balancear esse atendimento para a execução de suas políticas<sup>286</sup>.

Essas medidas traçadas pelo Poder Público quanto às políticas públicas relacionadas às prestações de saúde chegaram às portas do Judiciário, fato este que vem se tornando cada vez mais rotineiro no contexto jurídico contemporâneo, ocasionando também maiores impactos no orçamento em virtude das ordens judiciais que determinam muitas vezes em caráter liminar o fornecimento de medicamentos.

Nesse contexto, somente no âmbito do Ministério da Saúde<sup>287</sup>, foi possível constatar um aumento de gasto de dois milhões de reais em 2005 para mais de oitenta milhões de reais em 2009 com ações judiciais relacionadas às aquisições de medicamentos<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Em 2003, os gastos com medicamentos eram, em média, mais de um bilhão de reais. Em 2009, esse gasto chegou a mais de três bilhões, havendo um aumento de mais de 100%. Por sua vez, o orçamento destinado ao Ministério da Saúde apresentou um incremento de somente uma média de 17%.

<sup>286</sup> Acerca do assunto, o Canotilho realiza a seguinte explanação: “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. op.cit., 2003).

<sup>287</sup> Dados apresentados pelo Ministério da Saúde.

<sup>288</sup> Segundo Morton Scheinberg (pesquisador do Hospital Israelita Albert Einstein, e diretor científico e coordenador de Pesquisas Clínicas do Hospital Abreu Sodré) a origem do problema relacionado ao aumento dos gastos públicos com relação ao fornecimento de medicamentos se encontra na grande demora na inclusão de novos medicamentos ou procedimentos de auxílio no controle de certas doenças na lista do SUS. Outros procedimentos diagnósticos rapidamente incorporados à prática clínica por sua eficácia também não são absorvidos pelo sistema público com a rapidez necessária. Para o especialista, “a morosidade pública é o maior estímulo à judicialização, criando-se uma nova indústria entre médicos, laboratórios e advogados”.

Em se tratando de demandas judiciais atinentes às determinações da Administração Pública em fornecer medicamento começou a surgir de forma mais intensa a partir da década de 90, onde foi possível vislumbrar o relevante foco quanto aos fármacos destinados ao tratamento de AIDS.

Através do caso paradigmático julgado junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>289</sup>, o Judiciário iniciou a construção de seu entendimento acerca da efetivação do direito à saúde. Considerou que o caráter programático desse direito não poderia se configurar como uma “promessa constitucional inconsequente” sob pena da Administração Pública, fraudando as expectativas traçadas pela sociedade brasileira, substituir, de forma ilegítima, o cumprimento de o seu relevante dever em virtude de um “gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental”.

Desde então, sucessivas decisões judiciais vem sendo proferidas pelo Poder Judiciário que, no tocante à implementação de políticas públicas relacionadas à concretização dos direitos sociais, considerou ser cabível a esse poder, em caráter excepcional, determinar aquelas que se encontravam definidas pela própria Constituição sejam elas oriundas de alguma implementação já estabelecida ou de alguma omissão do Poder Público<sup>290</sup>.

Nesse contexto, em que se vislumbra o crescente papel desempenhado pelo Judiciário quanto à judicialização da saúde, várias críticas surgiram em detrimento da nova postura adotada por esse poder.

A primeira que pode ser mencionada seria atinente à questão da legitimidade do referido poder atuar na concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, se coloca em pauta a questão do princípio da separação dos poderes e, alguns autores consideram que a atuação do Judiciário no âmbito social representaria uma verdadeira usurpação de competência do Legislativo e Executivo.

---

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE- AgR. n. 271286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 de setembro de 2000.

<sup>290</sup> Esse julgado assim dispôs: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE- AgR. n.410715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 22 de novembro de 2005.

O argumento principal seria de que o Judiciário somente teria a competência de aplicar as normas legais que disciplinariam o modo como os direitos sociais deveriam ser providos pelo Estado. Ou seja, não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas<sup>291</sup>.

Outro aspecto debatido pelos defensores da não intervenção do Judiciário se relaciona ao argumento de que os direitos sociais, incluindo a saúde, não serem considerados como verdadeiros direitos fundamentais, compreendendo somente a categoria de direitos civis e políticos<sup>292</sup>.

O argumento de que a judicialização seria antidemocrática também foi outro ponto objeto de debate por essa corrente doutrinária por considerar que estaria sendo conduzida por agentes que não estariam investidos pelo crivo do voto popular<sup>293</sup>.

Outra crítica se relaciona à questão financeira, em virtude da escassez dos recursos públicos o que levará à tona a questão da reserva do possível o qual se melhor analisará a seguir. Além disso, se argumenta que essa atuação do Judiciário desorganizaria a Administração Pública em virtude de que os administradores, no lugar de estarem realizando o planejamento e a execução das políticas públicas, acabariam necessitando se dedicar mais com relação ao atendimento das demandas judiciais.

Ademais, os contrários a essa intervenção consideram que o referido poder não apresentar o conhecimento técnico necessário para, no âmbito das políticas públicas, estabelecer qual a melhor providência<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Com relação a essa crítica atinente à judicialização, impende destacar que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções relacionadas aos poderes estatais. Isso porque o sistema de freios e contrapesos adotado no modelo brasileiro implica uma complexa trama de implicações e importa em limitações recíprocas. Além disso, não há proibição de um poder exercer a competência específica de outro. No contexto da atuação do Judiciário em prol da concretização das políticas públicas, considero que essa ação ocorre, exatamente, em virtude dessa possibilidade de implicações recíprocas.

<sup>292</sup> Em relação ao argumento de que os direitos sociais não seriam qualificados como fundamentais, também não há como se concordar com esse raciocínio, tendo em vista que os direitos sociais se configuram como condição de liberdade. À medida que o Judiciário concretiza esses direitos, estará realizando a promoção da liberdade individual, garantido, assim, condições para sua manifestação efetiva.

<sup>293</sup> Porém essa crítica não procede em razão do fato de que o Judiciário pode exercer um relevante papel na garantia das condições para que a deliberação pública seja instaurada de maneira adequada. Essas condições abordam liberdades básicas assim como também os direitos sociais. Ao garanti-los, o Judiciário estará capacitando o cidadão para uma participação pública efetiva, qualificando, deste modo, o debate público. No caso das decisões relacionadas ao fornecimento de medicamentos para o combate ao vírus HIV, por exemplo, esses julgamentos se contextualizaram com os movimentos mais abrangentes em prol da luta contra a AIDS, provocando, assim, uma alteração política formulada para as prestações de saúde mediante a aprovação de leis determinando a distribuição gratuita dos medicamentos, bem como à produção da linha de genéricos. Além disso, essas decisões catalisaram as reivindicações sociais, provocando a ação governamental incluindo no contexto internacional no intuito de rescindir patentes. Ou seja, é possível constatar que, ao invés de desmobilizar a cidadania, o Judiciário auxiliou a atuação cidadã.

Diante dessas críticas, se verifica a necessidade de, sobretudo, tratar da análise de que até que ponto o Judiciário pode ou não atuar de forma interventiva para a concretização do direito fundamental à saúde. Ou seja, contribuiu para o estabelecimento de parâmetros para essa efetivação.

Nesse sentido, convém realizar uma análise acerca da questão da reserva do possível, tendo em vista que esse argumento se configura como uma das principais justificativas do Poder Público em não garantir a efetividade plena do referido direito social.

### **3.3. Dos limites relacionados à reserva do possível e proporcionalidade**

No âmbito da doutrina clássica, a reserva do possível é vislumbrada como um limite à atuação do Judiciário na implementação dos direitos sociais. Essa conclusão foi decorrente da construção jurisprudencial alemã que, em 1972, se deparou com um caso (*Numerus Clausus*) atinente ao direito ao acesso no ensino superior, entendeu que a prestação reclamada pelo postulante deveria ser condizente com o que se considera exigência razoável da sociedade. Deste modo, considerou não ser admissível que o Estado preste algo que esteja fora desse limite de razoabilidade.

Nesse sentido, se verifica que o entendimento clássico, abordado junto à teoria da jurisprudência da Corte Constitucional da Alemanha, compreende que a construção dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos por intermédio do Poder Público estaria subordinada à disponibilidade de recursos públicos. Além disso, ressalta que essa decisão acerca da disponibilidade estaria no âmbito discricionário das decisões governamentais mediante a composição dos respectivos orçamentos públicos<sup>295</sup>.

De acordo com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os direitos à prestação positiva (*Teilhaberechte*) são condicionados à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), impossibilitando, assim, que se exija além do considerado limite básico social.

---

<sup>294</sup> Essa crítica foi importante para a formação do novo perfil dos juízes, os quais necessitam cada vez mais de outros tipos de formações, não podendo mais se restringir aos textos legais. Além disso, o magistrado da contemporaneidade precisa aprofundar o diálogo com a sociedade e as instituições, evitando prolatar decisões que não apresentam todas as informações necessárias para a garantia plena da justiça.

<sup>295</sup> KRELL, Andreas J. op. cit., 2002, p. 45.

Em virtude desse argumento foi que o referido tribunal decidiu no caso mencionado do acesso às vagas nas universidades públicas que não seria obrigação estatal conceder vagas que restavam insuficientes para o atendimento de todos<sup>296</sup>.

Conforme foi visto anteriormente, os direitos sociais apresentam um viés prestacional, demandando do Estado uma necessidade de prestação a qual pode ser normativa ou material. Em razão disso, a doutrina passou a compreender que os direitos sociais estariam restritos a essa condicionante em virtude da necessidade de disponibilidade de recursos para o seu atendimento. Deste modo, essa compreensão também chegou ao Brasil, o qual adotou esse raciocínio pautado na jurisprudência alemã.

Diante desse contexto, é possível afirmar que a ideia relacionada à reserva do possível pode ser desdobrada em dois componentes: fático e jurídico. O primeiro diz respeito à esfera de disponibilidade de recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional. O componente jurídico, por sua vez, é relativo à existência de autorização orçamentária para o Poder Público incorrer nos respectivos gastos<sup>297</sup>.

Nesse sentido, o fato de haver uma norma outorgando a concessão desse direito não seria por si só suficiente para garanti-lo exatamente porque haveria esse limite relacionado com a questão de recursos disponíveis.

Deste modo, aqueles autores que se manifestavam contra a judicialização argumentavam que os juízes não teriam competência para garantirem a efetivação dos direitos sociais, incluindo a saúde, por não se encontrarem inseridos no processo político propriamente dito, o qual decide acerca da aplicação e destinação de recursos públicos.

No caso da saúde, o argumento seria no fato de que sua efetivação, a qual depende de providências como as aquisições de medicamentos e materiais médico-hospitalares, as construções de hospitais, a contratação de profissionais da saúde, dentre outros, as quais estariam atreladas à competência do ente federativo respectivo<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Impende destacar que, na Alemanha, o direito social relacionado à educação não se encontra constitucionalmente consagrado, mas o referido tribunal entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito ao acesso ao ensino universitário.

<sup>297</sup> Acerca do assunto, Canotilho ressalta que a reserva do possível significa o fato de que a realização dos direitos sociais caracteriza-se “(1) pela gradualidade da sua realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização desse direito; (4) pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara condição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desarrazoáveis” (CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., 2004, p. 108).

<sup>298</sup> Apesar do argumento atinente à questão da reserva do possível não se apresentar de forma inconsequente, não se pode deixar de destacar a preocupação acerca de possíveis ocorrências de omissões ou negligências estatais o



Porém, outro aspecto que não se pode deixar de esclarecer é que a questão atinente à disponibilidade de recursos não se restringe apenas aos direitos sociais, posto que os direitos de defesa também demandam investimentos do Estado para que se efetive sua implementação.

Ou seja, tanto os direitos de liberdade quanto os sociais apresentam custos, acarretando, assim, gastos para a efetivação e implemento, fazendo com que a análise envolvendo a reserva do possível seja vista de forma cautelosa<sup>299</sup>.

Acerca da decisão sobre a distribuição de receita e organização das despesas, já se sabe que a competência é do Legislativo, bem como o planejamento das ações e programas destinados as políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos sociais, como a saúde, são do Executivo.

Porém, não se pode abstrair do Judiciário a missão de assegurar os objetivos traçados pelo documento constitucional, podendo intervir em casos de notórios descumprimentos<sup>300</sup>.

Essa situação pode ser vislumbrada em hipóteses em que a distribuição orçamentária deixou de atender de forma satisfatória o mínimo de direitos fundamentais sociais, priorizando outros fins que não se mostram condizentes com a realidade do país, nem tampouco com as necessidades da sociedade.

Nesses casos, o Judiciário não poderia se esquivar de sua função precípua que é garantir e resguardar a Constituição, principalmente quando o assunto em pauta é relacionado ao direito à saúde, o qual não pode deixar de ser protegido e efetivado em nível de prioridade<sup>301</sup>.

---

que se torna um grande risco para o desrespeito aos ditames constitucionais que preceituam a garantia dos direitos sociais. Porém não se pode esquecer que um decisão judicial nesse sentido se estiver recurso disponível.

<sup>299</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, p. 98.

<sup>300</sup> Em relação ao assunto em comento, impende destacar o entendimento jurisprudencial adotado pelo Supremo Tribunal Federal junto à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, senão vejamos: “A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO ONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUICÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 de abril de 2004.

<sup>301</sup> Acerca do tema, convém ressaltar um julgamento proferido no âmbito da Justiça Federal no Ceará, a qual abordava uma situação grave enfrentada pela saúde pública no âmbito do sistema único de saúde do Município de Fortaleza. Mediante a propositura de Ação Civil Pública feita pelo Ministério Público Federal, solicitou-se, em caráter liminar, a transferência de todos os pacientes que se encontravam ou viessem a se encontrar necessitando de atendimento junto à UTI para hospitais públicos ou particulares. No caso, apesar de ter sido

Em casos de indisponibilidade ou insuficiência de recursos, é preciso que sejam avaliados os critérios de planejamento orçamentário quanto à distribuição de recursos, posto que não se pode é deixar que um direito tão imprescindível quanto a saúde esteja desamparado em razão dessa suposta escassez<sup>302</sup>. Sendo assim, não haveria óbice para que o Judiciário também atuasse de forma interventiva a fim de garantir a essencialidade na prestação do direito à saúde<sup>303</sup>.

Diante de notórios abusos governamentais quanto à efetividade dos direitos sociais como a saúde, o Judiciário apresenta papel fundamental para a correção desses vícios, tendo em vista a sua relevante função quanto ao controle das atividades estatais a fim de destinar recursos indevidamente utilizados para o atendimento das necessidades vitais do homem<sup>304</sup>.

Nessa avaliação acerca do limite da reserva do possível, o que se pode extrair é que a reserva do possível deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação

---

concedida a liminar, a mesma não vinha sendo cumprida e, enquanto se mantinha a inércia estatal, em menos de duas semanas, dezesseis óbitos ocorriam por falta de leitos. Diante do notório abuso estatal o magistrado federal George Marmelstein Lima determinou que tanto o Estado do Ceará quanto o Município de Fortaleza fossem “obrigados a remanejar ou transferir os recursos orçamentários destinados à propaganda institucional do governo para solucionar o problema de saúde do Município de Fortaleza”. Inclusive, em seus argumentos ressaltou que “os Poderes Públicos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, com mais ‘vontade de Constituição’, conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário. Como atualmente essa situação ideal está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos a camada mais pobre da população possa usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição”. (BRASIL, Justiça Federal no Ceará. Ação Civil Pública n. 2003.81.00.009206-7. 3ª Vara Federal. Juiz federal George Marmelstein Lima. Julgamento em 24 de abril de 2003).

<sup>302</sup> Esse entendimento também é reforçado por Andreas Krell no sentido de que, se não há recursos suficientes, é preciso que se retirem de outros setores como o transporte, serviço de dívida ou fomento econômico, tendo em vista que, nesses casos, a aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem que são a vida, a integridade e a saúde (KRELL, Andreas J. op. cit., 2002, p. 53).

<sup>303</sup> “Não seria inviável - tendo em vista a essencialidade da prestação em tela [o direito à saúde], repita-se à exaustão - que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação” (GOUVÊA, Marcos Masseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. Disponível em < [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc)>. Acesso em: 08 ago. 2013).

<sup>304</sup> Nesse sentido, convém reforçar a análise realizada por Dirley da Cunha Júnior que assim explicitou: “Cuide-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República, gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-os das condições mínimas de existência”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 310).

exigida considerando os recursos efetivamente existentes<sup>305</sup>. Ou seja, se trata de ponderar a legitimidade constitucional de determinada omissão estatal<sup>306</sup>.

No âmbito processual, é possível vislumbrar que a reserva do possível configura matéria de defesa, sendo, desta forma, ônus da prova do Estado, o qual deve comprovar que a concessão de determinadas prestações relativas aos direitos sociais como a saúde esbarram-se nesse limite.

Além disso, convém ressaltar que não é suficiente que o Estado invoque essa condicionante de forma genérica para se opor à concessão judicial dessas prestações<sup>307</sup>. É necessário que o Poder Público produza efetiva prova desta alegação<sup>308</sup>.

Diante do que foi exposto, em que foram vislumbrados demasiados gastos desnecessários por parte do Poder Público, é possível verificar o salutar papel desempenhado pelo Judiciário no controle sobre a distribuição orçamentária. Essa fiscalização não deve ser dar apenas no tocante à omissão estatal, como também precisa ser realizada em situações em que o investimento em áreas essenciais como a saúde se mostram insuficientes.

Deste modo, a questão relacionada ao limite da reserva do possível deve ser vista de forma aprofundada e não somente diante dos argumentos muitas vezes genéricos explicitados,

---

<sup>305</sup> “O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1041197 / MS. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 25 de agosto de 2009).

<sup>306</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord). op. cit., 2010, p. 572.

<sup>307</sup> George Marmelstein considera que mesmo sendo a reserva do possível uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais, o que vem acontecendo é uma verdadeira “banalização” no discurso do Estado quando se defende em juízo, não apresentando elementos concretos e suficientes para impossibilitar o cumprimento da decisão judicial em prol da concretização desses direitos. Nesse sentido, reforça que essas alegações estatais devem ser analisadas com desconfiança, tendo em vista que não é suficiente simplesmente alegar que não há possibilidade financeira para o cumprimento da ordem judicial. É preciso que se demonstre. “Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental”. (MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008).

<sup>308</sup> No mesmo sentido, também reforça o entendimento jurisprudencial do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE- AgR. n.410715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 22 de novembro de 2005) e do STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1068731 / RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 17 de fevereiro de 2011/ AgRg no REsp 1136549 / RS. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 21 de junho de 2010).

em defesa, pelo Estado com a finalidade de não atender as necessidades muitas vezes expostas perante o Judiciário. Pelo contrário, é preciso que o Poder Público demonstre de maneira efetiva essa justificativa relacionada à escassez de recursos para o atendimento das prestações de saúde.

O outro limite que impende destacar no tocante à concretização pelo Judiciário junto às políticas públicas relacionadas ao direito à saúde diz respeito à questão da proporcionalidade, tendo em vista que, diante da carga axiológica apresentada pelos direitos fundamentais, se constata a existência de um estado de tensão recorrente de modo que, em determinadas circunstâncias um prevalecerá em detrimento do outro.

Nesse sentido, na hipótese de ocorrer uma colisão entre direitos fundamentais, seria possível limitar o âmbito de abrangência de um desses direitos com base na proporcionalidade, a qual tem a função de servir como critério de aferição da validade relativa às limitações aos direitos fundamentais.

A respeito do tema, é possível constatar que a proporcionalidade, assim como a reserva do possível, foi inspirada nas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha. Nesse contexto, foi vislumbrado três critérios acerca desse princípio: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Deste modo, é cabível uma limitação a um direito fundamental quando estiverem presentes essas dimensões.

Diante disso, se verifica que os critérios acima esboçados correspondem aos seguintes questionamentos: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? O instrumento escolhido foi o mais “suave” ou menos dispendioso entre as opções existentes? O benefício alcançado com a adoção da medida buscou a preservação dos direitos fundamentais mais importantes (segundo aspectos axiológicos) do que os direitos que a medida limitou? No caso dos referidos questionamentos serem afirmativos, se pode confirmar a legítima limitação ao direito fundamental<sup>309</sup>.

Deste modo, sob o critério da estrita necessidade, se verifica que a proporcionalidade (ou princípio da vedação de excesso) é capaz de evitar abusos que possam vir a surgir em

---

<sup>309</sup> Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho explicita que uma medida será adequada, “se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75).

situações relacionadas ao direito à saúde<sup>310</sup>. Além disso, impende destacar o fato de que a proporcionalidade também determina uma solução adequada<sup>311</sup>.

Diante disso, é possível constatar que a proporcionalidade não se mostra útil tão somente para a verificação da validade material dos atos do Legislativo e Executivo quanto à limitação dos direitos fundamentais. Ela se configura como importante instrumento para verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, assim, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional.

Deste modo, o magistrado realiza a concretização dos direitos sociais, estando também ciente da salutar importância da intervenção judicial nas políticas públicas atinentes à efetivação do direito à saúde.

Em razão dos aspectos concernentes às limitações impostas pelo Poder Público quanto à judicialização dos direitos sociais, em especial, da saúde, impende abordar ainda a questão atinente ao mínimo existencial a fim de traçar um parâmetro maior acerca do assunto, tendo em vista que, junto com esses limites, tanto a doutrina quanto a jurisprudência analisam esse tema para tratar do fenômeno envolvendo a intervenção judicial nas políticas públicas.

### **3.4. Do mínimo existencial para a judicialização da saúde**

A filosofia política contemporânea compreende que o Estado apresenta o papel de assegurar as condições mínimas de vida para aqueles indivíduos que mais necessitam. Uma das principais justificativas se respalda no fato de que se trata de uma exigência necessária para a garantia da liberdade real ou para a proteção dos pressupostos democráticos.

---

<sup>310</sup> Essa hipótese pode ser vislumbrada no caso de tratamento médico a ser realizado no Brasil a baixo custo. Nesse sentido, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de stress, às custas do Estado, em um determinado 'SPA' em Gramado ou Campos de Jordão em detrimento de outro local menos oneroso. (TESSLER, Marga Inge Barth. O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988. In: *Revista Direito Federal* n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189-218). Outro exemplo seria a questão de um paciente com problemas visuais que pretenda se submeter a uma cirurgia de transplante de córneas. Nesse sentido, diante da lista de espera, não se pode usar favorecimentos, pois a disponibilidade de córneas é bastante limitada. Uma medida que determinasse ao Poder Público que procedesse a imediata cirurgia de um dado paciente, sem observância da ordem estabelecida, seria, certamente, desproporcional, pois o benefício alcançado com a medida sacrificaria o direito de inúmeros outros pacientes, numa odiosa ofensa à proporcionalidade em sentido estrito e da igualdade, que se acha intimamente ligado à noção de proporcionalidade.

<sup>311</sup> Dessa forma, restaria configurada como inadequada uma decisão judicial que determinasse ao Poder Público a fornecimento de um medicamento ineficaz a um paciente ou que obrigasse o SUS a arcar com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados.

Outro argumento seria a questão de que o atendimento da necessidade material humana essencial constituiria um fim em si mesmo e não somente um meio para a obtenção de qualquer outro objetivo<sup>312</sup>.

A ideia central desse entendimento é de que, sem o atendimento de certas condições materiais básicas, seria esvaziada a liberdade em razão da impossibilidade concreta do seu exercício. Ou seja, conforme esse raciocínio doutrinário, a liberdade não se esgotaria na ausência de impedimentos externos à ação do agente, mas também em virtude da possibilidade real do seu exercício.

Mediante a compreensão democrática<sup>313</sup>, a democracia não seria confundida com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizassem a participação junto ao espaço público. Dentre eles, seria fundamental que se figurasse a satisfação das necessidades materiais básicas daqueles que fossem menos desprovidos de recursos, sem o que restaria compreendida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas no meio social.

Quanto ao atendimento das necessidades humanas mais básicas, impende destacar que, elas configuram uma exigência autônoma da justiça, a qual determina independentemente de suas consequências para a consecução de outros objetivos, tais como a garantia da liberdade ou a promoção da democracia.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que a garantia do mínimo existencial constitui um pressuposto para o gozo das liberdades individuais, bem como para o exercício da cidadania política.

Além disso, convém mencionar a importante obrigação moral do Poder Público e da sociedade em realizar o combate ao sofrimento e às misérias do homem, principalmente, quando se trata de um país como o Brasil em que as desigualdades sociais ainda se apresentam de forma expressiva no cenário social. Sendo assim, se demonstra a relevante necessidade em se garantir condições mínimas de vida para os indivíduos.

Diante disso, é possível conceituar o mínimo existencial como o direito à garantia de condições materiais básicas de vida, ostentando tanto uma dimensão negativa quanto positiva. Com relação à primeira, atua como um limite de modo a impedir a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis

---

<sup>312</sup> O argumento acerca da liberdade material tem sido prestigiado por autores como John Rawls, Amartya Sen, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres.

<sup>313</sup> Esse argumento democrático foi bastante defendido por Habermas e Friedrich Muller.

para uma vida digna<sup>314</sup>. Já, no tocante à dimensão positiva, envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais<sup>315</sup>.

No contexto do direito à saúde, o qual se vincula de forma direta com a ideia de mínimo existencial, se verifica que “não haverá direito à vida sem direito à vida digna”<sup>316</sup>, posto que, sem a saúde, a própria vida do indivíduo coloca-se em risco.

Impende destacar que essa ideia acerca do direito ao mínimo existencial surgiu, assim como a reserva do possível e a proporcionalidade, junto ao Tribunal Constitucional alemão, mediante uma decisão proferida em 1953, se incorporando ao entendimento jurisprudencial da Alemanha a partir da conjugação de princípios como a dignidade da pessoa humana, a liberdade material e o Estado Social.

Essa ideia também foi acolhida em outros países europeus (como Portugal) e latino-americanos como a Colômbia e o Brasil. No contexto da jurisdição constitucional brasileira, é possível vislumbrar nos julgamentos o uso desse entendimento a fim de fundamentar as decisões atinentes à intervenção judicial nas políticas públicas<sup>317</sup>.

No julgamento referente à Suspensão de Tutela Antecipada n. 238/TO, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso em que se tratava da obrigatoriedade do Estado em arcar com os custos relacionados a um tratamento odontológico de um menor portador de deficiência mental. Respaldando-se no fato de que os direitos fundamentais não apresentam apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas também expressam um postulado de proteção (*Schutzgebote*).

---

<sup>314</sup> Podem ser mencionados como prestações que compreendem essa concepção de mínimo existencial, os quais podem ser exigidos mediante a via judicial: educação fundamental, saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à justiça (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

<sup>315</sup> No âmbito da jurisprudência constitucional da Colômbia, por intermédio da Sentencia C-776 de 2003, é possível vislumbrar uma boa definição acerca do mínimo existencial, senão vejamos: “*El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna...El derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamenta lpresupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares...están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir y evitar su degradación o aniquilamento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna*” (ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos fundamentales sociales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 214-215).

<sup>316</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Res publica – ensaios constitucionais*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 60.

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 238/TO. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 21 de outubro de 2008; RE 436996 / SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 26 de outubro de 2005; ADPF n. 45/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 de abril de 2004.

Nesse sentido, compreendeu que, no tocante aos direitos sociais, seria necessário levar em consideração a questão de que a prestação devida pelo Estado não é estanque, variando de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.

Deste modo, teria o Estado que disponibilizar de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente. No caso da saúde, por exemplo, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada um. Ou seja, gastar mais recursos com uns do que com outros envolve a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Nesse contexto, reforça que as divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde são decorrentes da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Nesse critério, se verifica que a questão do mínimo existencial também se configura como um instrumento para determinar as prioridades quanto ao atendimento dos direitos sociais, em especial a saúde, reforçando que, num contexto em que há várias necessidades, devem estar em primeiro lugar aquelas que sejam voltadas aos indivíduos que apresentem menores condições financeiras e maior grau de urgência quanto à resposta.

Diante desse aspecto, é de extrema importância que o Judiciário esteja atento com as necessidades básicas, realizando um juízo de ponderação no sentido de garantir a máxima eficácia da norma fundamental a um maior número de indivíduos.

Deste modo, o direito à saúde poderia ter sua eficácia diminuída desde que, em um contexto mais amplo, essa medida seja feita com a finalidade de se garantir esse direito em maior grau para um maior número de pessoas.

Mediante uma análise acerca da jurisprudência pátria, foi possível observar alguns critérios adotados a fim de priorizar a questão dos limites a esses direitos fundamentais, priorizando pessoas que não apresentassem condições financeiras para arcar com o fornecimento dos medicamentos e nos tratamentos médicos, bem como deveriam ser tratados com prioridade os casos em que já estejam presentes as provas necessárias para a eficácia do medicamento, bem como o custo de tratamentos mais graves.

Isso demonstrou que o Judiciário, na qualidade de guardião da Constituição, buscou garantir, pelo menos, o mínimo de condições necessárias à manutenção de muitos brasileiros que batem às suas portas a fim de garantir a preservação de suas vidas.



Assim, diante do que foi exposto, é possível constatar que a destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, seja em detrimento da execução de políticas públicas, ou da própria implementação dos direitos sociais assegurados pelo documento constitucional brasileiro.

Daí se resulta um contexto de antagonismos que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, ocasionando, assim, uma relação repleta de dilemas causados pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, fazendo com que se procedam “escolhas trágicas”.

Porém impende ressaltar que, em decisão governamental cujo parâmetro é fundado na dignidade humana, deverá haver a perspectiva acerca da intangibilidade do mínimo existencial, a fim de conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na Lei Fundamental.

Deste modo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado como instrumento que busque fraudar e inviabilizar a implantação de políticas públicas definidas constitucionalmente.

Diante disso, a garantia do mínimo existencial, a qual encontra respaldo na Constituição Brasileira de 1988<sup>318</sup>, serve como instrumento limitador do uso indiscriminado dessa cláusula, representando postulado diretamente relacionado à dignidade do homem. Ou seja, compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar ao indivíduo o acesso efetivo ao direito geral de liberdade e também às prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena função de direitos sociais básicos como a saúde.

Nesse contexto, se compreende a ideia de proibição de retrocesso social<sup>319</sup>, o qual se configura como verdadeiro obstáculo ao inadimplemento pelo Estado de direitos prestacionais. Sendo assim, esse princípio impede, em sede de direitos sociais, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão.

---

<sup>318</sup> Encontra-se inserido nos arts. 1º, inciso III (dignidade humana) e 3º, inciso III (erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais) do referido diploma constitucional.

<sup>319</sup> O retrocesso social ocorre diante do descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar leis que regulamentem as normas definidoras de direitos sociais. Nesse contexto, o princípio da proibição do retrocesso social possui um núcleo essencial que veda ao legislador a supressão pura e simples da concretização de norma constitucional que permita a fruição, pelo indivíduo, de um direito fundamental social, como a saúde, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. (DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

Deste modo, mediante essas questões apresentadas, é possível constatar que o Estado, após ter reconhecido os direitos sociais, assume o dever não só de torná-los efetivos como também é obrigado a protegê-los e respeitá-los.

Em razão disso, o Judiciário não pode ser impedido de determinar o direito à saúde, realizado mediante o fornecimento de medicamentos, seja destituído da garantia do que compõe o mínimo, ou seja, efetivando a prestação de saúde capaz de atender de forma eficaz o maior número de pessoas mediante o menor custo.

Porém se sabe que a matéria não é tão simples e que esse poder sozinho não será capaz de compreender todas as questões relacionadas ao tema, tendo em vista o seu viés multidisciplinar. É preciso ponderar diversas questões difíceis que tratam de medicamentos bastante dispendiosos, pacientes que apresentam sérios riscos de vida e necessitam do fornecimento do fármaco em caráter emergencial, dentre outros dilemas.

Além disso, a questão orçamentária, por mais que seja complexa, cabe maiores análises e debates em conjunto com os três poderes, não devendo o Judiciário aceitar que o Executivo somente argumente a escassez. Afinal, o que se está em jogo é a saúde e, muitas vezes, a vida do cidadão.

Nesse contexto, diante do que foi estudado, se buscará compreender os desafios enfrentados pela atividade jurisdicional ao decidir tantas demandas judiciais atinentes ao fornecimento de medicamentos, as quais vêm ocasionando expressivos impactos no orçamento público.

Além disso, se buscará as possíveis soluções alcançadas em prol do equilíbrio entre o dever do juiz garantir a Constituição com o papel do Estado na execução de políticas públicas relacionadas ao referido direito fundamental.

#### **4. O CRESCIMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Os direitos sociais passaram por um processo de resignificação, alcançado mediante as reformas ocorridas nos diplomas constitucionais oriundos do novo regime democrático, onde se deixou a antiga cultura de que os mesmos se apresentariam como simples normas de conteúdo programático, destituídas de efetividade.

Nesse contexto, a saúde, na qualidade de direito social, restou inserida com a força normativa necessária para que sua proteção e garantida nas principais Constituições e documentos internacionais.

Conforme foi analisado nos capítulos anteriores, as políticas públicas se tornaram elementos essenciais para a efetivação de tais direitos, tendo em vista que se tratam de programas de ação dos poderes públicos para a garantia da efetividade dos direitos de segunda e terceira geração<sup>320</sup>.

Nesse papel de garantia do direito fundamental à saúde, o Poder Judiciário também assumiu um importante papel como instrumento de proteção aos abusos e erros na execução de tais políticas, por intermédio do controle judicial.

No entanto, em casos específicos que tratam de prestações de saúde (como de falta de fornecimento de medicamentos, por exemplo), é possível constatar que os critérios utilizados para dirimir a política pública atinente são, em determinadas situações, incompletos ou vagos.

Nesse caso, o Judiciário tem uma importante incumbência, qual seja, de na qualidade de guardião da ordem constitucional, efetivar a garantias impostas para a proteção dos direitos sociais.

Deste modo, com base no que foi discutido anteriormente, serão analisadas demandas judiciais no âmbito dos principais países em que se instituiu o regime democrático, findando o estudo no contexto brasileiro. Com isso, se terá a conclusão do papel do Judiciário nas políticas públicas relacionadas ao fornecimento de medicamentos.

Assim, se buscará contribuir para soluções em um assunto que ainda carece de muito debate e estudo. Afinal, os fatos sociais são a grande chave para o surgimento dessas

---

<sup>320</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Jurisdição, Democracia e Direitos Fundamentais: o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2007, p. 159.

demandas, as quais não podem ficar sem respostas sejam elas oriundas do Poder Executivo, Legislativo e do Judiciário.

Nesse âmbito, de grande valia será o estudo acerca das ações judiciais envolvendo a efetividade dos direitos sociais, em especial, a saúde no mundo, o qual será vislumbrado a seguir.

#### **4.1. Uma análise acerca das ações judiciais envolvendo a efetividade do direito à saúde no direito comparado**

A efetivação das demandas judiciais atinentes à garantia dos direitos sociais, em especial, o direito fundamental à saúde, se desenvolveu de forma distinta em cada país. Essa distinção decorreu do fato de que cada um apresentou um perfil constitucional distinto, contribuindo, assim, para diversas formas de proteção e garantia desses direitos.

No âmbito da doutrina estrangeira, é possível constatar que os juristas apresentam formas distintas de interpretar a atuação do judiciário em políticas públicas que envolvam a garantia dos direitos sociais. Isso contribuiu, consideravelmente, para a posição a atuação do referido poder no contexto das demandas judiciais.

Diante disso, será necessária uma breve abordagem envolvendo o direito comparado e internacional.

##### *4.1.1. Europa*

De um modo geral, as constituições da Europa Ocidental abordam normas que visam à proteção dos direitos sociais, incluindo a saúde, cumprindo com a garantia do Estado do bem-estar social.

Porém, impende destacar que não é universal a aceitação da fundamentalidade desses direitos, tendo em vista alguns textos constitucionais realizam a diferenciação entre o regime jurídico-processual dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos socioeconômicos.

No caso de países como Portugal e Espanha, por exemplo, é possível avaliar de forma mais clara acerca dessa distinção.<sup>321</sup> Nesse contexto, Portugal, apesar de apresentar uma Carta Magna avançada na matéria envolvendo os direitos sociais, utilizou de um texto constitucional que segregasse os direitos de liberdade dos de igualdade. Além disso,

---

<sup>321</sup> LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2005, p. 146.

doutrinadores como José Carlos Vieira de Andrade<sup>322</sup> e J.J.Gomes Canotilho<sup>323</sup> apresentam opiniões semelhantes no sentido de considerar que as normas envolvendo os direitos sociais não teriam aplicabilidade imediata<sup>324</sup>.

No tocante à Espanha, é importante ressaltar que, em virtude de nem todos os direitos previstos no texto constitucional serem considerados fundamentais pela doutrina, somente os direitos de liberdade apresentam tratamento normativo e processual dotado de privilégios.<sup>325</sup>

Essa situação é decorrente do fato de que os direitos sociais se encontrarem fora do catálogo previsto da Carta Magna Espanhola, os quais, em razão disso, não serem considerados direitos fundamentais pela doutrina apesar de não ser recusada proteção jurídica<sup>326</sup>.

Nesse sentido, convém destacar a abordagem realizada pelo jurista espanhol Gregório Robles acerca desse tema, o qual considera que os direitos sociais não seriam direitos fundamentais em virtude de carecer de tratamento normativo e processual dotado de privilégios. Segundo ele, esses direitos seriam “princípios de política legislativa”.<sup>327</sup>

Em relação à Alemanha, apesar das fortes semelhanças do texto constitucional alemão (em especial, a Constituição Alemã de 1949) com o brasileiro, é preciso ressaltar que, no tocante aos direitos sociais, os mesmos não foram incorporados ao referido documento alemão, o qual, a doutrina os qualifica como “mandados” e não “direitos” propriamente ditos.<sup>328</sup>

---

<sup>322</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 186-187.

<sup>323</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., 2003, p.400-401.

<sup>324</sup> Nesse sentido, Vieira de Andrade esclarece que as normas constitucionais que tratam dos direitos sociais são caracterizadas por serem “normas impositivas de legislação”. Sendo assim, os respectivos titulares não apresentam poderes de “exigir”, posto que se objetiva “indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização completa de seus objetivos”. Já Canotilho reforça que a aplicabilidade imediata seria atinente aos direitos de liberdade e não aos direitos sociais, posto que estes seriam “self-executing”, se aplicando a reserva do possível.

<sup>325</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 149.

<sup>326</sup> Acerca do tema, cabe citar a decisão judicial n. ATC 241/1985 que dispõe: “no puede ser objeto de amparo el principio de dignidade la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituya además o no um derecho subjetivo. Lo mismo debe decirse del artículo 39 de la Constitución, que se encuentra dentro de una rubrica em la que se habla de los ‘principios rectores de la política social y económica’ y que no encuncia ningún tipo de derecho subjetivo sino um deber de los Poderes Públicos o uma garantía colocada bajo la tutela de éstos”.

<sup>327</sup> ROBLES, Gregório. op. cit., 2005, p. 09.

<sup>328</sup> KRELL, Andreas. op. cit., 2002, p. 45-49.

Porém, convém destacar que a Constituição Alemã usou de conceitos como o “Estado social” e “dignidade da pessoa humana”, ao quais se tornaram bastante utilizados para invocar o Poder Público a cumprir determinadas tarefas<sup>329</sup>.

Apesar dos direitos sociais não se encontrarem expostos na Carta Alemã de 1949, a doutrina defende a questão do “direito ao mínimo existencial”, vinculado à dignidade da pessoa humana, a qual se inseriu como “princípio informador e condicionante da ordem econômica nacional”<sup>330</sup>.

Além disso, também se pode destacar o papel do Judiciário alemão no que se atine à reserva do possível<sup>331</sup>, o qual apresentou caso paradigmático ao tratar de uma ação que envolvia o direito de acesso ao ensino superior<sup>332</sup>.

#### 4.1.2. África

Após ter vivenciado um longo período de segregação racial, por intermédio da política do “*apartheid*”, o continente africano finalmente passou a adotar o regime democrático, sendo uma experiência bem mais tardia do que os países europeus.

Nesse contexto, após a adoção do novo regime, a África do Sul promulgou uma Constituição (1996) com traços democráticos, inserindo valores que garantissem a justiça social e os direitos fundamentais, incluindo nesse rol os direitos sociais.

No dispositivo constitucional africano que trata dos direitos sociais, além do reconhecimento de que todos têm a garantia desses direitos, há uma exigência do Poder Público a fim de que se promulguem leis e outras medidas que efetivem a sua respectiva garantia em conformidade com a disponibilidade de recursos orçamentários<sup>333</sup>.

Diante desse novo paradigma democrático, a Suprema Corte Sul Africana, por intermédio de suas decisões, medidas em prol da efetivação desses dispositivos constitucionais. Nesse âmbito, nos casos em que envolvem a efetivação do direito à saúde,

---

<sup>329</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 150.

<sup>330</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2009, p. 310.

<sup>331</sup> Ibid., 2009, p. 287.

<sup>332</sup> Ao realizar a análise do referido caso, Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível apresenta, no mínimo, uma dimensão tríplice, abrangendo a efetiva disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos; a disposição de recursos humanos e materiais, ocasionando uma relação entre receitas e despesas orçamentárias; e a problemática em torno da proporcionalidade da prestação.

<sup>333</sup> O texto constitucional africano assim dispõe em sua originalidade: “1. Everyone has the right to have access to [adequate housing, health care, food, water, and social security]. 2. The state must take reasonable legislative, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.”

cabem citar dois casos referenciais: “*Soobramoney*” e o “*TAC – Treatment Action Campaign*”.

O primeiro caso tratou de uma ação na qual o impugnante chamado *Thiagraj Soobramoney* ingressou com o pedido com o objetivo de garantir seu direito à vida. No caso, o paciente sofria de diabetes, várias doenças cardíacas e problemas renais e o Estado recusava o tratamento sob a justificativa de que havia carência de aparelhos suficientes, priorizando, assim, o tratamento de outros pacientes que apresentavam maiores chances de cura.

A referida demanda foi julgada pela Suprema Corte que decidiu no sentido de que, diante da falta de recursos para atender todos os pacientes, a escolha adotada pelo Estado em priorizar aqueles que apresentavam maiores chances de sobrevivência era razoável. Inclusive informou que em hipóteses como essa, onde existem “escolhas drásticas” em matéria de saúde não caberia ao tribunal decidir e sim ao Poder Público.

O caso “*TAC*”, por sua vez, tratava de uma demanda judicial ingressada por uma associação civil em detrimento do Estado a fim de que este garantisse o fornecimento de medicamento para gestantes e bebês portadores do vírus HIV.

A decisão referente ao presente caso ressaltou que o direito à saúde, disposto na Constituição daquele país, significava que todos deveriam ter direito ao acesso aos respectivos serviços. O papel do Judiciário seria de exigir o cumprimento da prestação daqueles serviços, porém o Estado não era obrigado a custear o serviço a todos, devendo priorizar aqueles que não podiam arcar com os custos, pois o fator orçamentário demonstrava a insuficiência de recursos.

Diante disso, é possível constatar a realidade apresentada nesse país, o qual reconhecia a garantia do direito social à saúde, porém a efetividade estaria condicionada às questões orçamentárias mediante a disponibilidade de recursos.

Os dois casos são grandes exemplos da atuação do Judiciário em prol da efetividade dos direitos sociais, apresentando decisões judiciais pautadas não somente pelos critérios dispostos na respectiva Constituição como também em documentos internacionais e julgamento de tribunais de outros países.

Deste modo, apesar da África ter vivenciado de forma mais tardia o regime democrático, também é cabível extrair grandes referências judiciais quanto ao assunto em comento.

Assim, como esse continente, a Ásia também trouxe exemplos de atuação ativa do Judiciário no sentido de abordar assuntos atinentes à intervenção desse Poder nas políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, em especial a saúde.

#### 4.1.3. Ásia

A Ásia, assim como a Europa e a África, é um continente bastante vasto em níveis territoriais. Porém, em critérios de estudo, será avaliada a Índia para fins de análise do Poder Judiciário, tendo em vista as semelhanças com o Brasil em critérios sociais e por ser também um país que se enquadra também na qualidade de economia emergente.

No que concerne aos direitos sociais, a Constituição Indiana apresenta um variado elenco de programas sociais a serem implementados pelo Poder Público. No entanto, o texto constitucional dispõe que, aos tribunais, não cabe execução, apesar de não isentar o Estado do seu papel em garantir a aplicação dos respectivos preceitos<sup>334</sup>.

Apesar de o texto constitucional afastar o Judiciário de atuar na efetivação das políticas públicas atinentes aos direitos sociais, a Suprema Corte Indiana vem desenvolvendo decisões no sentido de concretizar esses direitos com base em dispositivos constitucionais que garantem o direito à vida e a busca pelo denominado Estado Social<sup>335</sup>.

Esse perfil do Judiciário Indiano pode ser vislumbrado por intermédio da análise do caso “*Paschim Bang Ket Maszdoor*”, onde o proponente ingressou com demanda judicial com o fulcro em exigir do Estado o custeio do tratamento de lesões ocorridas em virtude de um acidente de trem. No caso, o paciente não conseguiu vaga na rede pública, necessitando internar-se em um hospital privado e arcando com os custos relativos ao tratamento.

Diante disso, a Corte Indiana decidiu, acatando as recomendações impostas pelo Comitê que também participou do processo, no sentido de determinar que o Estado deveria assegurar o direito à vida, mediante o aumento no número de leitos nos hospitais, bem como de obrigar que a rede privada deve atender pacientes que carecem de recursos em situações de emergência.

Deste modo, é possível constar que o Judiciário Indiano atua de forma ativa, no sentido de garantir a efetividade dos direitos sociais, não se esquivando diante das políticas públicas

---

<sup>334</sup> O texto original da Constituição Indiana assim dispõe: “*The provisions in this Part shall not be enforced by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.*”

<sup>335</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 174.



adotadas pelo Estado. Além disso, convém ressaltar o papel da sociedade na qualidade de parceira desse Poder para a promoção desses direitos.

Após realizar essa avaliação sob o continente europeu, africano e asiático, será analisado o estudo sob a atuação do Judiciário na América que, sem dúvida, apresentou grande contribuição para o perfil brasileiro, em especial em virtude do forte ativismo judicial adotado nos Estados Unidos, os quais serão vistos a seguir.

#### 4.1.4. Estados Unidos

Antes de analisar o perfil do ativismo norte-americano, é imperioso expor alguns parâmetros constitucionais dos Estados Unidos em detrimento do Brasil. Esse país apresenta um modelo constitucional com semelhanças à Constituição brasileira.

Porém, é possível destacar algumas diferentes atinentes à questão de o referido texto ser sintético e, eminentemente, liberal, não constando a alusão aos valores sociais, excetuando a emenda 14 que trata do direito de igualdade. Além disso, os Estados Unidos não são um Estado Social por imposição constitucional<sup>336</sup>.

Ao realizar a análise acerca do perfil constitucional norte-americano, se diagnosticou que esse país apresenta peculiaridades no tocante à sua política, havendo alternância de poder entre democratas e republicanos, contribuindo, assim, para o comportamento dos membros do Poder Judiciário que ora se apresentam como mais conservadores, ora como progressistas.

Convém destacar, ainda, que, no tocante à judicialização da política nos Estados Unidos, o caso “*Marbury vs. Madison*” (1803) tornou-se paradigmático para que o Poder Judiciário apresentasse um papel de destaque no cenário político.

Nesse contexto, convém abordar o debate americano entre os liberais, denominados “progressistas”, e os conservadores. Os primeiros eram favoráveis ao “*judicial review*”. Já os outros eram defensores da “autocontenção judicial” e de teorias como o “originalismo”<sup>337</sup> e o “não interpretativismo”<sup>338</sup>.

No entanto, a feição conservadora apresentada pela Suprema Corte, contribuiu para “a não contemplação dos direitos sociais no constitucionalismo norte-americano”<sup>339</sup>, posto que

---

<sup>336</sup> SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 63.

<sup>337</sup> Essa teoria era defensora da ideia de que a interpretação constitucional deveria se ater à intenção original dos criadores da Constituição.

<sup>338</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., 2010, p. 389.

<sup>339</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 154.

as decisões mais emblemáticas desse primeiro momento tinham como objetivo somente manter o “*status quo*”, contribuindo, assim, para o Judiciário apresentasse um perfil de ativismo judicial negativo.

Essa análise pode ser facilmente constatada em dois casos paradigmáticos de decisões judiciais (“*Dred Scott*”<sup>340</sup> e “*Era Lochner*”<sup>341</sup>), os quais demonstraram a postura ativista do Judiciário caminhando de encontro aos direitos sociais.

Porém, esse perfil negativo da Corte passou a ser modificado por pressão do governo do presidente *Roosevelt*, tendo em vista que o mesmo enfrentou dificuldades para a implementação do programa “*New Deal*” em virtude das decisões judiciais contrárias à proteção dos trabalhadores.

A partir da decisão relativa ao caso “*West Coast Hotel vs. Parrish*” (1937), a Suprema Corte iniciou seu novo perfil ativista em prol do reconhecimento da constitucionalidade de leis trabalhistas, posto que modificou seu entendimento quanto à validade das leis que criam pisos salariais. A referida decisão reconheceu a possibilidade de o Estado editar leis com o objetivo de compensar a fragilidade nos trabalhadores em relação aos empregadores<sup>342</sup>.

Também é válido ressaltar ainda que, a partir da década de 50, na presidência de *Earl Warren*, se iniciou o trabalho de produção de jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, abordando temas que envolviam minorias, tais como afrodescendentes, presos e mulheres, bem como assuntos relacionados à privacidade e ao aborto mediante a “atuação pró-ativa da Suprema Corte”<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> Em 1820, foi assinado o “*Missouri Compromise*”, ato este que proibia a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude dos Estados Unidos. Nesse período, o tema da escravidão era bastante debatido, tendo em vista que os Estados do Norte, cuja economia era baseada no comércio e na indústria, eram favoráveis à abolição da escravidão. Os Estados do Sul, por sua vez, com economia eminentemente agrária, eram defensores da permanência da escravidão. Foi diante dessa situação que um escravo chamado “*Dred Scott*” propôs uma demanda judicial impugnando sua liberdade sob a justificativa de que o território o qual o mesmo se encontrava proibia a escravidão. Ao chegar na Suprema Corte, a decisão foi de encontro ao seu pedido sob o argumento de que os negros não poderiam se tornar cidadãos dos Estados Unidos independente de serem libertos ou livres. O referido caso ocasionou a Guerra Civil norte-americana em virtude da decisão não ter sido aceita pelos defensores da abolição.

<sup>341</sup> A “*Era Lochner*” foi outro caso de ativismo judicial ocorrido nas primeiras décadas do século XX. Nesse período, após a “*crash*” da bolsa de valores de Nova Iorque, o presidente *Roosevelt* adotou um programa de recuperação da economia norte-americana com a adoção de medidas de caráter social, conhecido como “*New Deal*”. Essas medidas incluíam o reconhecimento de alguns direitos sociais aos trabalhadores a fim de evitar o desemprego, tais como: limitação da jornada de trabalho e o piso salarial. No entanto, ao serem ingressadas demandas judiciais a fim de reconhecer esses direitos (Caso “*Adkins vs. Children’s Hospital*”), a Suprema Corte declarava essas medidas inconstitucionais, se baseando em argumentos como a “livre iniciativa” e a “liberdade contratual”.

<sup>342</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 157.

<sup>343</sup> BARROSO, Luís Roberto. op.cit., 2010, p. 388.

Nesse contexto, cabe destacar a decisão relativa ao caso “*Brown vs. Board of Education*”, o qual se tornou emblemático na efetivação dos direitos sociais pela Suprema Corte norte-americana.

Ao compreender a referida demanda judicial, impende realizar uma breve análise histórica do caso, o qual surgiu no final da Guerra Civil (1968), com a inserção da décima quarta emenda junto à Constituição que tratava do princípio da igualdade. No entanto, nesse mesmo período, o Congresso norte-americano legislou no sentido de favorecer as escolas que adotavam políticas segregatórias.

Diante disso, no caso “*Brown vs. Board of Education*”, o Judiciário foi chamado a decidir, exatamente, sobre a constitucionalidade da segregação racial nas escolas. Nesse sentido, a Suprema Corte decidiu que a referida política de segregação “comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado”, emitindo ordem judicial no sentido de efetivar a decisão em comento<sup>344</sup>.

Deste modo, é possível constatar o importante papel desempenhado pelos Estados Unidos para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas no mundo, em especial, no Brasil.

Porém, ainda convém ressaltar que, no âmbito da América do Norte, o Canadá também apresentou sua contribuição para esse perfil ativista do Judiciário, o qual será apresentado a seguir.

#### 4.1.5. *Canadá*

No âmbito da justiciabilidade dos direitos sociais, o Canadá trouxe uma importante contribuição por intermédio da demanda judicial relativa ao caso “*Eldridge*”, segundo o qual a respectiva Suprema Corte decidiu em prol do direito à saúde e à igualdade no sentido de determinar que o Poder Público providenciasse intérpretes que falassem tanto inglês quanto francês no fornecimento de serviços de saúde aos seus pacientes<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> George Marmelstein explicita que o referido caso possui pontos dignos de destaque. Dentre eles, convém ressaltar o papel do Judiciário no sentido de agir ativamente em prol dos grupos vulneráveis; a “interpretação evolutiva da Constituição”; a adoção de recursos fornecidos por ciências não jurídicas (estudos psicológicos) para a comprovação de dados que comprovassem a segregação racial; a emissão de ordens judiciais de perfil ativo por parte do Estado para o efetivo cumprimento da Constituição; a intensa participação da sociedade civil tanto na fase de decisão como de execução, contribuindo para que o Poder Judiciário apresentasse um novo perfil em prol da garantia das reivindicações do povo; e a contribuição para a redução de políticas de segregação praticadas no país. (LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 161).

<sup>345</sup> Convém ressaltar que o Canadá é um país que adota o francês e o inglês como línguas oficiais. Por isso, é que a decisão tratou dessa determinação dos intérpretes para ambas as línguas em virtude de alguns locais adotarem o francês e outros o inglês e vice-versa.

No caso em comento, o Poder Judiciário entendeu que, em situações excepcionais, poderia interferir no orçamento público, podendo determinar ao Poder Estatal que sejam efetivados os direitos garantidos na Constituição mesmo que exista uma repercussão nos gastos públicos.

Como foi possível constatar, o referido caso se tornou importante, principalmente, por questões relacionadas à intervenção do Judiciário nas políticas públicas relacionadas ao direito à saúde de modo que foi base para muitas decisões posteriores relacionadas ao tema, principalmente, no que concerne a discussão do assunto no Brasil.

Nesse sentido, George Marmelstein<sup>346</sup> destaca os principais aspectos desse caso. Primeiramente, em razão de admitir, de forma expressa, a possibilidade de efetivação judicial dos direitos econômicos. Em segundo lugar, por aceitar o controle judicial junto ao orçamento público, mesmo que de forma excepcional. Por fim, em virtude de o caso demonstrar como a realidade entre um país desenvolvido e um país pobre é diferente, pois naquele a ordem judicial é para que se tenham intérpretes junto aos postos de saúde. Em um país pobre, por sua vez, a luta é para que, no mínimo, seja garantidos os fornecimentos de medicamentos e que os postos de saúde funcionem de forma devida.

Nesse sentido, é notória a importância desse caso para a interpretação da garantia dos direitos sociais, em especial a saúde, explicitados nos textos constitucionais de modo a se constatar o relevante papel do Poder Judiciário nessa proteção contra medidas do Poder Público que vão de encontro ao que a Constituição preceitua.

Assim como a América do Norte apresentou relevante papel para a judicialização para o Brasil, incluindo o México<sup>347</sup> que também trouxe aspectos relevantes para a atuação do Judiciário nesse contexto.

Porém, impende expor ainda esse fenômeno junto aos países latino-americanos, tendo em vista que países também contribuíram consideravelmente com decisões ativistas em que o Judiciário apresentava uma postura tal de modo a garantir os direitos sociais explicitados nos respectivos textos constitucionais.

---

<sup>346</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 163.

<sup>347</sup> GILARDI, Janet Tello (Org.). *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y em el sistema americano*. Lima: Ediciones Nova Print SAC, 2007.

#### 4.1.6. América Latina

Como foi analisado anteriormente, o fenômeno da judicialização foi mundial, se apresentando em vários países dispostos nos diversos continentes, apresentando um novo perfil ao Poder Judiciário, o qual seguia em busca da garantia dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos, sociais e culturais desses Estados.

No caso da América Latina, esse fenômeno surgiu de forma mais tardia do que na Europa e na América do Norte, porém isso não foi empecilho para grandes contribuições jurídicas desses países de modo que todos contribuíram, significativamente, para esse novo papel desempenhado pelo referido Poder.

Nesse sentido, em 24 de julho de 1998<sup>348</sup> foi firmada em Quito uma declaração que tratava da exigibilidade e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e no Caribe. Em seus dispositivos, ressalta o papel desses direitos para o reconhecimento da dignidade da pessoa e sua condição de sujeito em desenvolvimento. Inclusive, destaca que os referidos direitos devem nortear as leis, as políticas e as atividades dos governantes na busca de sua plena realização.

Deste modo, se pode analisar o objetivo da referida declaração, a qual, apesar de não ser um documento oficial, foi assinada por diversos países, os quais reconheceram a necessidade dos direitos econômicos, sociais e culturais serem guias para a implementação de leis, políticas e atividades governamentais, bem como reforçou o papel de outros atores com o objetivo de garantir a plena realização dos mesmos.

Nesse âmbito, o documento reforça a importância do Estado e de quaisquer outros atores respeitarem, protegerem e promoverem esses direitos perante a comunidade local e internacional, exigindo medidas efetivas em prol dessas garantias nos casos de violações dos mesmos.

Além disso, ressalta que, tanto a sociedade quanto a comunidade e os Estados devem adotar medidas efetivas a fim de prevenir, repelir e sancionar quaisquer violações a esses direitos em qualquer parte.

Nessas medidas, em que se exigem a garantia contra supostas violações sob esses direitos, pode ser destacado o papel do Judiciário que deve trilhar suas decisões em comunhão com as ações integradas no âmbito político e social. E, além da via judicial, são cabíveis,

---

<sup>348</sup> Para consultar a declaração: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/30>.

ainda, as vias administrativas, políticas e legislativas para a proteção desses direitos. No entanto, foi destacado o papel do Judiciário no marco de ações integradas ao campo político e social tanto nacional quanto internacional.

Nesse contexto, ressaltam também a relevante atuação dos juízes na aplicação direta de instrumentos capazes de garantir a eficácia da proteção desses direitos, tendo em vista que os instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos mesmos se apresentam de forma operativa e estabelecem direitos exigíveis por via direta de pessoas, mesmo havendo omissão quanto à regulamentação legal.

Nesse sentido, os magistrados são obrigados a aplicar diretamente os referidos instrumentos, bem como reconhecer casos concretos submetidos à sua jurisdição.

Por fim, a referida declaração reforça que os Estados em geral tem a obrigação de garantir, inclusive por intermédio de reformas nas respectivas Constituições que se garantam mecanismos específicos e adequados de proteção jurídica para se exigir esses direitos perante os tribunais mediante categoria constitucional.

Ou seja, se devem ostentar esses direitos à categoria constitucional, gozando de mecanismos específicos e adequados a fim de assegurar sua exigibilidade e justiciabilidade antes aos Tribunais.

Deste modo, se verifica a importância dessa declaração para nortear a atuação dos Poderes Públicos, principalmente o Judiciário no sentido de proteger e garantir os direitos econômicos, sociais e culturais dos países aderentes (Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela).

Seguindo as diretrizes traçadas na referida declaração, os juristas aprofundaram a temática acerca da exigibilidade judicial desses direitos junto aos países latino-americanos. Dentre eles, se pode destacar o estudo realizado pelos argentinos *Victor Abramovich* e *Christian Courtis*<sup>349</sup> junto ao direito constitucional dos países da América Latina a fim de reforçar a ideia da justiciabilidade dos direitos em comento.

Acerca do tema, os referidos juristas expõem algumas dificuldades para a exigibilidade judicial dos direitos sociais. Dentre elas, estão as questões quanto à restrição do Judiciário em

---

<sup>349</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

relação às políticas e técnicas, bem como a inadequação dos instrumentos processuais tradicionais para a tutela desses direitos.

Apesar desses obstáculos, ambos entendem que esse Poder tem o dever de extrair um “significado prático imediato”<sup>350</sup> no contexto das normas que garantem e protegem os direitos sociais.

Ao analisar alguns países, foi cabível compreender, por intermédio das decisões judiciais mais emblemáticas a realidade e como foi realizada a adequação dos atos das Cortes com os preceitos recomendados na referida declaração.

No caso da Argentina, cabe ser citado o caso “*Vicenconti vs. Ministro de la Salud e Seguridad Social*”. Essa ação envolveu o direito à saúde, no qual se buscava proteger as pessoas afetadas pela febre hemorrágica, exigindo que o Poder Público adotasse medidas preventivas, por meio do fornecimento de vacinas e melhoria do sistema ecológico, de modo a impedir um surto que a doença se alastrasse na região.

Sob o argumento baseado pelo preâmbulo da Constituição Argentina e por documentos internacionais, a Corte de Apelação decidiu que o Poder Público era obrigado a intervir em prol da proteção do direito à saúde, determinando que fossem tomadas as providências necessárias a fim de vacinar a população por intermédio de ordens de execução do julgamento<sup>351</sup>.

A Venezuela, por sua vez, contribuiu como referência para a temática acerca da efetivação do direito à saúde no caso judicial “*Cruz Bermudez vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*”.

A referida demanda foi proposta por vários pacientes portadores do vírus HIV que alegaram não estar recebendo do Poder Público o devido fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento prescrito pelo médico.

Ao chegar a Suprema Corte Venezuelana, foi emitida decisão judicial no sentido de exigir do Governo as providências para o fornecimento dos medicamentos impugnados na ação.

---

<sup>350</sup> LIMA, George Marmelstein. op.cit. 2005, p. 164.

<sup>351</sup> LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aoife. *50 Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries*. Suíça: COHRE – Center on Housing Rights and Evictions, 2003, p. 19.

Além disso, foi determinado que o Poder Público desenvolvesse também políticas e programas necessários para a assistência aos portadores de HIV, além da realização do devido remanejamento orçamentário para o cumprimento da ordem judicial em comento.

Outro ponto de destaque foi com relação ao efeito da referida decisão, posto que expandiu aos portadores da doença que não haviam ingressado com a ação.

Na Colômbia também foi possível constatar outro caso de ação em que o Judiciário atuou em prol da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial, o direito à saúde.

No caso, convém mencionar a *Sentencia SU 225/98* da Suprema Corte Colombiana, a qual determinou que o Poder Público fornecesse vacina contra a meningite a todas as crianças carentes daquele Estado. O fundamento da referida decisão baseou-se na dupla concepção dos direitos sociais, conciliando o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais com os princípios democráticos.

Impende destacar ainda que a referida decisão tornou-se referência no tocante ao uso de critérios extrajurídicos com o objetivo em fortalecer a autoridade decisória, ouvindo outros atores como representantes da UNICEF, da Associação Colombiana de Pediatria, professores do curso de medicina e representantes dos Órgãos governamentais. Isso contribuiu para garantir a resposta quanto aos questionamentos de caráter técnico.

No tocante ao Chile, ao Uruguai e à Colômbia convém destacar as seguintes decisões judiciais relacionadas à garantia do direito à saúde respectivamente: Tribunal Constitucional do Chile, mediante a Sentença Rol 976-07 de 26 de junho de 2008 e Tribunal de Apelação Civil de 2º Turno, sentença n. 159/2008 do ministro redator *Tabaré Sosa, Montevideo*, 30 de junho de 2008; e Sentença n. T-760 de 2008 da Corte Constitucional da Colômbia.

Diante disso, é possível descrever a importância desse fenômeno da judicialização da política junto aos países latino-americanos, o qual, no tocante às políticas relativas à saúde, apresentaram relevantes modelos para a implementação desse perfil ativo do Poder Judiciário em prol da garantia dos direitos fundamentais.

Após a análise, no contexto diversos países, acerca do perfil do Judiciário no tocante às políticas públicas relativas aos direitos sociais, foi constatado que a questão relacionada a esses direitos enfrenta grandes desafios, os quais, apesar de algumas semelhanças, podem ser diferenciados no âmbito da realidade brasileira.



Isso porque a própria existência dos direitos sociais é questionada em alguns Estados cujos documentos constitucionais não apresentam previsão expressa ou não atribuem a esses direitos a eficácia plena.

Nesse contexto, pode ser mencionado como exemplo o caso da Alemanha cuja Constituição praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa<sup>352</sup>. Além disso, a Constituição portuguesa também se configura outro caso, tendo em vista que distinguiu o regime constitucional dos direitos, das liberdades e das garantias do regime constitucional dos direitos sociais<sup>353</sup>.

Nesse contexto, ao se comparar com o Brasil, é possível vislumbrar que a Constituição de 1988 não somente prevê, de forma expressa, a existência de direitos fundamentais sociais, como também especifica seu conteúdo e forma de prestação.

Além disso, não realiza a distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos com os direitos sociais. Ademais, o referido documento constitucional brasileiro estabelece que tanto os direitos quanto as garantias fundamentais apresentam aplicação imediata.

Diante disso, não restam dúvidas de que os direitos sociais, incluindo a saúde, foram acolhidos pelo Brasil como autênticos direitos fundamentais, deixando claro que as demandas que buscam a efetivação desses direitos devem ser resolvidas a partir da análise do contexto constitucional pátrio.

Porém, não se pode deixar de reconhecer a extrema relevância apresentada no contexto dos demais países, tendo em vista que, conforme será analisado a seguir, o perfil do Judiciário apresentou significativas semelhanças, as quais contribuíram para melhores mudanças no contexto das decisões judiciais relacionadas à judicialização da saúde quanto ao fornecimento de medicamentos.

Deste modo, será realizada adiante uma abordagem acerca do perfil brasileiro a fim de extrair os principais aspectos e semelhanças com o que vem acontecendo no mundo quando se trata do tema em comento.

#### **4.2 A efetividade das ações judiciais envolvendo o direito à saúde no Brasil**

Como já foi analisado anteriormente, o reconhecimento dos direitos sociais junto aos documentos constitucionais brasileiros ocorreu de forma paulatina, se adequando à realidade política e social do país.

---

<sup>352</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 2008, p. 500.

<sup>353</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., 2004, p.385.

Isso porque não se pode esquecer que o Brasil vivenciou um longo período ditatorial, iniciado em 1964 mediante golpe militar, no qual o cidadão ficava proibido inclusive de recorrer ao Judiciário diante de medidas decorrentes dos atos institucionais contrários aos direitos fundamentais. Ou seja, o país passou por “um profundo período de obscuridade que se estendeu até 1985”<sup>354</sup>.

O regime democrático efetivamente ocorreu após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a qual reconheceu o Estado Democrático de Direito, pautado em valores sociais de forma a proteger e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, incluindo nesse rol os direitos sociais, os quais alcançaram posição de destaque no referido texto. Ou seja, o advento desse novo documento constitucional representou um verdadeiro “processo de re-fundação social”<sup>355</sup>.

Esse marco traçado pela Magna Carta de 1988 consagrou o “compromisso sobre a necessidade de atribuir aos direitos fundamentais um protagonismo prioritário no novo sistema jurídico-político”<sup>356</sup>.

Afinal, a relevância, o conteúdo e o respectivo regime jurídico, os foram atribuídos a esses direitos não foram nada mais do que o resultado da reação do Constituinte<sup>357</sup> e das forças sociais e políticas nele representadas que vivenciaram 21 anos de regime de restrição e aniquilação desses direitos<sup>358</sup>.

Ao se comparar o texto constitucional brasileiro em relação à Lei Fundamental de *Bonn* (1949), à Constituição Portuguesa (1976) e ao texto constitucional espanhol (1978), é possível vislumbrar que a CF/88 atribuiu um “significado ímpar aos direitos fundamentais”<sup>359</sup>,

<sup>354</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 99-100.

<sup>355</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.37.

<sup>356</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 56.

<sup>357</sup> Comungando com esse entendimento: “A Constituição de 1988 foi prodigamente dotada de normas consagradoras de sua supremacia, o que não deixar de ser um sinal indicador da preocupação ou apreensão do constituinte (e dos cidadãos, indiretamente) com a possibilidade de sua desobediência, ou da desconsideração de tal supremacia pelos encarregados de lhe dar cumprimento”. (STEVENSON, Ritinha; FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. *Constituição de 1988: Legitimidade – Vigência e Eficácia – Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 105).

<sup>358</sup> Nesse mesmo sentido, convém expor o voto do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2.010-2-DF (Medida Cautelar), julgada em 30 de setembro de 1999: “É uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder e de garantia das liberdades públicas – reverte-se de alta significação emblemática, pois representa a expressão mais intensa do processo de transformação histórica da sociedade e do estado, nela concentrando-se o modelo legitimador das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos”.

<sup>359</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 98.

demonstrando a ideia de eficácia imediata dos direitos individuais, bem como ressaltando a direta vinculação dos órgãos do Estado perante esses direitos, lhes sendo exigida a estrita observância.

Impende ressaltar, ainda, que a Constituição Brasileira de 1988 “silenciou a respeito da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais” de modo a não prever normas genéricas que impusessem limites às atividades limitadoras desses direitos<sup>360</sup>. Nesse caso, outras normas legislativas, assim como a jurisprudência solucionaram esse ponto que careceu de garantia acerca desse conteúdo essencial<sup>361</sup>.

Diante disso, é possível constatar que o documento constitucional ora vigente foi o prelúdio de um Estado Social e Democrático de Direito, cuja vocação busca, primordialmente, a consecução de um projeto de igualdade material ao menos relativa.

O referido documento posicionou o Estado como figura central para a realização da justiça social, executada por intermédio da promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas voltadas para a diminuição e posterior eliminação das desigualdades.

Deste modo, os direitos sociais alcançaram um novo significado de forma que sua efetividade fosse garantida por intermédio dos respectivos dispositivos.

No que concerne à saúde, o referido documento constitucional inseriu esse direito junto ao preâmbulo<sup>362</sup>, bem como no artigo sexto<sup>363</sup> e em outros dispositivos mais específicos<sup>364</sup> na

---

<sup>360</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. op. cit., 2005, p. 101.

<sup>361</sup> HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado Constitucional*. Trad. de Carlos Ramos, César Landa e Jürgen Saligmann. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1997, p. 357.

<sup>362</sup> O texto original da Constituição de 1988 dispõe em seu preâmbulo da seguinte forma: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>363</sup> O artigo 6º do referido texto constitucional elucida os direitos sociais, incluindo nesse rol o direito à saúde: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”.

<sup>364</sup> No âmbito do capítulo atinente à Seguridade Social, o qual se encontra no título relacionado à Ordem Social, o direito à saúde foi explicitado de forma mais específica, senão vejamos: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Constituição de 1988<sup>365</sup>. Além disso, a saúde está diretamente ligada ao direito fundamental à vida, disposto no artigo quinto<sup>366</sup> do referido texto.

Por intermédio dos dispositivos específicos elencados nos arts. 196 a 200 da Constituição se verificou que o constituinte brasileiro estabeleceu critérios de observação obrigatória quanto às prestações de saúde tanto individuais quanto coletivas.

Primeiramente, porque se determina que o acesso às ações e aos respectivos serviços voltados à prevenção, promoção e recuperação da saúde devem ser universais.<sup>367</sup> Além disso, a Magna Carta instituiu a gratuidade obrigatória<sup>368</sup> dessas ações e desses serviços de saúde<sup>369</sup>.

Outro critério importante tratado no referido dispositivo constitucional envolve a igualdade, tendo em vista que as ações e os serviços de saúde serão igualitários<sup>370</sup>, proibindo, assim, qualquer forma de discriminação ou privilégio<sup>371</sup>.

Nesse âmbito, convém ressaltar que esse critério pode apresentar complexidade quando forem colocadas em questão as demandas judiciais individuais, principalmente quando o tema em debate tratar do fornecimento de medicamentos importados ou de tratamentos médico-cirúrgicos no exterior, os quais são mais dispendiosos.

<sup>365</sup> Impende destacar que a saúde se inclui também na prestação de serviço de saneamento básico (arts. 23, IX; 198, II; e 200, IV), no atendimento materno-infantil (art.227, §1º, I); nas ações de medicina preventiva (art. 198, II) e nas ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

<sup>366</sup> O art. 5 da Constituição assim dispõe: “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, nos termos seguintes.”

<sup>367</sup> Nesse contexto, impende destacar que o art. 2º, §1º da Lei n. 8.080/90 repetiu o as disposições constantes no art. 196 da CF/88, ao explicitar acerca da universalidade do acesso no âmbito do Sistema Único de Saúde ao abranger todos os níveis de assistência, desde o básico até o mais complexo.

<sup>368</sup> A gratuidade do sistema público de saúde decorreu da maioria legislativa quando da aprovação da Lei n. 8.080/90, sendo vedada qualquer cobrança por essas ações e serviços do SUS independentemente da condição econômica do usuário. Ressaltando que essa gratuidade somente abrange os serviços amparados nesse diploma legislativo.

<sup>369</sup> Existem juristas que questionam a conveniência de se estender a todos a gratuidade dos serviços da saúde, dentre eles: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume V: o Orçamento na Constituição, p. 183. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2009, p 334-335; e PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson, 1999, p.65-66.

<sup>370</sup> Esse critério baseou-se na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada no período de 17 a 21 de março de 1986 que estabeleceu em seu relatório da seguinte forma: “O direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade”. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2013.

<sup>371</sup> Alguns autores consideram que esse critério pode servir como importante instrumento limitador das demandas por prestações sanitárias, sobretudo quando forem individuais, pois se todos os usuários do SUS devem receber cuidados idênticos e gozar dos mesmos serviços, seria vedado o deferimento de medida individual que não pudesse ser estendida a todos que se encontrassem em situações semelhantes. Nesse caso, vale a leitura de: HENRIQUE, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 827-858.

Acerca do tema, existem julgados<sup>372</sup> no sentido de considerar que esse argumento não pode isentar o Poder Público de prestar o serviço de saúde. Destaca-se que a saúde é direito de todos e dever do Poder Público, o qual tem o dever de adotar medidas políticas, sociais e econômicas com o objetivo de propiciar o acesso universal e igualitário tanto das ações quanto dos serviços capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos cidadãos.

Neste sentido, ressalta que não há como concluir que o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de consequências significativas e desastrosas à economia do Estado.

Cabe mencionar, ainda, outro julgado que trata de medicamento de alto custo, o qual não pode ser por si só motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis<sup>373</sup>.

Deste modo, é possível constatar a grande relevância dada ao direito social à saúde e que o Estado não pode se esquivar dos ditames constitucionais garantidores da respectiva proteção e prestação desse direito.

Além do acesso universal e igualitário, outro critério que norteia as prestações de serviço de saúde baseia-se na integralidade, onde o Sistema Único de Saúde tem o dever de garantir aos seus usuários o atendimento integral, abrangendo, em especial, as atividades preventivas.

Isso significa que o SUS deve atuar, preferencialmente, antes que o usuário adoça. No entanto, na hipótese de ser constatada a enfermidade, a assistência terapêutica deve ser provida independentemente da gravidade do mal e da complexidade do tratamento por ele exigido<sup>374</sup>.

Após a análise dos critérios de observação para as prestações de ações e serviços de saúde, é possível constatar que o objetivo do constituinte foi de propiciar condições materiais mínimas de existência dos brasileiros, utilizando como pressuposto a dignidade humana ao

---

<sup>372</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança n. 1.408/SP. Ministro Edson Vidigal, Brasília, DF, 08 de setembro de 2004.

<sup>373</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de março de 2010.

<sup>374</sup> Convém ressaltar que existem doutrinadores que discordam que o critério da integralidade seja decorrente de um comando constitucional: TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287-288 e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit., 2007, p. 304-320.

impor a todos os entes federativos a responsabilidade comum de alcançar as metas traçadas no tocante às referidas prestações<sup>375</sup>.

Foi vislumbrado, ainda, que cada enunciado apresenta formatação principiológica com certo teor de indeterminação no tocante aos efeitos ou fins a serem atingidos, cabendo ao Legislativo e ao Executivo a concretização desse direito social.

Ademais, impende ressaltar que o próprio texto constitucional brasileiro comprometeu-se com a garantia de condições elementares que se fizessem necessárias para a existência humana (mínimo existencial) a fim de não agredir a dignidade humana. É, exatamente, na identificação dessa base que se possibilita lidar com os problemas dos custos gastos com as prestações da saúde.

Nesse contexto, o Judiciário adquire um papel importante no cenário jurídico-constitucional brasileiro, pois lhe compete dar execução à lei, bem como determinar esse mínimo existencial como decorrência do princípio da dignidade humana e dos dispositivos constitucionais atinentes à saúde<sup>376</sup>.

#### *4.2.1. O Judiciário brasileiro na nova ordem constitucional*

O novo perfil traçado pelo Judiciário brasileiro demonstrou que esse poder adquiriu um caráter mais ativo no sentido de garantir a efetividade dos direitos sociais, em especial a saúde, bem como o papel do juiz, o qual alcançou um destaque de forte ator democrático e aliado do cidadão no intuito de aproximar esse poder junto à sociedade.

Sendo assim, o Judiciário abandonou a antiga postura subalterna frente aos outros poderes, servindo como via de resistência às investidas do Executivo e Legislativo que viessem a representar qualquer ameaça à efetividade dos direitos sociais no sentido de buscar lealdade com o diploma constitucional<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Conforme elucidada a CF/88: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; e Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”;

<sup>376</sup> Acerca da temática envolvendo o mínimo existencial, impende ressaltar que um das principais discussões acerca da atuação do Judiciário nas políticas da saúde se encontra, exatamente, na questão de em que consiste o mínimo existencial nessa matéria. Nesse caso, se recomenda a leitura de: BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord). op. cit., 2010, p. 803-826.

<sup>377</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 89.

Ao corroborar com esse novo parâmetro traçado pelo Judiciário, impende destacar dois Acórdãos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais ressaltam a importância desse poder na nova ordem constitucional.

No Acórdão que tratou da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293-7/600-DF<sup>378</sup>, o relator ressalta que o poder exercido pelo Poder Público não deve ser exercido de forma irrestrita e absoluta, posto que “inviabiliza o exercício dos direitos individuais e coletivos”. Diante disso, se destaca que a sujeição desse poder às regras jurídicas pré-estabelecidas na Constituição revela uma consequência necessária da “técnica de racionalização de poder” de forma a prevenir eventuais abusos de poder estatais.

Nesse sentido, quaisquer atos estatais que repugnem o documento constitucional expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, em especial. Por fim, enfatiza que a Constituição é revestida de uma supremacia que, enquanto for respeitada, “constituirá a garantia mais efetiva” de modo a proteger os direitos e as liberdades. Sendo assim, o papel do Supremo Tribunal Federal é de “velar para que essa realidade não seja desfigurada”.

Em outra decisão relevante, o STF destacou sua missão em não poder “renunciar ao exercício de delegação do Poder Constituinte ao proteger as liberdades públicas, estabilizar o ordenamento jurídico estatal, bem como a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições republicanas”. Reforça ainda o eminente papel do Judiciário, o qual deve se apresentar como “poder independente e consciente da alta responsabilidade política, social e jurídico institucional”<sup>379</sup>.

Como se pode avaliar, a Constituição de 1988 conferiu ao Poder Judiciário um papel que nenhum outro documento constitucional havia atribuído anteriormente, pois propiciou a esse poder “autonomia institucional”.

Nessa nova seara jurídica, o princípio da proteção judicial efetiva configurou-se como “pedra angular do sistema de proteção dos direitos” fundamentais. Sendo assim, foram formatadas outras garantias judiciais de proteção dessa nova ordem constitucional, trazendo como exemplos os seguintes instrumentos: ação direta de constitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta por omissão, mandado de injunção, *habeas*

---

<sup>378</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 293-7/600-DF (Medida Liminar). Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 06 de junho de 1990.

<sup>379</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 2.010-2-DF (Medida Cautelar). Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 30 de setembro de 1999.

*data* e mandado de segurança coletivo. Ademais, a ação civil pública alcançou nova dimensão, bem como a ação popular apresentou expansão em seu âmbito de proteção<sup>380</sup>.

Essa ampliação dos instrumentos de proteção contribuiu, consideravelmente, para influenciar a concepção de um novo modelo organizacional do Judiciário. Isso pode ser vislumbrando por intermédio do livre acesso ao referido poder, assim como por meio dos princípios da proteção judicial efetiva, do juiz natural e do devido processo legal<sup>381</sup>.

Estes também se apresentaram como fator decisivo para o novo modelo, principalmente em virtude das garantias concernentes à magistratura e à estruturação independente dos órgãos respectivos.

Acerca desse novo papel traçado pelo Judiciário brasileiro, impende destacar o estudo realizado por Zaffaroni<sup>382</sup>, envolvendo os tipos de modelo judiciais de acordo com a evolução constitucional de cada ordem jurídica.

Primeiramente, o referido jurista trata do “modelo empírico primitivo”, adotado em países não democráticos ou que apresentavam instabilidade democrática. O serviço caracterizava-se com nível precário em razão da pobreza técnica. O juiz apresenta um perfil com tendência partidarizante, não sendo assegurada sua independência. O controle de constitucionalidade era tido como “precário e circunstancial”.

Em seguida, foi traçado o “modelo técnico-burocrático”, o qual apresentou melhorias na técnica em relação ao anterior, porém o perfil do magistrado ainda se mantém tendente à burocratização na carreira. Sua independência seria apenas no plano externo. O controle de constitucionalidade tem nível de incidência baixo. No entanto, se pode destacar que esse modelo contribuiu para o Estado de Direito no âmbito legal.

Já, no que concerne ao “modelo democrático contemporâneo”<sup>383</sup>, este aperfeiçoou a técnica do modelo anterior, mediante novos mecanismos de controle. O juiz adotou novas

---

<sup>380</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op.cit. 2009, p. 974.

<sup>381</sup> Esses princípios podem ser vistos no art. 5 da Constituição de 1988, respectivamente: 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, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>382</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., 1995, p. 102-104.

<sup>383</sup> Modelo democrático contemporâneo: (...) o perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidário, nem burocratizado). A independência é melhor assegurada que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente. O controle de constitucionalidade é privilegiado com um tribunal designado mediante



medidas, sendo assegurada a independência, bem como o controle de constitucionalidade elevou seu nível em razão do novo modelo de tribunal. Ou seja, houve um verdadeiro fortalecimento do Estado de Direito por intermédio do Poder Judiciário.

Impende destacar que a estrutura judicial brasileira pós CF/88 seguiu esse novo modelo de modo a garantir que a independência almejada pela nova ordem constitucional.

Nesse sentido, os tribunais brasileiros passaram a serem dotados de um poder de autogoverno, consistente na eleição de seus respectivos órgãos diretivos, na elaboração de seus regimentos, na organização de suas secretarias e serviços auxiliares e nos juízos que lhes foram vinculados.

Ademais, o provimento de cargos de magistrados de carreira, bem como de cargos necessários à administração da justiça auxiliaram nessa nova construção do referido poder<sup>384</sup>.

Além disso, a formatação do Estatuto da Magistratura também contribuiu para a disciplina organizacional do Poder Judiciário brasileiro, o qual é estabelecido mediante Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, essa nova estruturação propiciou a garantia de que esse poder se tornasse o verdadeiro guardião e instrumento de garantia dos direitos sociais.

A despeito desse assunto, convém esclarecer que o Supremo Tribunal Federal se destacou nessa proteção dos direitos sociais, principalmente em se tratando de demandas atinentes à saúde. Isso porque o referido órgão de cúpula do Judiciário buscou resolver matérias jurídicas relevantes e a questão do fornecimento de medicamentos foi uma delas.

---

seleção dispersa, o que eleva seu nível. No que dependa da magistratura, serão melhores as condições para o investimento produtivo racional. A cultura jurídica se elevará como efeito do voo teórico requerido para operar-se com uma magistratura pluralística e, portanto, dinâmica. O Estado de Direito será fortalecido com a tendência da forma constitucional. Na medida em que esta estrutura seja real e não se reduza a uma planificação constitucional desvirtuada por vícios instrumentais, a característica geral não de ser outra que a de uma democracia.

<sup>384</sup> Nesse sentido, expõe o art. 96 da CF/88: “Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;”

Contudo, convêm esclarecer também o relevante papel desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais (federais e estaduais) brasileiros, os quais também trouxeram significativas contribuições para essa análise acerca da intervenção judicial no contexto das políticas públicas relacionadas à saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamentos<sup>385</sup>.

#### *4.2.2. O STF e sua função na efetivação do direito à saúde quanto ao fornecimento de medicamentos*

Conforme foi esclarecido anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião maior da Constituição Federal, se tornou um importante instrumento de garantia do Judiciário em prol da efetivação dos direitos fundamentais, em especial, a saúde.

No tocante à matéria envolvendo a intervenção desse poder junto às políticas públicas relacionadas à saúde, já havia discussão desse tema no âmbito da justiça de primeira instância. Afinal, no que se atine à questão específica da distribuição de medicamentos, debates em torno dos recursos públicos escassos, o aumento da expectativa de vida, a expansão dos recursos terapêuticos e a multiplicação das doenças foram alguns dos principais temas que geraram complexidade junto às decisões judiciais.

Diante da dificuldade em se tratar do tema junto às demandas judiciais, vários casos chegaram junto ao STF a fim de dirimi-los e buscar solucioná-los.

No que se atine às demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos, em 2000, já havia matéria que tratasse desse tema. O referido caso ocorreu em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário<sup>386</sup>, o qual determinou a obrigatoriedade em se fornecer medicamentos necessários ao tratamento de AIDS de forma gratuita aos pacientes destituídos de recursos financeiros.

No referido acórdão, se ressaltou que o direito à saúde representa uma “prerrogativa jurídica indisponível” assegurada a todos pelo documento constitucional brasileiro, traduzido como “bem jurídico constitucionalmente tutelado”, cuja integridade deve ser velada pelo Estado, o qual se encontra incumbido de formular e implementar políticas públicas que visem

---

<sup>385</sup> Conforme foi demonstrado no capítulo terceiro, o STJ abordou diversos temas relacionados à intervenção do Judiciário quanto às políticas públicas da saúde. Nesse sentido, seguem alguns acórdãos relacionados ao assunto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1068731 / RS. Relator Herman Benjamin. Julgamento em 17 de fevereiro de 2011; Segunda Turma. REsp 1041197 / MS. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 25 de agosto de 2009; e AgRg no REsp 1136549 / RS. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 21 de junho de 2010.

<sup>386</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE- AgR. n. 271286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 de setembro de 2000.

à garantia do acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, em especial, aos pacientes portadores do vírus HIV.

Além disso, reforça a vinculação do direito fundamental à saúde com o direito à vida e que o Poder Público, em qualquer de suas esferas federativas, não pode se isentar, nem tampouco se tornar indiferente aos problemas atinentes à saúde da população. E, numa brilhante exposição, o relator destaca que o “caráter programático” disposto na norma constitucional atinente ao referido direito não pode se transformar em “promessa constitucional inconsequente”<sup>387</sup>.

Ainda envolvendo a temática relativa ao fornecimento de medicamentos, outro julgamento importante tratou de reforçar a questão relativa à repartição de competências dos entes federativos para a operacionalização dos serviços de saúde.

Assim, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255627-RS responsabilizou as três esferas da Federação pelo financiamento das ações e serviços de saúde. No caso em comento, o município de Porto Alegre se esquivava da responsabilidade em garantir o fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS<sup>388</sup>.

Outro caso de fornecimento de medicamentos foi julgado pela Suprema Corte, determinando que o Governo do Rio de Janeiro garantisse o pleito a pacientes carentes, inclusive quanto ao pagamento de despesas aéreas para custeio do tratamento<sup>389</sup>.

Em 2005, o referido órgão de cúpula do Judiciário decidiu outro recurso decorrente de demanda judicial atinente à prestação de saúde quanto à distribuição de medicamentos. O grande destaque desse acórdão<sup>390</sup> foi a questão do bloqueio de verbas públicas como instrumento coercitivo para que a determinação judicial fosse cumprida efetivamente<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> Anteriormente, outro acórdão já havia julgado, em sede de Recurso Extraordinário, a questão do fornecimento de medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV de outra ação judicial que, coincidentemente, foi proposta junto ao Tribunal do Rio Grande do Sul (RE n. 242.859-3/RS. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 29 de junho de 1999). Além disso, se pode citar como outra referência de ação envolvendo esse mesmo objeto no RE n. 256327/RS. Primeira Turma. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 25 de junho de 2002 e RE- AgR. n. 393.175-0/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12 de dezembro de 2006.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE- AgR. n. 255627/RS. Relator Ministro Nelson Jobim. Julgamento em 21 de novembro de 2000.

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI- AgR. n. 486816/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 12 de abril de 2005.

<sup>390</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI- AgR. n. 597.182-9/RS. Relator Ministro Cesar Peluso. Julgamento em 10 de outubro de 2006.

<sup>391</sup> Segue o trecho do referido acórdão: “Nestes autos, está-se diante de bloqueio de verbas como meio coercitivo para que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos a quem deles necessita sobreviver, seja efetivamente cumprida ou que se obtenha resultado prático equivalente, pois o bem jurídico tutelado é a saúde, a

Diante dos diversos julgados debatidos junto ao Pretório Excelso, foi possível constatar várias conclusões acerca da temática envolvendo o direito à saúde, principalmente, no tocante à distribuição de fármacos. Nesse contexto, foram extraídas de grandes obras doutrinárias que trouxeram significativas contribuições para o entendimento sedimentado em seus respectivos julgados<sup>392</sup>.

Impende destacar o raciocínio apresentado pelos ministros do STF concernente às divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional relacionado ao direito à saúde.

Segundo eles, essas divergências decorriam, especialmente, da natureza prestacional do referido direito, bem como da necessidade de compatibilização do “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (“*Vorbehalt des Möglichen*”).

Nesse contexto, os julgadores da Corte Suprema analisaram em estudos doutrinários e concluíram que os direitos fundamentais não apresentam apenas uma proibição de intervenção (“*Eingriffsverbote*”), mas também expressam um postulado de proteção (“*Schutzgebote*”). Nesse sentido, entenderam que não haveria apenas uma proibição de excesso (“*übermassverbot*”), nem tampouco proibição de proteção insuficiente (“*untermassverbot*”)<sup>393</sup>.

Ademais, o STF extraiu da doutrina a compreensão acerca da dimensão objetiva desses direitos que também assumiam relevo sob a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (“*Recht auf Organization und auf Verfahren*”), os quais dependem, na sua realização, de providências do Estado e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Nessa perspectiva, ressaltou o reconhecimento de que as dimensões dos direitos fundamentais têm

---

medida visa salvaguardar o direito garantido pelo art. 196 da Constituição Federal e a demora pode resultar na inutilidade do provimento judicial; de modo que não vislumbro a similitude da situação como pretende crer a parte agravante. Ao presente agravo, que não traz razões novas para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo”.

<sup>392</sup> Nesse sentido, cabe destacar alguns julgamentos em que a decisão do STF traçou a linha de raciocínio seguida para justificar seus argumentos decisórios, senão vejamos: **STA 198**, Relator(a): Min. Ministro Presidente Gilmar Mendes, julgado em 22/12/2008, publicado em DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009; **SS 3741**, Relator(a): Min. Presidente, Gilmar Mendes, julgamento em 27 de maio de 2009, publicado em DJe-102 DIVULG 02/06/2009 PUBLIC 03/06/2009; **SS 3751**, Relator(a): Min. Presidente Gilmar Mendes, julgado em 20/04/2009, publicado em DJe-077 DIVULG 27/04/2009 PUBLIC 28/04/2009;

<sup>393</sup> Esse entendimento também foi extraído da obra de Claus-Wilhelm Canaris, (*Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, Jus, 1989, p. 161), a qual se encontra mencionada em vários julgados do STF.

custos públicos<sup>394</sup>, relevando o tema da “reserva do possível” e a necessidade de se realizar escolhas alocativas a partir da perspectiva das finanças públicas.

Segundo a Suprema Corte brasileira, a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais é o maior argumento que se apresenta contrário à judicialização, tendo em vista referida questão atinente à dependência de recursos econômicos para sua efetivação.

Em razão disso, o STF expos o entendimento de alguns doutrinadores, no tocante à intervenção do Judiciário ante a omissão estatal que violaria o princípio da separação dos poderes e a “reserva do possível”, tendo em vista a feição de normas programáticas dependentes de formulação de políticas públicas desses direitos.

No entanto, o entendimento do STF reforça a importância em se levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia em conformidade com a necessidade específica de cada cidadão. No caso do direito social à saúde, o Estado tem o dever de dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Tal fato envolveria a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Nesse sentido, a fim de satisfazer as necessidades sociais, inseridas em uma conjuntura de inexistência de suportes financeiros suficientes, a Suprema Corte ressaltou a importância de serem formuladas políticas sociais e econômicas que visem à implementação dos direitos sociais, envolvendo, assim, escolhas alocativas. Tais escolhas precisam adotar critérios de justiça distributiva, as quais pressupõem “escolhas trágicas”, baseadas em critérios de macro-justiça.

Nesse aspecto, a doutrina, que não defende a intervenção do Judiciário nas políticas públicas atinentes à efetivação do direito à saúde, justifica esse argumento para o fato de que o Judiciário somente teria vocação para concretizar a justiça no caso concreto (micro-justiça e não macro), não tendo condições de avaliar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício de uma parte em detrimento do todo<sup>395</sup>.

Porém, além dessa corrente doutrinária, o Pretório Excelso também expos e analisou o entendimento de outros autores que se mostraram defensores do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial a saúde. Segundo eles, tais direitos são

---

<sup>394</sup> Esse raciocínio do Supremo Tribunal Federal foi oriundo do entendimento doutrinário constante na seguinte obra: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

<sup>395</sup> Acerca desse entendimento, o STF trouxe a contribuição doutrinária da obra do jurista Gustavo Amaral (AMARAL, Gustavo. op.cit., 2001).

indispensáveis para a realização da dignidade humana, reforçando a garantia do “mínimo existencial” de cada um, o qual não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Ao traçar um parâmetro com o direito comparado, o STF esclareceu a diferença da Constituição Brasileira em detrimento dos textos constitucionais da Alemanha e de Portugal. Isso porque a CF/88 não somente prevê a existência dos direitos sociais, como também especifica seu conteúdo e a forma de prestação, não fazendo distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos, havendo aplicação imediata para todos.

No caso da Alemanha, o diploma constitucional não contém direitos fundamentais de forma expressa<sup>396</sup>. E Portugal diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais<sup>397</sup>.

Nesse raciocínio de se utilizar como prelúdio o texto constitucional, a Suprema Corte traçou considerações importantes extraídas da CF/88 a fim de fechar o parâmetro de análise acerca do direito à saúde.

Deste modo, o Pretório Excelso destrinchou o art. 196 que trata exatamente do direito à saúde, examinando os principais elementos: 1- direito de todos; 2 - dever do Estado; 3 - garantido mediante políticas sociais e econômicas; 4 - que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; 5 - regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; 6- às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O primeiro deles abordou a questão de ser um “direito de todos”. Nesse contexto, identificou na redação que se tratava de tanto um direito individual quanto coletivo. Ademais ressaltou que não se pode afirmar que o direito à saúde se trata tão somente de norma programática, pois isto significaria negar a força normativa da Constituição<sup>398</sup>.

Além disso, esclarece que esse direito se atine às políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde<sup>399</sup>. Diante disso, a garantia judicial da prestação individual desse direito social seria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde.

---

<sup>396</sup> Nesse caso, a Suprema Corte respaldou seu fundamento na teoria de Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

<sup>397</sup> Esse entendimento pode ser vislumbrado na seguinte obra: ANDRADE, José Carlos Vieira de. op.cit., 2004, p. 385.

<sup>398</sup> No contexto da dimensão individual do direito à saúde, se pode destacar o AgR-RE nº 271.286-8/RS (DJ 12.09.2000), cujo relator foi o ministro Celso de Mello, o qual reconheceu o direito à saúde como direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduzindo o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Nesse raciocínio, a interpretação da norma programática não poderia se transformar em “promessa constitucional inconsequente”.

<sup>399</sup> Esse argumento teve como base a ADPF-MC Nº 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004.

O segundo ponto avaliado foi no tocante ao fato da saúde ser dever do Estado. Nesse critério, o STF esclareceu que não há dúvidas quanto à prestação da saúde ser por parte do Estado, envolvendo todos os entes da federação, os quais apresentam essa competência de forma expressa (art. 23, II da CF/88).

Ou seja, todos têm responsabilidade solidária perante esse direito, sendo, assim, legitimados passivos nas demandas judiciais de prestações na área da saúde. Além disso, reforça que o SUS descentralizou os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes teve, exatamente, o objetivo de enaltecer a obrigação solidária e subsidiária dos mesmos<sup>400</sup>.

Outro parâmetro de análise foi a questão da garantia do direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, a qual ressalva a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por intermédio de escolhas alocativas.

Ademais, ressalta a importância em se distribuir os recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, tendo em vista as mudanças atinentes à evolução da medicina, onde retrata que sempre haverá transformações quanto aos métodos de tratamento em prol dos pacientes.

A quarta análise foi relacionada às políticas que garantem o direito fundamental à saúde, as quais devem buscar a redução do risco de doença e de outros agravos, evidenciando, assim, a sua dimensão preventiva e de caráter prioritário.

Outro aspecto analisado foi no tocante à busca do acesso universal e igualitário que essas políticas devem garantir. Nesse contexto, o STF ressaltou que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde<sup>401</sup>.

Por fim, como último critério extraído do art. 196 da CF, a Suprema Corte abordou as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Nesse caso, concluiu, mediante um estudo do direito à saúde no Brasil, que os problemas de eficácia social desse direito são decorrentes muito mais de questões relativas à implementação e manutenção das

---

<sup>400</sup> As ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos. O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 29/2000, visando a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de co-financiamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

<sup>401</sup> Na STA 91-1/AL, cuja relatora foi a ministra Ellen Gracie (DJ 26.02.2007), foi ressaltado o entendimento de que o princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes federativos, garantindo-se a igualdade da assistência à saúde, destituída de preconceitos ou privilégios de quaisquer espécie.

políticas públicas de saúde já existentes do que quanto à falta de legislação específica. Ou seja, destacou que o problema não é de inexistência e sim de execução administrativa das políticas estabelecidas junto aos entes federativos.

Após essa breve análise acerca dos julgados e do entendimento adotado pelo STF acerca de sua intervenção junto às políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, se constatou que, a cada dia, o debate em torno do tema crescia consideravelmente tanto na seara doutrinária quanto no âmbito das instâncias do Poder Judiciário. E o principal impasse relacionava-se, exatamente, em se mensurar as prestações do direito à saúde a serem garantidas via demanda judicial.

Acerca do tema atinente ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, restou invariável o entendimento da Suprema Corte brasileira de não se mostrar indiferente ao problema da saúde da população.

No entanto, no decorrer desses julgados, outros temas de alta complexidade passaram a ser objeto dessas demandas judiciais relacionadas às prestações da saúde, podendo ser destacadas as seguintes: o fornecimento de suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas na UTI, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias, custeios de tratamento fora do domicílio e do tratamento no exterior.

Essas prestações tratavam-se, em geral, de pedidos de suspensão de medidas cautelares que determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde mediante os seguintes instrumentos: Suspensão de Segurança, Suspensões de Liminares e Suspensões de Tutelas Antecipadas.

No entanto, a própria Corte Suprema constatou que a temática exigia uma análise conjunta com outros segmentos da sociedade, não sendo suficiente que o Judiciário, por si só, tratasse de uma conclusão definitiva.

O assunto suscitava inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas. Além disso, se configurou a existência de repercussão geral e de interesse público relevante capaz de instigar uma análise mais aprofundada não somente pela comunidade jurídica, mas pela sociedade como um todo.

Diante disso, surgiu a ideia de se realizar do STF realizar uma Audiência Pública com a finalidade específica de melhor analisar o tema em comento em busca de soluções quanto às principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais.



#### 4.2.3. *A contribuição da Audiência Pública na construção do entendimento acerca da intervenção do Judiciário nas políticas públicas atinentes ao fornecimento de medicamentos*

Na qualidade de guardião da Constituição e mediante o novo perfil traçado pelo Judiciário, o órgão de cúpula do referido poder, por intermédio do seu presidente, realizou a convocação da Audiência Pública<sup>402</sup> a fim de abordar o tema atinente à Judicialização da Saúde no dia 05 de março de 2009. Nesse contexto, foram designados os dias 27 e 28 de abril de 2009 para a sua respectiva realização<sup>403</sup>.

O principal intuito desse procedimento foi de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do SUS com fulcro em esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relacionadas com as demandas judiciais de prestações de saúde.

As principais questões em foco na referida audiência seriam as seguintes: a responsabilidade dos entes federativos acerca do direito à saúde; a obrigatoriedade estatal para o fornecimento de prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito à Administração Pública de forma prévia; a obrigação do Poder Público custear prestações de saúde não abrangidas em políticas públicas existentes; a obrigação do Estado em disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos protocolos clínicos do SUS; a obrigação estatal de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; e as fraudes ao SUS<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> As Audiências Públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, por intermédio das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, as quais disciplinam o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No âmbito do STF, esse procedimento foi regulamentado pela Emenda Regimental n. 29/2009 que atribuiu a competência ao Presidente ou ao Relator. Conforme dispõem os arts. 13, XVII e 21, XVII do referido Regimento: “convocar audiência pública para ouvir o depoimento das pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato com repercussão geral e de interesse público relevante”.

<sup>403</sup> O despacho convocatório para a realização da Audiência se encontra disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)> Acesso em: 17 jul. 2013.

<sup>404</sup> Impende ressaltar que os julgados do STF (RE- AgR. n. 271286/RS, RE n. 242.859-3/RS, RE n. 256327/RS, RE- AgR. n. 393.175-0/RS, RE- AgR. n. 255627/RS, AI- AgR. n. 486816/RJ, AI- AgR. n. 597.182-9/RS, que trataram do fornecimento de medicamentos, foram utilizados como fonte bibliográfica para a Audiência Pública que abordou a judicialização da saúde. O referido documento bibliográfico pode ser visto no seguinte endereço eletrônico: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/SUS\\_abr2009.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/SUS_abr2009.pdf)>. Acesso em 21 jul 2013.

No dia 13 de abril de 2009, foi traçado o cronograma dos trabalhos a fim de dividir os assuntos em pauta.<sup>405</sup> Sendo assim, no primeiro dia (27 de abril de 2009), o tema envolveu o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário. O segundo dia abordou a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do SUS. No dia 29 de abril, a discussão girou em torno da gestão do SUS, incluindo sua legislação e universalidade.

Diante da complexidade do assunto, os dias designados na convocação não foram suficientes, necessitando, assim, incluir outras datas para dar prosseguimento ao debate em comento.

Deste modo, no dia 04 de maio de 2009, o tema em pauta tratou do registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, bem como os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. No dia 06 de maio, a audiência abordou sobre as políticas públicas de saúde, em especial, a integralidade do sistema. E, por fim, no dia 07 de maio, o tema em debate foi a assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde.

Conforme foi explicitado anteriormente, na referida audiência pública foram debatidas muitas teses acerca da interpretação do art. 196 da Constituição Federal brasileira a fim de definir como e em que medida a saúde se traduz em um direito público subjetivo às prestações positivas do Estado passíveis de demandas judiciais.

Nesse contexto, foram extraídas algumas conclusões importantes oriundas não somente de operadores do direito, mas também de gestores públicos, profissionais da área da saúde e representantes da sociedade como um todo.

Diante disso, após se ouvir diversos depoimentos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessário redimensionar a questão atinente à judicialização do direito à saúde no Brasil. Essa constatação decorreu do fato de que a intervenção do Poder Judiciário não ocorreu em virtude de omissões absolutas em matérias de políticas públicas voltadas para esse tema.

Pelo contrário, se verificou que se tratavam do cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. Esse primeiro dado foi importante para a construção de um critério para

---

<sup>405</sup> O despacho de habilitação dos especialistas participantes da referida audiência pública, bem como o respectivo cronograma dos trabalhos se encontra no seguinte endereço eletrônico: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_de\\_habilitacaox.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacaox.pdf).> Acesso em: 17 jul. 2013.

decisões judiciais em casos como este, ou seja, a interferência do Judiciário na esfera dos demais Poderes<sup>406</sup>.

Deste modo, a primeira conclusão traçada pelo Pretório Excelso foi de que, ao se deferir uma prestação de saúde já inclusa entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas determinando o cumprimento de uma já existente. Tal fato contribuiu para que não haja dúvida acerca da existência de um direito público para o caso em comento.

A segunda conclusão se refere aos casos em que não existam políticas do SUS. Nessa circunstância, se faz necessário realizar a distinção se a não prestação é decorrente de uma omissão estatal, de uma decisão administrativa de não fornecimento ou de uma vedação legislativa a sua dispensação.

Nesse critério, é preciso que se analise a questão da existência de motivação para o não fornecimento pelo SUS, os quais podem ocorrer duas situações distintas: o Sistema Único de Saúde oferece tratamento alternativo, mas não adequado a todos os pacientes; ou o referido sistema não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Nesse sentido, a ideia do STF é de que se deve priorizar o tratamento pelo SUS<sup>407</sup> em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente em casos em que não se comprove a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

---

<sup>406</sup> Foi possível extrair essas conclusões da Audiência Pública por intermédio da decisão do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes por intermédio da decisão junto ao STA 421, julgado em 20/04/2010, publicado em DJe-076 DIVULG 29/04/2010 PUBLIC 30/04/2010.

<sup>407</sup> Segue o trecho da Decisão da Presidência do STF relativa ao STA 421, julgado em 20/04/2010: “A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”.

No entanto, a Suprema Corte brasileira não afasta a possibilidade do Judiciário ou a Administração Pública decidirem por uma medida diferente daquela custeada pelo SUS em casos específicos de pacientes que comprovem que o tratamento fornecido não se apresenta eficaz, reforçando, inclusive, a necessidade de revisões periódicas sob os protocolos existentes, bem como a elaboração de novos protocolos.

Deste modo, se considerou que os protocolos clínicos e as diretrizes adotadas pelo SUS podem ser questionados, permitindo, assim, a discussão via demanda judicial.

Outro caso debatido na Corte brasileira foi relativo à inexistência de tratamento na rede pública. Em situações como esta, ficou estabelecida a necessidade em se diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Na primeira hipótese, cuja eficácia ainda não restou comprovada cientificamente, o Poder Público não pode ser obrigado a fornecê-lo<sup>408</sup>.

No que concerne aos novos tratamentos, o STF entendeu que a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode ser significado de violação ao princípio da integralidade do sistema, nem tampouco ser justificativa para a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.

Nesses casos, a omissão do Poder Público, no tocante ao tratamento de determinada patologia, poderá ser instrumento de ação judicial, ressaltando a necessidade em se adotar a devida instrução processual com a ampla instrução de provas.

Nesse contexto, o que já se pode extrair das conclusões resultantes da Audiência Pública é de que a Suprema Corte brasileira recomenda a adoção de instrução junto às demandas de saúde, em especial no tocante aos fornecimentos de medicamentos, de modo a serem adequadas a cada caso concreto que apresentar peculiaridades. Isso contribuirá para que o julgador não concilie a dimensão subjetiva com a dimensão objetiva do direito à saúde.

---

<sup>408</sup> Esse entendimento adotado pelo STF decorreu do depoimento exposto pelo médico Paulo Hoff, diretor clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, o qual esclareceu na referida Audiência Pública que essas drogas não podem ser compradas em nenhum país em virtude de não terem sido devidamente aprovadas e avaliadas. Além disso, esclarece que o acesso a elas deve ser disponibilizado somente no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não cabendo ao SUS o dever de custeá-las.

#### *4.2.4. Os novos parâmetros de julgamento atinentes à intervenção do Judiciário nas políticas públicas relacionadas à distribuição de medicamentos pós Audiência Pública*

Após a realização da referida Audiência Pública (2009), é possível constatar o perfil adotado pelo STF no tocante às ações que tratam de fornecimento de medicamentos, tendo em vista que os principais dilemas foram abordados naquele procedimento o qual ouviu profissionais de saúde, gestores públicos, juristas e a sociedade a fim de traçar um parâmetro mais próximo do objetivo constitucional de garantia do direito fundamental à saúde, bem como conciliar com os fatores orçamentários de modo a não prejudicar o andamento das políticas públicas atinentes ao direito em comento.

Deste modo, impende ressaltar algumas decisões acerca do tema que foram decididas posteriormente à Audiência, mostrando, assim, os parâmetros utilizados nos julgamentos atinentes às demandas da saúde.

Nesse intuito, se buscou avaliar as decisões no contexto das regiões brasileiras a fim de traçar um perfil mais abrangente do Brasil, tendo em vista suas dimensões continentais:

##### 4.2.4.1. Região Sul

Cabe destacar a extrema relevância dessa região para fins de contribuição para a atuação do Poder Judiciário junto às políticas públicas atinentes à saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamentos. Isso porque pode ser constatado o grande número de ações oriundas dessa região<sup>409</sup>, em especial, do Rio Grande do Sul, que chegaram até a Suprema Corte, se comparando às demais regiões do Brasil<sup>410</sup>.

Em relação às demandas judiciais, relativas ao fornecimento de medicamentos, oriundas da região Sul do Brasil, impende destacar o pedido de suspensão de tutela antecipado,

---

<sup>409</sup> Conforme foi analisado no segundo capítulo, a região sul do Brasil, em especial o Estado do Rio Grande do Sul que, durante um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2011, apresentou um expressivo aumento no tocante às demandas judiciais relacionadas às prestações de saúde, concentrado quase que a metade de todas as demandas do país.

<sup>410</sup> No âmbito federal, a região sul é abrangida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, envolvendo os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná onde se encontraram mais de seis mil registros de ações judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos. Nesse sentido, seguem alguns acórdãos: BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Terceira Turma, Apelação n. 5000374-56.2013.404.7200, Relator(a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgamento em 07 de agosto de 2013; Terceira Turma, Apelação Cível n. 5004513-59.2010.404.7102, Relator(a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgamento em 25 de janeiro de 2012; Quarta Turma, Agravo de Instrumento n. 0013308-71.2011.404.0000, Relator(a): Vilson Darós, julgamento em 06 de dezembro de 2011.

ajuizado pela União em face do Juiz Federal Márcio Antônio Rocha<sup>411</sup>, relator do Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.041751-0.

Na origem, foi ajuizada ação civil pública, com pedido liminar, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Joinville, buscando a garantia do fornecimento dos seguintes medicamentos: Domperidona (motilium), Piracetam (nootron) e Cloridrato de Ranitidina (label) ao paciente L.W.H., bem como a todos os pacientes que se apresentassem perante o Sistema Único de Saúde portando laudo médico com diagnóstico de microcefalia e que atestassem a necessidade dos referidos medicamentos<sup>412</sup>.

Diante da decisão do relator, a União ingressou com o referido pedido de suspensão de tutela antecipada, alegando a ocorrência de “grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública”. Além disso, aduziu que a decisão em comento tratava de interferência do Judiciário na esfera de atribuições de natureza discricionária do Executivo, por intermédio do mérito da atividade administrativa relacionada à condução de políticas públicas.

Nesse contexto, impende destacar alguns pontos importantes da decisão da Presidência do STF junto ao STA 424 que foram resultado do entendimento extraído da Audiência Pública atinente ao papel do Judiciário no tocante às matérias da saúde.

Primeiramente, foi abordada a questão da Política Nacional dos Medicamentos,<sup>413</sup> a assistência farmacêutica<sup>414</sup>, bem como as políticas sociais que garantem o fornecimento

---

<sup>411</sup> Segue o trecho do relator Márcio Antônio Rocha, emitido no Agravo de Instrumento impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, decorrente da revogação da medida liminar que concedia o fornecimento dos medicamentos impugnados: “A saúde é um direito social, sendo o seu atendimento dever do Estado, através de políticas públicas, especialmente o Sistema Único de Saúde. Essas políticas públicas constituem, conforme se depreende da CF/88, um conjunto de ações governamentais. Logo, é um direito subjetivo de caráter eminentemente constitucional, cujo prestador da obrigação é o Estado, que tem o dever de desenvolver programas necessários para que, em conjunto, os três entes públicos alcancem o fim maior que é a eficácia desse direito. Na operação desse sistema, para que o artigo 196 da Constituição Federal não se converta “em promessa constitucional inconsequente (...) fraudando justas expectativa nele depositadas” (Ministro Celso de Mello, RE 271286-RS e 273.834-4-RS), basta que o médico integrante do sistema único entenda por necessário determinada medicação, hipótese dos autos (fls. 26/28), cuja comercialização esteja autorizada em território nacional, e essa haverá de ser providenciada. (...) No caso em análise, considerando que a ação civil pública manejada pelo Ministério Público Estadual visa a assegurar aos portadores de microcefalia o fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento daquela patologia, indispensável que o laudo médico elaborado por médico especialista, conforme decisão do juízo a quo (fls. 37), seja prescrito por profissional vinculado ao SUS, sem o qual não há que se falar em obrigação do Estado em fornecer tais medicamentos. Diante do exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos da fundamentação.”

<sup>412</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 424, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 20 de abril de 2010, publicado em DJe-076 DIVULG 29/04/2010 PUBLIC 30/04/2010.

<sup>413</sup> Essa política encontra-se disposta na Portaria n. 3.916 de 30 de outubro de 1998, a qual estabelece as diretrizes para a instituição de relação de medicamentos essenciais (RENAME), a regulamentação sanitária de

gratuito de medicamentos à população<sup>415</sup>, posto que, no caso em comento, alguns dos medicamentos objetos da ação não integravam o rol de fármacos selecionados pela Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina. Inclusive, existia o fornecimento de medicamentos similares na rede de atenção básica de alguns municípios.

Nesse caso, a decisão da Corte Suprema especificou que o fato de não constar dos medicamentos listados pelas Portarias do SUS ou ainda de relações de medicamentos elaborados pelas Secretarias Estaduais ou Municipais não seriam, por si só, motivo para o não fornecimento, pois a Política de Assistência Farmacêutica busca disponibilizar a integralidade das políticas de saúde de todos os usuários do sistema.

No que concerne ao argumento de suposta violação à saúde pública em razão de determinação genérica para fixar critérios de obtenção de medicamentos, o STF, por meio de sua presidência, realizou uma análise acerca das decisões judiciais que se pautavam nesse parâmetro.

Segundo o Pretório Excelso, em decisões judiciais que envolvem o direito à saúde por meio de fornecimento de medicamentos, que impõem determinações genéricas, sem delimitar quais seriam os beneficiários da decisão, o tipo de tratamento, medicamento ou política a se adotar, em princípio, poderia ocasionar grave lesão à ordem e à economia pública.

Esse entendimento passou a ser adotado após a realização da Audiência Pública, onde se passou a destacar alguns parâmetros essenciais que norteiam a análise judicial de demandas de saúde, em especial, os casos que envolvem não somente determinações judiciais genéricas, mas também indeterminadas.

Nesse contexto, o primeiro parâmetro que pode ser destacado se relaciona ao fato de que a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

---

medicamentos, a reorientação da assistência farmacêutica, a promoção da pesquisa e da produção de medicamentos, entre outras.

<sup>414</sup> Encontrada na Resolução n.º 338/2004 do Conselho Nacional de Saúde.

<sup>415</sup> Esse fornecimento pode ser garantido mediante três programas básicos: medicamentos básicos, medicamentos estratégicos e medicamentos excepcionais. Este último, iniciado em 1982, é responsável por disponibilizar medicamentos (normalmente de custo elevado e uso prolongado) para tratamento de doenças específicas que atingem um número limitado de pacientes. Impende verificar a Portaria n. 152/GM-2006, que define como critérios para o fornecimento a existência de registro do medicamento e a indicação terapêutica requerida, bem como a definição de preço no órgão regulador. Além disso, cabe também analisar a Portaria n. 1.869/GM de 04 de setembro de 2008, que substitui a Portaria n. 2.577/GM de 27 de outubro de 2006, que estabelece os procedimentos e valores a serem abrangidos pela política de dispensação excepcional do SUS.

Outro ponto debatido se atine à obrigação do Estado de se restringir ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Um terceiro parâmetro trata da existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Além disso, outro aspecto se mostra concernente à obrigação da rede pública financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente, fato este que pode gerar grave lesão à ordem administrativa e pode levar ao comprometimento do SUS.

Outro padrão adotado pelo STF se refere à imprescindibilidade da instrução processual, com ampla produção de provas, bem como ser fundamental a análise detida e a consideração aprofundada das especificidades do caso concreto.

Diante dessa breve análise, a presidência da Suprema Corte brasileira, entendeu que o caso relacionado ao STA 424 trata de ocorrência de grave lesão à ordem pública, tendo em vista que a decisão impugnada determina o fornecimento de medicação a todos os pacientes portadores de microcefalia, exigindo tão somente a apresentação de relatório médico, não coadunando com as Portarias n. 152/GM-2006 e 1.869/GM<sup>416</sup>. Como também constatou que essa determinação genérica importaria em lesão à economia pública por desconsiderar a análise administrativa da melhor opção de tratamento<sup>417</sup>.

Além disso, o fato de existirem medicamentos similares dos que foram pleiteados em alguns municípios não faz com que o Estado os detenha em sua rede de atendimento, o que viria a dificultar o acesso pelos usuários do SUS, implicando, assim, em grave lesão à ordem pública o provimento judicial que dificulta ou até mesmo obstaculiza o adequado exercício dos serviços pelo Poder Público.

---

<sup>416</sup> Essas portarias já foram anteriormente mencionadas conforme referência número 82.

<sup>417</sup> Segue o trecho da decisão do STA n. 424 ao dispor sobre o fato de ser genérica e indeterminada: “Entretanto, não se pode permitir que as decisões judiciais determinem medidas muito amplas, com determinações genéricas que inviabilizem a própria ordem administrativa, obrigando o atendimento irrestrito e ininterrupto de política pública que o próprio Poder Executivo ainda não implantou. Ao compulsar os autos, destaco que a única paciente expressamente destacada como beneficiária da decisão impugnada veio a falecer, conforme se verifica das informações de fl. 52. Assim, no presente momento, constata-se que a decisão que se busca suspender é genérica e indeterminada quanto aos seus destinatários. Nesse sentido, vislumbro presente a hipótese de grave lesão à ordem e à economia públicas, valores protegidos pela Lei n.º 8.437/92, a ensejar o deferimento do pedido de suspensão quanto à determinação genérica contida na decisão impugnada, sem prejuízo de eventuais pacientes que, demonstrando individualmente a existência de patologia e a necessidade de um ou de outro medicamento mencionado nesta decisão, venham a exigir judicialmente a concretização do direito à saúde, conforme precedentes desta Corte, desde que de forma fundamentada e com adequada instrução processual”.



Diante disso, o pleito foi indeferido pelo argumento de que o Judiciário, ao tratar de temas relacionados ao fornecimento de medicamentos, deve adotar medidas que evitem a emissão de decisões genéricas e indeterminadas que ocasionem graves prejuízos à ordem e à economia pública.

#### 4.2.4.2. Região Nordeste

Em Estados componentes da Região Nordeste do Brasil também é possível destacar alguns julgados importantes que atestam o entendimento do STF<sup>418</sup> acerca de demandas judiciais atinentes ao direito à saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamentos<sup>419</sup>.

No caso do Estado da Bahia, impende apresentar o caso relativo à uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia ( n. 62.288-0/2009) em face do Município de Caetité e do Estado da Bahia. O objeto da ação foi o fornecimento do medicamento *Mabthera* 500mg (*Rituximabe*), necessário ao tratamento de “Lupus Eritematoso Sistêmico”, o qual é portador o paciente Agnaldo José dos Santos.

Diante disso, foi concedida a antecipação de tutela, determinando aos entes requeridos a obrigação solidária em se garantir o tratamento do referido paciente. Após ingressarem com os devidos recursos contra a decisão, o Estado da Bahia ingressou com o pedido de suspensão de tutela antecipada junto à Suprema Corte brasileira<sup>420</sup>, alegando grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública, bem como a possibilidade de ocorrência do efeito multiplicador da decisão.

Sustenta, ademais, que a determinação do fornecimento do referido medicamento de alto custo, sem a devida previsão orçamentária ou qualquer prévio procedimento administrativo, inviabiliza o adequado funcionamento do SUS, bem como reduziria a

---

<sup>418</sup> O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual abrange os Estados de Alagoas, Ceará, Pernambuco, Paraíba e Sergipe, também apresentou relevantes acórdãos que tratam do tema em apreço, senão vejamos: BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. Primeira Turma, Agravo de Instrumento n. 08005165420134050000, Relator(a): José Maria Lucena, julgamento em 27 de junho de 2013; Primeira Turma. Apelação Cível n. AC538089/RN, Relator(a): Francisco Cavalcanti, julgamento em 30 de agosto de 2012; Quarta Turma, Agravo de Instrumento - AG126353/CE, Relator(a): Ivan Lira de Carvalho (Convocado), julgamento em 20 de novembro de 2012; Primeira Turma, Agravo de Instrumento - AG116143/AL, Relator(a): Frederico Pinto de Azevedo (Convocado), julgamento em 06 de outubro de 2011.

<sup>419</sup> Impende destacar também que os Estados da Região Nordeste também apresentaram um significativo aumento de demandas judiciais atinentes às prestações de saúde, principalmente após a realização da referida Audiência Pública realizada no STF. Conforme informações prestadas no capítulo dois, Estados como Pernambuco e Ceará demonstraram expressivos gastos orçamentários para o cumprimento das referidas ordens judiciais.

<sup>420</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 434, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 16 de abril de 2010, publicado em DJe-072 DIVULG 23/04/2010 PUBLIC 26/04/2010.

capacidade financeira do Estado em fornecer outros benefícios considerados relevantes aos demais cidadãos.

Ao analisar o pleito em comento, a presidência do STF, mediante a análise da documentação anexada ao processo, que a decisão impugnada não causou riscos de grave lesão à ordem pública, tendo em vista que o medicamento solicitado apresenta o devido registro junto à Agência de Vigilância Sanitária, atestando sua segurança para o consumo.

Além disso, a documentação assegura que o paciente realmente é portador da doença informada conforme atestado médico, não apresentando condições financeiras de arcar com os custos do tratamento (R\$ 30.476,00 por ano). Inclusive, foi ressaltado no julgamento que a ausência do fornecimento do medicamento solicitado implicaria em grave e irreparável dano à saúde e à dignidade de vida do paciente.

Ademais, não houve comprovação do Estado no tocante à ineficácia do fármaco em apreço, bem como a questão do alto custo do medicamento não seria, por si só, motivo para o não fornecimento<sup>421</sup>.

No que concerne ao argumento do Estado da Bahia de suposta ocorrência à economia pública, inclusive violação ao art. 100 da Constituição brasileira, foi decidido pela presidência do referido Pretório Excelso que não houve comprovação devida por parte do referido ente federativo<sup>422</sup>.

Em relação ao fato do medicamento não constar na lista das Portarias do SUS, a Corte Suprema brasileira entendeu que isso não é motivo suficiente para o seu não fornecimento, tendo em vista que a Política de Assistência Farmacêutica buscar contemplar justamente a integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> Nesse mesmo sentido, acerca do tema, já havia sido julgados duas decisões com o mesmo relator (Ministro Gilmar Mendes) sobre a questão dos medicamentos de alto custo: STA 278, DJe de 28.10.2008; e SS 3748, DJe de 28.04.2009.

<sup>422</sup> Acerca do assunto, impende ressaltar o entendimento do STF, o qual prescreve que não violação ao art. 100 da CF/88: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 553712 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe 05.6.2009: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. (...) 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”.

<sup>423</sup> Impende ressaltar que, em 17 de março de 2010, o plenário do STF, por unanimidade, negou o provimento de nove agravos regimentais interpostos contra decisões da Presidência da referida Corte a fim de manter determinações judiciais que ordenavam o Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo SUS a pacientes portadores de doenças graves em situações semelhantes: STA-AgR 175 -

Em virtude dos argumentos, acima expostos, o pedido de suspensão em comento foi indeferido pelo STF no sentido de garantir o fornecimento do medicamento, o qual se apresentava devidamente registrado junto à ANVISA, bem como restou comprovada a doença do paciente e que tal fato não implicaria em prejuízos aos cofres públicos.

Outro caso avaliado pela Suprema Corte foi oriundo do Piauí, o qual tratou de um pedido de suspensão de segurança<sup>424</sup> formulado pelo Estado contra a decisão monocrática proferida no âmbito do tribunal de justiça respectivo (Mandado de Segurança n. 2009.0001.001569-9).

O mencionado Mandado de Segurança foi impetrado pelo Ministério Público do Piauí a fim de solicitar o fornecimento do medicamento “teriparatida” a alguns pacientes portadores de osteoporose severa contra ato omissivo do Secretário de Saúde do Estado respectivo.

Ao ingressar com a Suspensão de segurança em comento, o Estado do Piauí alegou suposta violação da ordem, da economia e da saúde pública, informando que o medicamento solicitado não constava na Portaria n. 2.577/06 do Ministério da Saúde. Além disso, sustentou que houve indevida interferência do Poder Judiciário no âmbito das atribuições do Executivo. Defendeu o uso da “reserva do possível” no tocante à execução das prestações de saúde a fim de averiguar a questão da disponibilidade de medicamentos e recursos financeiros.

O STF, por intermédio de sua presidência, ao analisar os argumentos apresentados pelo Estado, entendeu que a decisão liminar objeto do pedido de suspensão fundamentou-se na aplicação imediata do direito fundamental à saúde, bem como na legislação atinente ao SUS.

Além disso, trouxe uma importante contribuição oriunda da Audiência Pública acerca da judicialização da saúde no que concerne aos medicamentos que não possuem registro junto à ANVISA.

Em primeiro lugar, expos o entendimento acerca da vedação à Administração Pública de fornecer fármaco que não possua o referido registro<sup>425</sup>, inserindo, inclusive o dispositivo constante na Lei n. 6.360/76<sup>426</sup> a fim de ressaltar que nenhum medicamento deve ser

---

apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Mendes.

<sup>424</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3989, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 07 de abril de 2010, publicado em DJe-066 DIVULG 14/04/2010 PUBLIC 15/04/2010.

<sup>425</sup> O trecho da referida decisão assim expõe: “Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA”.

<sup>426</sup> Essa lei dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos.

industrializado, exposto à venda nem tampouco entregue para o consumo antes do registro junto à ANVISA. Esse critério deve também ser utilizado no tocante aos medicamentos importados, os quais necessitam também ter a comprovação de registro válido em seu país de origem<sup>427</sup>.

Nesse sentido, a presidência da Suprema Corte brasileira ressaltou o papel do registro do medicamento para a necessária obtenção do reconhecimento de segurança e eficácia para o uso a qual o medicamento se propõe<sup>428</sup>.

Deste modo, destaca a abordagem realizada pelo Procurador-Geral da República e do Diretor-Presidente da ANVISA, os quais enfatizaram na referida Audiência a função relevante do registro de medicamentos como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, bem como para a garantia da saúde pública.

No entanto, o Pretório Excelso destacou que, em circunstâncias excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela referida agência de vigilância sanitária<sup>429</sup>.

No caso em comento, ficou constatada a incoerência de risco de grave lesão à ordem pública, tendo em vista que existe medicamento registrado junto à ANVISA, atestando a segurança do consumo.

Além disso, restou comprovada a necessidade do uso pelos pacientes constantes no processo, os quais, inclusive, não apresentam condições financeiras de arcar com os custos do medicamento e precisam do produto com urgência. Ademais, também ficou comprovado que o Estado já havia fornecido o fármaco a outros pacientes, não sendo o fato de ser medicamento de alto custo que inviabilizaria o fornecimento. O julgador também ressaltou que o Estado do Piauí não comprovou grave lesão à economia pública.

Com relação ao argumento do Estado de que haveria violação à separação de Poderes, em razão da intervenção do Judiciário<sup>430</sup>, a Corte foi categórica ao esclarecer que não há

---

<sup>427</sup> Vide art. 18 da Lei n. 6.360/76.

<sup>428</sup> Esse entendimento se mostra condizente com o art. 16 da Lei n. 6.360/76.

<sup>429</sup> Nesse sentido, também convém destacar a Lei n. 9.782/99 (criação da ANVISA), que permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

<sup>430</sup> No tocante a esse tema, impende destacar o entendimento já sedimentado pelo STF, mediante a decisão proferida na ADPF-MC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004: “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

justificativa para a inércia do Poder Executivo em seu dever constitucional de garantir o direito à saúde e que tais determinações devem ser seriamente consideradas na formulação orçamentária.

Diante disso, mais um pedido de suspensão foi indeferido no sentido de sedimentar a questão do fornecimento de medicamentos aos pacientes que comprovem, efetivamente, a necessidade do uso e que sejam adequados aos preceitos formulados pela Audiência Pública da saúde.

No Estado de Sergipe, outra demanda judicial (Mandado de Segurança n. 2009108199) tratou do objeto fornecimento do medicamento. No caso, o paciente Josivaldo Tavares dos Santos ingressou contra ato omissivo ilegal do Secretário Estadual de Sergipe e do Secretário Municipal de Aracaju a fim de garantir o fornecimento do fármaco Interferon Peguilado Alfa-2<sup>a</sup>, necessário para o tratamento de hepatite crônica tipo C, com infecção viral pelo genótipo 1 e atividade inflamatória com dano histológico.

A liminar foi concedida e, posteriormente, foi objeto de recurso junto ao tribunal de justiça daquele Estado, a qual manteve a garantia do fornecimento. Diante disso, o Município de Aracaju ingressou com pedido de suspensão de liminar junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, alegando risco de grave lesão à ordem e economia pública sob a justificativa de que a obrigação de planejamento, de aquisição e de dispensação de medicamentos excepcionais é do Estado e não do Município. Tal ação foi remanejada ao STF em razão da matéria constitucional<sup>431</sup>.

Acerca da impugnação do Município acerca da competência do Estado para o fornecimento do referido fármaco, a Suprema Corte brasileira ressaltou seu entendimento sedimentado quanto à responsabilidade conjunta da União, dos Estados, DF e Municípios quanto às ações e serviços de saúde<sup>432</sup>.

---

ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

<sup>431</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3962, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 07 de abril de 2010, publicado em DJe-066 DIVULG 14/04/2010 PUBLIC 15/04/2010.

<sup>432</sup> Nesse sentido, cabe disponibilizar o trecho da ementa constante no acórdão do RE 195.192-3 da 2ª Turma do STF, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 22 de agosto de 2000: “SAÚDE –

No caso, a presidência do STF esclareceu que, no caso de Aracaju, não haveria risco de grave lesão à ordem, tendo em vista que a responsabilidade do Município para o fornecimento do tratamento pretendido segue as normas constitucionais que fixam a competência comum dos entes federativos, bem como a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira. Além disso, a alegação de lesão à economia pública não foi devidamente comprovada.

No tocante à documentação do paciente, o STF entendeu que a doença, bem como o medicamento se encontram condizentes para a autorização de fornecimento, tendo em vista as provas anexadas ao processo.

Sendo assim, esse caso foi mais um parâmetro de decisão que retrata o entendimento pacificado pelo Pretório Excelso quanto ao fornecimento de medicamento impugnado via demanda judicial.

No Estado do Ceará, também pode ser mencionada outra decisão judicial<sup>433</sup> cujo tema foi relacionado ao fornecimento de medicamentos. No caso, foi impetrado um mandado de segurança (n. 2009.0014.9351-0) em desfavor da Secretaria de Saúde do Estado e do Município a fim de fornecer, mensalmente, medicamentos a alguns pacientes.

Diante da concessão, o Município de Fortaleza ajuizou pedido de suspensão de segurança junto ao STF, alegando grave lesão à ordem e economia pública. Além disso, alegou que não lhe caberia o dever de garantir o fornecimento de medicamentos que demandem atenção mais especializada ou de alto custo.

Nesse contexto, a Corte Suprema brasileira reforçou o entendimento acerca da obrigatoriedade dos entes federativos em fornecer o fármaco mesmo não estando na lista da Portaria do SUS, tendo em vista que a Política de Assistência Farmacêutica busca a garantia da integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema. Além disso, o STF entendeu que não houve comprovação de grave lesão à ordem pública por parte do Município de Fortaleza. Deste modo, se manteve a concessão do medicamento.

---

AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Em sentido idêntico foi o acórdão do RE-AgR 255.627-1, inclusive no tocante à responsabilidade do Município independentemente de haver regulamentação para o custeio de distribuição (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000).

<sup>433</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3941, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 30 de março de 2010, publicado em DJe-057 DIVULG 29/03/2010 PUBLIC 30/03/2010.

O Estado de Alagoas também apresentou demandas judiciais que tratassem do fornecimento de medicamentos como na hipótese da Ação Ordinária n. 001.08.098270-1, a qual tratava do pedido de fornecimento de tratamento (englobando medicamentos e instrumentos) para a paciente Maria Assunção Leôncio, portadora da doença diabetes mellitus tipo 2 contra o Estado de Alagoas.

Ocorre que o caso chegou até o STF, por intermédio da Suspensão de Tutela Antecipada<sup>434</sup> ajuizada pelo referido Estado, o qual argumentou a ocorrência de grave lesão à ordem e saúde públicas, sustentando, ainda, que a paciente tinha condições de arcar com os custos, bem como que essa prestação de saúde não seria de sua incumbência e sim do Município.

Na decisão do referido pedido, a presidência da Corte Suprema brasileira, reforçou o seu entendimento acerca da responsabilidade solidária de todos os entes federativos quanto à prestação da saúde, não isentando, assim, o Estado de Alagoas, do dever de fornecer o tratamento solicitado.

Ademais, a documentação acostada aos autos foi suficiente para comprovar que a paciente não tinha condições de arcar com o tratamento em apreço. Por fim, indeferiu o pleito do Estado em virtude do mesmo também não comprovar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança e economia pública.

#### 4.2.4.3. Região Sudeste

Nessa região, é possível o relevante crescimento de demandas judiciais cujo objeto envolvia a questão da judicialização da saúde<sup>435</sup>, principalmente no que se atine às ações relacionadas ao fornecimento de medicamentos<sup>436</sup>.

No âmbito do STF, após a Audiência Pública acerca da judicialização do direito à saúde, foi debatido um caso oriundo do Estado de Minas Gerais, onde se discutia a questão da

---

<sup>434</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 348, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgamento em 27 de novembro de 2009, publicado em DJe-227 DIVULG 02/12/2009 PUBLIC 03/12/2009.

<sup>435</sup> Nesse contexto, convém esclarecer o levantamento realizado nessa região, o qual demonstrou um considerável número de demandas judiciais, onde os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo apresentaram em 2010 e 2011 grandes quantidades dessas ações, conforme foi abordado no capítulo dois.

<sup>436</sup> É importante destacar que a região sudeste do Brasil é composta pelos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo. Porém, ao abordar o âmbito judiciário federal, se verifica que os Tribunais Regionais Federais (TRFs) se dividiram de formas distintas para abrangem os mencionados Estados. O TRF da Terceira Região envolveu o Estado de São Paulo. Rio de Janeiro e Espírito Santo foram abrangidos, por sua vez, pelo TRF da Segunda Região. Por fim, Minas Gerais restou inserida no âmbito do TRF da Primeira Região.

responsabilidade do referido ente federativo quanto ao fornecimento de medicamentos<sup>437</sup>. Na oportunidade, a ministra relatora Cármen Lúcia esclareceu o entendimento já sedimentado quanto à responsabilidade solidária de todos os entes da Federação no que tange ao dever fundamental da prestação à saúde<sup>438</sup>.

Com relação aos outros Estados, as questões atinentes à matéria relativa ao fornecimento de medicamentos, após a audiência continuaram sendo debatidas no âmbito dos tribunais não chegando até a Suprema Corte.

No âmbito dos Tribunais de Justiça de São Paulo<sup>439</sup>, Rio de Janeiro<sup>440</sup> e Espírito Santo<sup>441</sup>, os julgadores seguiram a linha de entendimento adotada pelo Pretório Excelso quanto às questões atinentes à judicialização da saúde relativa à distribuição dos fármacos<sup>442</sup>.

---

<sup>437</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 586995 AgR / MG - MINAS GERAIS, Primeira Turma, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28 de junho de 2011, publicado em DJe-156 DIVULG 15/08/2011 PUBLIC 16/08/2011.

<sup>438</sup> Nesse raciocínio, inseriu em sua decisão outros julgados do STF no sentido de atestar essa responsabilidade solidária de todos os entes federativos: AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 02.12.2010.

<sup>439</sup> Junto ao TJSP, foram encontrados mais de 50.000 acórdãos que tratavam da efetividade do direito à saúde, envolvendo tanto a obrigação estatal, quanto aos planos de saúde, no que concerne ao fornecimento de medicamentos, equipamentos médicos, bem como internações. Ressalta-se, em 1997, o primeiro registro de ação relativa ao fornecimento de medicamentos cujo tratamento era direcionado à paciente portador do vírus HIV (AI 48.545-5/6-SP (058241-75.1997.8.26.0000), Relator Gilberto Ildelfonso Ferreira Co, Sexta Câmara de Direito Público, julgamento em 10 de novembro de 1997). Após a Audiência Pública é possível verificar o posicionamento desse tribunal no sentido de garantir o direito à saúde, em especial, quanto ao fornecimento de medicamento: “tratando-se de fornecimento de medicamento, sendo indispensável à qualidade de vida do autor, não pode a Administração Pública opor óbices como a não contemplação no protocolo clínico do remédio pretendido ou limitação orçamentária, porque cabe ao Estado fornecer o remédio apropriado para o tratamento da moléstia. Assim sendo, não pode a Administração Pública opor óbices como o não cumprimento dos procedimentos para o requerimento, porque se trata de direito constitucionalmente assegurado” (Apelação com revisão n. 0256366-66.2009.8.26.0000, Relatora Vera Angrisani, Segunda Câmara de Direito Público, data do julgamento 01 de dezembro de 2009).

<sup>440</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também apresentou em suas decisões os parâmetros traçados pelo STF no que tange às ações de fornecimento de medicamentos, senão vejamos: “com efeito, como já exposto na decisão agravada, a matéria já se encontra pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido da responsabilidade do Poder Público pela saúde dos municípios, ao fornecimento de medicamentos e tratamento de portadores de doença” (0047575-16.2011.8.19.0001 – APELACAO, Des. Andre Ribeiro, Sétima Câmara Cível, julgado em 26 de junho de 2013).

<sup>441</sup> Junto ao TJES, também é possível encontrar diversos acórdãos que tratam dessa temática envolvendo o direito à saúde. Em 2006, já se podia encontrar julgados cujas decisões mostravam-se tendentes a garantir o fornecimento de medicamentos aos pacientes que eram destituídos de recursos financeiros suficientes para arcar com os custos. Desse modo, já se determinava essa incumbência ao Poder Público, senão vejamos: “Desse modo, seguindo a diretriz constitucional, cumpre ao Poder Público adotar as medidas tendentes a viabilizar o direito à saúde, fornecendo às pessoas carentes de recursos os medicamentos indispensáveis ao tratamento de moléstias graves, sem restrição à listagem elaborada pelo Ministério da Saúde, sob pena de incorrer em gravíssima omissão” (Remessa Ex-Offício/Apelo Voluntário n. 11050005971, Relator Des. Subs. Izaías Eduardo da Silva, julgado em 05 de dezembro de 2006). Após a referida audiência, também se constatou que as decisões desse tribunal estavam condizentes com as diretrizes traçadas pelo STF (Mandado de Segurança n. 100100036332, Relator Des. Samuel Meira Brasil Junior, Segundo Grupo Câmaras Cíveis Reunidas, julgado em 09 de fevereiro de 2011).

<sup>442</sup> No âmbito federal, convém citar os seguintes acórdãos: BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Sexta Turma Especializada, Agravo de Instrumento n. 201302010015506-RJ, Relator(a): Nizete Lobato Carmo,



#### 4.2.4.4. Região Centro-Oeste

Os Estados componentes dessa região também trouxeram relevantes contribuições para a atuação do Poder Judiciário quanto às políticas públicas relativas à distribuição de fármacos<sup>443</sup>.

Apesar, de após a realização da Audiência Pública junto ao STF, tais casos não terem chegado a ser debatidos junto ao Pretório Excelso, os mesmos foram devidamente dirimidos junto aos respectivos tribunais. Junto aos Tribunais de Justiça de Brasília<sup>444</sup>, Goiás<sup>445</sup>, Mato Grosso<sup>446</sup> e Mato Grosso do Sul<sup>447</sup>, podem ser citados vários julgamentos, os quais demonstraram em suas decisões a sintonia com o entendimento pacificado na referida Suprema Corte.

#### 4.2.4.5. Região Norte

Por fim, no tocante aos Estados componentes da Região Norte (Acre<sup>448</sup>, Amapá<sup>449</sup>, Amazonas<sup>450</sup>, Pará<sup>451</sup>, Rondônia<sup>452</sup>, Roraima<sup>453</sup> e Tocantins<sup>454</sup>), é possível vislumbrar que,

julgamento em 24 de junho de 2013; Quinta Turma Especializada. Apelação n. 201050010133721-ES, Relator(a): Aluisio Goncalves De Castro Mendes, julgamento em 04 de dezembro de 2012;

<sup>443</sup> Em nível federal, essa região se encontra abrangida pelo Tribunal Regional da Primeira Região com exceção do Mato Grosso do Sul, o qual pertence ao Tribunal Regional da Terceira Região.

<sup>444</sup> Junto ao TJDF, foram encontrados mais 2.000 acórdãos que tratavam do tema, envolvendo não somente fornecimento de medicamentos, equipamentos e internações pelo Poder Público, como também junto aos planos de saúde. Ressalta-se, ainda, que, desde 1999, já vinha sendo debatida a temática acerca da obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos a quem necessitasse. No caso, foi solicitado fármaco para tratamento contra o vírus HIV. Após a referida audiência, também se pode constatar a congruência entre as decisões desse tribunal com a Suprema Corte Brasileira (Acórdão n.363503, 20060110655009APC, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Revisor: J.J. Costa Carvalho, Segunda Turma Cível, Data de Julgamento: 10/06/2009, Publicado no DJE: 06/07/2009. Pág.: 105; Acórdão n.472721, 20100020116831MSG, Relator: Flavio Rostirola, Conselho Especial, Data de Julgamento: 11/01/2011, Publicado no DJE: 25/01/2011. Pág.: 41; Acórdão n.650589, 20100110688943RMO, Relator: Teófilo Caetano, Primeira Turma Cível, Data de Julgamento: 30/01/2013, Publicado no DJE: 05/02/2013. Pág.: 312; Acórdão n.655162, 20120020222257AGI, Relator: Ana Maria Duarte Amarante Brito, Sexta Turma Cível, Data de Julgamento: 20/02/2013, Publicado no DJE: 26/02/2013. Pág.: 161).

<sup>445</sup> O Tribunal de Justiça de Goiás também apresentou diversos julgados que se mostraram condizentes com o entendimento traçado junto ao STF. Dentre eles, pode ser destacado o seguinte: 437468-87.2012.8.09.0000 - Mandado De Segurança, Relator Des. Leobino Valente Chaves, Segunda Câmara Cível, julgamento em 02 de julho de 2013, DJ 1345 de 17/07/2013.

<sup>446</sup> O Tribunal de Justiça do Mato Grosso já vinha decidindo casos que tratavam do tema relativo ao fornecimento de medicamentos antes mesmo da referida audiência, apresentando julgamentos que garantiam esse direito aos que dele necessitassem (AI, 7030/2005, Des. Leônidas Duarte Monteiro, Quinta Câmara Cível, Data do Julgamento 24/05/2005, Data da publicação no DJE 02/06/2005).

<sup>447</sup> Nesse sentido, cabe mencionar o trecho de um acórdão junto ao TJMS: “Ora, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, União e Municípios. Logo, ante a especificidade do caso, mostra-se admissível que os entes federados sejam compelidos a fornecer ao paciente os medicamentos de que ele necessita, diante do risco de dano irreparável, não havendo motivo para arguir a obrigação de um ente político ou de outro. (0002366-68.2011.8.12.0017 Apelação, Relator(a): Des. Josué de Oliveira, Quarta Câmara Cível, julgamento em 26 de março de 2013).

<sup>448</sup> Acerca do tema, foi possível constatar que, em 2002, já se registrou julgamento no sentido de obrigar o Poder Público a fornecer medicamento à paciente portadora de câncer de mama, a qual contou com o entendimento esposado pelo STF (RE 267.612-RS) senão vejamos: “Ademais, as pessoas jurídicas de direito público interno,

após a realização da referida Audiência Pública, os mesmos também utilizaram os mesmos parâmetros de julgamento com relação ao tema atinente à judicialização da saúde, demonstrando, assim, o quanto os respectivos tribunais estão em concordância com os preceitos traçados pela Suprema Corte Brasileira<sup>455</sup>.

Diante do que foi exposto, se pode constatar o relevante papel desempenhado pelo Poder Judiciário para dirimir os principais impasses ocorrentes quanto à efetivação do direito fundamental à saúde, principalmente no que concerne ao fornecimento de medicamentos.

Além disso, convém destacar a importância da realização da Audiência Pública junto ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de esclarecer os grandes dilemas relacionados às decisões dos julgadores, posto que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas das prestações da saúde sempre apresentou controvérsias junto à doutrina e jurisprudência.

têm por obrigação, satisfazer as necessidades básicas da população, no caso, de assegurar a proteção à saúde, necessidade básica da Impetrante em seu direito à vida, e à saúde, que entendo violado, já que não dispõe de condição financeira para aquisição de medicamento essencial”. (Mandado De Segurança nº 2000.001063-4, Relator originário: Desembargador Eliezer Scherrer, Relatora designada: Desembargadora Eva Evangelista, Tribunal Pleno, julgamento em 14 de fevereiro de 2002).

<sup>449</sup> Tribunal de Justiça do Amapá também já dispôs em suas decisões o entendimento sedimentado pelo STF conforme ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE DO SUS. HIPOSSUFICIÊNCIA. MEDICAMENTOS. PROMOÇÃO. DEVER DO ESTADO. 1) Consoante já assentado pelo STF, O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde [AI 506302 AgR/RS]; 2) Fere direito constitucional líquido e certo de desafortunado paciente do SUS, a latente omissão dos órgãos do Estado do Amapá responsáveis pelo fornecimento de medicamentos para a rede pública de saúde, sob responsabilidade da autoridade impetrada, isso que passível de correção pela via do mandado de segurança; 3) Segurança concedida. 0000780-28.2013.8.03.0000 – Mandado de Segurança (Acórdão n. 42209), Relator Des. Raimundo Vales, Tribunal Pleno, julgamento em 10 de Julho de 2013.

<sup>450</sup> Pode-se destacar junto ao TJAM os seguintes julgamentos: AI n. 2011.007117-5, Relator: Desembargador Aristóteles Lima Thury, Terceira Câmara Cível, julgamento em 17 de setembro de 2012; Agravo Interno Em Agravo De Instrumento nº 2010.006153-5/0001.00, Relator: Desembargador Cláudio Roessing, Terceira Câmara Cível, julgamento em 13 de junho de 2011 (“Outrossim, ponderou-se que a judicialização do direito à saúde foi recentemente discutida no Plenário da Suprema Corte, em que se chegou à conclusão de que determinar o cumprimento de política pública existente não implica o desrespeito ao princípio da separação de poderes”).

<sup>451</sup> Acórdão n. 55616 do Tribunal de Justiça do Pará: AI n. 200430037718, Relator: Eliana Rita Daher Abufaiad, julgamento publicado em 28 de fevereiro de 2005.

<sup>452</sup> Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 0008269-17.2011.8.22.0014, Relator: Des. Renato Martins Mimessi, julgamento em 14 de maio de 2013.

<sup>453</sup> Por intermédio do resumo estruturado, é possível vislumbrar o entendimento do TJRR no tocante à garantia do fornecimento de medicamento: MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO - REJEIÇÃO - MÉRITO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DE HEPATITE CRÔNICA DO TIPO "C" COM INFECÇÃO VIRAL (RNA POSITIVO), NEUTROPENIA SEVERA E FIBROSE AVANÇADA À BIÓPSIA HEPÁTICA - OMISSÃO DO ESTADO - DIREITO À SAÚDE GARANTIDO AO CIDADÃO - EXEGESE DOS ARTIGOS 6º E 196 DA CF/88 - SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJRR – MS - 0000.13.000213-2, Juiz(a) Conv. Erick Linhares, Tribunal Pleno, julg.: 17/07/2013, DJe 20/07/2013, p. 04 ).

<sup>454</sup> Junto ao TJTO foi encontrado um acórdão que tratava do tema: Duplo Grau De Jurisdição nº 2774/08, Relator Des. Amado Cilton Rosa, julgado em 10 de junho de 2009.

<sup>455</sup> Convém ressaltar que o Tribunal Regional da Primeira Região tem a competência para o julgamento de ações em nível federal que abrangem os Estados da Região Norte.

Nesse sentido, após serem ouvidos representantes da área da saúde, da sociedade, bem como os juristas, foi possível traçar parâmetros que evitassem decisões divergentes acerca do mesmo assunto junto aos tribunais superiores e de justiça de todo país.

Mediante a análise feita por alguns julgados relevantes pode-se verificar o quanto a justiça brasileira vem caminhando de forma sincronizada e demonstra, a cada dia, melhorias em suas decisões de forma a não intervir nos demais poderes, nem muito menos deixando de garantir o direito constitucional à saúde.

Deste modo, antes de finalizar o raciocínio traçado pelo Judiciário brasileiro, também impende destacar o relevante papel do Conselho Nacional de Justiça no intuito de contribuir que essas decisões cujo objeto é a judicialização do direito à saúde sejam feitas de forma mais justa possível, alinhando-se ao entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **4.3. O relevante papel do Conselho Nacional de Justiça para as decisões relativas ao fornecimento de medicamentos**

Diante desses problemas atinentes aos serviços públicos de saúde, convém ressaltar o papel efetuado pelo Poder Judiciário com fulcro em buscar instrumentos que auxiliem na busca por melhorias com o objetivo de garantir a efetividade desse direito.

Nesse contexto, foi analisado anteriormente as mudanças e ajustes nas decisões judiciais a fim de diminuir maiores divergências quanto aos parâmetros de julgamento. Em razão disso, conforme foi explicitado, se realizou a Audiência Pública a qual contribuiu, significativamente, para que o Judiciário atuasse em prol do resguardo do direito fundamental à saúde sem interferir na esfera de política pública dos demais poderes.

Essas medidas foram extremamente relevantes e auxiliaram bastante no trabalho do Judiciário. No entanto, apesar dessas melhorias, o número de demandas judiciais ainda se mostrou bastante elevado, necessitando, assim, da adoção de medidas complementares que buscassem auxiliar na resolução da efetivação desse direito de forma mais célere e com menos desgastes.

Nesse sentido, assumiu destaque o papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que se mostrou como grande co-autor na garantia da efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente no tocante ao fornecimento de medicamento.

Antes de abordar essas contribuições, convém traçar breves considerações acerca do surgimento desse órgão a fim de compreender sua função perante o Poder Judiciário.

#### 4.3.1. Considerações preliminares acerca do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça foi criado por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>456</sup> com a atribuição de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

O CNJ é composto de quinze membros, com mais de 35 anos e menos de 66 anos de idade, apresentando mandato de dois anos, sendo admitida uma recondução<sup>457</sup>. O referido órgão será presidido pelo presidente do STF e, nas ausências e nos impedimentos respectivos, a presidência será feita pelo Vice-presidente do Pretório Excelso<sup>458</sup>. A nomeação<sup>459</sup> dos demais membros é feita pelo Presidente da República após a aprovação da escolha mediante maioria absoluta do Senado Federal.

Além disso, convém destacar que, inserida nessa composição, existe a figura do Corregedor<sup>460</sup>, o qual é representado por um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, sendo-lhe excluída a distribuição de processos junto ao Tribunal. O mesmo terá as seguintes atribuições: receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

---

<sup>456</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (...) I-A o Conselho Nacional de Justiça.

<sup>457</sup> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

<sup>458</sup> Art. 103-B (...) § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009).

<sup>459</sup> Art. 103-B (...) § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009).

<sup>460</sup> Art. 103-B (...) § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Impende ressaltar, ainda, que o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB officiarão junto ao CNJ, bem como serão criadas ouvidorias de justiça pela União, incluindo no Distrito Federal e Territórios cuja competência será de receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário ou seus serviços auxiliares<sup>461</sup>.

Esse órgão tem como principal competência o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, bem como cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. No entanto, impende destacar outras importantes atribuições conferidas pelo Estatuto da Magistratura<sup>462</sup>. Uma delas refere-se ao dever de zelar pela autonomia do Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, inclusive, expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Outra importante competência se encontra na elaboração semestral de relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário. Além disso, a elaboração de relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho.

Diante disso, é possível constatar que esse perfil traçado pelo CNJ contribuiu, significativamente, para o novo perfil do Judiciário, o qual se apresentou mais ativo, com juízes mais atuantes e dispostos a efetivar o acesso à justiça de forma célere e justa.

#### *4.3.2. O CNJ e a judicialização do direito à saúde*

Essa relevante função desempenhada pelo Conselho Nacional de Justiça também auxiliou o Judiciário no que concerne à judicialização da saúde, traçando atividades em prol da garantia da efetivação desse direito.

Desta forma, a partir dos resultados da Audiência Pública n. 4, realizada pelo STF entre abril e maio 2009, em que foram ouvidos mais de cinquenta especialistas na matéria, o CNJ, no seu papel de propulsor de políticas institucionais do Judiciário, instituiu um grupo de trabalho mediante a Portaria n. 650 de 20 de novembro de 2009.

O intuito de se criar esse grupo também foi decorrente da necessidade de se aprofundar os estudos com vistas à prevenção dos litígios e a adequada gestão dos processos em tramitação que tinham como objeto o tema relacionado às prestações de saúde.

---

<sup>461</sup> Essas informações foram extraídas do art. 103-B, §§6º e 7º.

<sup>462</sup> As competências do CNJ encontram-se inseridas no art. 103-B, §4º da CF/88.

O referido grupo de trabalho era coordenado pela Comissão Permanente de Relacionamento Institucional e Comunicação, presidida pelo Conselheiro Milton Nobre. Sua composição foi feita da seguinte forma: um juiz da vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia; um magistrado da vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro; juiz da vara da Fazenda Pública de Pernambuco; um juiz federal de Pernambuco; uma desembargadora do Tribunal Regional da 4ª Região; e uma especialista em direito sanitário<sup>463</sup>. Impende destacar que esse grupo poderia também contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação em área correlata.

A realização desse trabalho culminou na aprovação da Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010, onde o Plenário do CNJ traçou diretrizes aos magistrados, visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito no intuito de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde<sup>464</sup>.

Nesse sentido, foram realizadas algumas recomendações aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais. A primeira delas era de que, até dezembro de 2010, fossem celebrados convênios cujo objetivo era disponibilizar apoio técnico (médicos e farmacêuticos) a fim de auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas nas demandas judiciais, observando as peculiaridades de cada região.

Foram recomendadas as seguintes orientações, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados com o objetivo de: instruir as ações com relatórios médicos, descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; evitar autorização de fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; ouvir os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; verificar junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; e determinar, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Além disso, a recomendação instruiu a inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos

---

<sup>463</sup> Essa composição encontra-se no art. 2º da Portaria n. 650 de 20 de novembro de 2009.

<sup>464</sup> A recomendação n. 31 do CNJ foi publicada no DJ n. 61/2010, em 07 de abril de 2010, p.4-6.

concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, o CNJ sugeriu a promoção, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON.

No tocante às principais escolas de formação de magistrados, foi recomendada a inclusão da disciplina de direito sanitário nos programas dos respectivos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de juízes, bem como estimulou a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde a fim de contribuir para o maior entrosamento na matéria.

Diante dessas recomendações, foi promulgada a Resolução n. 107 de 06 de abril de 2010, a qual instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos<sup>465</sup>.

Nesse sentido, foram traçadas competências para o referido fórum no intuito de: monitorar as ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde (incluindo o fornecimento de medicamentos) e as demandas judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; propor medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas, bem como aquelas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; estudar e propor outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional<sup>466</sup>.

A referida resolução instituiu, ainda, a criação de comitês executivos<sup>467</sup>, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de

---

<sup>465</sup> Sobre o tema, acessar o site: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente>.

<sup>466</sup> As competências podem ser vislumbradas junto ao art.2º da Resolução n. 107 de 06 de abril de 2010.

<sup>467</sup> Impende ressaltar que somente em 2013 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária aderiu ao comitê executivo, contribuindo assim para os estudos e soluções no tocante às demandas de saúde (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25274-anvisa-passa-a-integrar-comite-executivo-nacional-do-forum-da-saude>). Acesso em 31 jul. 2013.

Justiça, com a atribuição de coordenar e executar as ações relacionadas com as competências traçadas no fórum em comento.

Impende destacar também que o Fórum Nacional será integrado por juízes que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, os quais contarão também com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa<sup>468</sup>.

Pode ser ressaltada a contribuição do Conselho Nacional de Justiça junto ao Fórum no intuito de firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, voltados à busca de solução dos conflitos.

Diante dessas iniciativas prévias, nos dias 18 e 19 de novembro de 2010 foi realizado I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde cujo lema era: “A Justiça faz bem à Saúde”. No referido evento, pode ser destacada a palestra ministrada pelo procurador do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Amaral cujo tema era “Escolhas públicas e protocolos clínicos – O orçamento, as renúncias necessárias e novos projetos de lei”<sup>469</sup>.

Impende enfatizar, ainda, que, em 12 de junho de 2011, foi implementada outra Recomendação (n. 36/2011) com o objetivo de se adotar mais medidas no sentido de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência de saúde suplementar.

Posteriormente, o CNJ realizou balanço para subsidiar as discussões atinentes às prestações de saúde. Na oportunidade, constatou-se que, somente em 2011, tramitaram no Judiciário brasileiro cerca de 240.980 processos judiciais na área da saúde. A maior parte

---

<sup>468</sup> No caso do Ceará, mediante a Portaria n. 49 de 06 de junho de 2011, foi instituído o Comitê Executivo para representar o Fórum Nacional da Saúde do CNJ no Ceará. O referido comitê ficou incumbido de realizar estudos e eventos no sentido de contribuir para a solução das demandas judiciais da saúde naquele Estado. Na oportunidade de criação do Comitê Estadual do Ceará, eu, na qualidade de estudante pesquisadora na área, pude fazer parte integrante do grupo a fim de contribuir com os trabalhos relacionados aos principais dilemas enfrentados no âmbito do Estado do Ceará.

<sup>469</sup> Na declaração do Primeiro Encontro do Fórum Nacional, foi possível constatar o expresso esforço conjunto da sociedade e do Estado na busca de compromissos que possam solucionar os problemas relacionados à efetividade do direito na referida área. Ressaltou-se a impossibilidade de se desvencilhar as nuances técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas relacionadas ao tema, bem como reforçou a magistral importância do Judiciário no sentido de resgatar a cidadania e o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, verificar a íntegra no site: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/declaracao\\_do\\_i\\_encontro\\_do\\_forum.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/declaracao_do_i_encontro_do_forum.pdf)> Acesso em 31 jul. 2013.



dessas demandas relacionava-se a pedidos de acesso a medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Público de Saúde, bem como a vagas em hospitais públicos<sup>470</sup>.

Nesse contexto, nos dias 06 e 07 de dezembro de 2011, foi realizada a Reunião do II Fórum do Judiciário para a Saúde em Brasília – DF<sup>471</sup>. Nesse encontro, foi possível extrair importantes conclusões por intermédio dos respectivos grupos.

Dentre elas, convém destacar as sugestões dos núcleos técnicos no sentido de agregar o Conselho Federal de Medicina para o Fórum, fortalecer a capacitação dos juízes no conhecimento do sistema de saúde, bem como o papel da mediação da Defensoria Pública e do Ministério Público junto às Secretarias de Saúde.

No tocante ao acompanhamento da ação e do tratamento, se ressaltou a necessidade de se fomentar a presença de núcleos técnicos em todos os Estados com vistas a evitar e diminuir a judicialização, demonstrando ser indispensável a atuação conjunta dos operadores da saúde e do direito a fim de se buscar um envolvimento responsável, preventivo e regressivo, trazendo o máximo de eficácia em cada atuação e processo.

Além disso, foi vislumbrada a omissão do Ministério da Saúde em todos os níveis, deixando aos Estados-membros a responsabilidade e gestão no tocante às ações de fornecimento de medicamentos. Diante disso, foi proposta na referida reunião, o diálogo equilibrado entre os entes, no intuito de se otimizar as questões atinentes ao assunto.

No que concerne ao fornecimento de medicamentos, foi proposta a criação de mecanismos de controle no intuito de evitar fornecimento em duplicidade, bem como o controle e acompanhamento, nas demandas judiciais, do tratamento como meio eficaz de evitar desperdícios e desvios no sistema.

Também convém mencionar que, a fim de subsidiar maiores contribuições para a diminuição desse significativo quantitativo de demandas judiciais, em junho de 2012, a Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania<sup>472</sup> iniciou a reestruturação do Fórum da Saúde, mediante a criação de nova composição de seus respectivos membros<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area>

<sup>471</sup> A Ata da Reunião encontra-se disponível no site: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes\\_do\\_II\\_encontro\\_de\\_saude.](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/recomendacoes_do_II_encontro_de_saude.)> Acesso em 31 jul. 2013.

<sup>472</sup> Essa comissão recebeu a coordenação dos trabalhos mediante a Resolução n. 142 de 28 de outubro de 2011.

<sup>473</sup> A composição foi realizada mediante a Portaria n. 69 de 22 de maio de 2012, publicada no DJ-e n. 87/2012, em 23 de maio de 2012, p. 03. Porém, impende ressaltar que essa portaria foi revogada pela Portaria n. 70/2013.

Em 2013, foram realizadas novas mudanças com o objetivo de trazer melhorias na ação do Judiciário no tocante às prestações de saúde. Uma delas foi o Seminário sobre Direito à Saúde: desafios para a universalidade, cuja realização ocorreu nos dias 03 e 04 de junho em Brasília-DF<sup>474</sup>. O evento teve como objetivo promover mais um debate acerca dos principais dilemas judiciais enfrentados na área da saúde, no intuito de buscar as devidas soluções.

Ao tratar do tema em debate, o Ministro Joaquim Barbosa, presidente do Conselho Nacional de Justiça, ressaltou que a intervenção do Judiciário vem se mostrando cada vez mais necessária para resguardar o direito à saúde: “É preciso avançar na concretização do direito à saúde. É isso que a sociedade espera. É isso que a Constituição brasileira determina. O Estado brasileiro precisa responder às expectativas dos cidadãos quanto à efetivação desse direito fundamental”<sup>475</sup>.

Nesse contexto, foi imperioso destacar a palestra “O papel dos médicos na judicialização da saúde”, ministrada por Maria Inez Pordeus Gadelha, Diretora do Departamento de Atenção Especializada da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde<sup>476</sup>. Nesse âmbito, se demonstrou a importância na avaliação dos protocolos e o uso demasiado das “urgências”, os quais segundo a palestrante não são devidamente caracterizadas nos processos judiciais.

Impende ressaltar ainda que esse foco dado pelo Judiciário, em especial o CNJ, para as demandas de saúde, contribuiu para que o diálogo acerca do tema não permanecesse restrito tão somente aos dilemas no contexto pátrio<sup>477</sup>.

Tal fato pode ser constatado com a realização do Terceiro Encontro Latino-Americano sobre Direito à Saúde e Sistemas de Saúde, do qual participaram representantes dos Poderes Executivo e Judiciário, de universidades, da sociedade civil e da área médica do Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Peru e Uruguai. O referido evento, inclusive, ocorreu paralelamente com a realização do referido seminário.

---

<sup>474</sup>As informações desse seminário encontram-se no site: < <http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/seminario-sobre-direito-a-saude>>. Acesso em 31 jul.2013.

<sup>475</sup> Esse trecho da citação do Ministro Joaquim Barbosa pode ser visto no site: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24922-presidente-destaca-crescente-papel-do-judiciario-na-defesa-do-direito-a-saude>>. Acesso em 31 jul. 2013.

<sup>476</sup> Os principais pontos debatidos na palestra encontram-se disponíveis em: < [http://www.cnj.jus.br/images/o\\_papel\\_dos\\_medicos\\_na\\_judicializacao\\_da\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/o_papel_dos_medicos_na_judicializacao_da_saude.pdf)>. Acesso em 31 jul.2013.

<sup>477</sup> Convém destacar outro grande importante resultado decorrente dessa atuação do Judiciário no tocante às demandas de saúde. A realização desses fóruns promovida pelo CNJ ocasionou a aprovação da Resolução Normativa n. 319 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que exige que os planos de saúde informem por escrito – por *e-mail* ou correspondência – e em 48 horas qualquer negativa de atendimento ao usuário. O documento é uma prova necessária à demonstração do direito lesado, importante para as liminares em casos de emergência, segundo avaliação da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, do CNJ.

Acerca do assunto, cabe mencionar o esclarecimento apresentado por Roberto Caldas, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, ao tratar da judicialização dos direitos sociais, reforça que os próximos anos serão "propícios a um maior entendimento de que os direitos sociais são núcleos de direitos humanos".

Diante do que foi exposto é possível concluir que o tema acerca do papel do Judiciário nas políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, em especial, o fornecimento de medicamentos, vem a cada dia alcançando destaque em todos os cenários da sociedade mundial.

Vislumbrou-se que o tema não se atine somente à preocupação dos operadores do direito, mas também se mostra como fato relevante para os profissionais da área da saúde e do Poder Pública que, diariamente, enfrentam dilemas diversos os quais necessitam de respostas rápidas, tendo em vista que se trata de um problema que pode ocasionar a morte de alguém. E, como foi visto, o direito à vida, é algo inalienável não cabendo juízo de valor para defendê-lo.

Deste modo, por intermédio de tudo o que foi exposto anteriormente, é possível constatar que a questão da judicialização da saúde deve ser tratada mediante intenso e recorrente debate entre todos os envolvidos (juristas, profissionais de saúde, Poder Público e sociedade), no sentido de garantir decisões justas e condizentes com o que determina a Constituição Federal e os documentos internacionais que tratam do assunto.

Somente dessa forma, se encontrará respostas e resultados positivos com fulcro em se efetivar o direito fundamental à saúde com dignidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema atinente às falhas do serviço público na área da saúde tornou-se um dos mais discutidos no âmbito da sociedade brasileira contemporânea, onde a questão da falta quanto ao fornecimento de medicamentos se apresentou como uma das principais causas para essa crise social.

Diante dessa grave situação enfrentada diariamente pela população do Brasil, o presente estudo resolveu abordar a temática em apreço a fim de compreender o motivo pelo qual tantas afrontas vêm acontecendo junto à relação entre Poder Público e sociedade na manutenção da saúde.

Isso porque, na qualidade de cidadão, me senti no dever de contribuir para que esse problema fosse solucionado ou, no mínimo, reduzido, tendo em vista que não me conformei em ver o quanto é preciso haver um maior comprometimento de todos (sociedade e poderes estatais) na garantia da vida, nosso bem supremo.

Nesse contexto, este trabalho buscou enfocar o estudo acerca do direito fundamental à saúde, analisando questões de modo a apresentar o papel dos direitos sociais no âmbito do neoconstitucionalismo. Ademais, foi abordada a problemática acerca da efetivação desses direitos, em especial a saúde, sendo destacadas as falhas quanto à distribuição de fármacos no Brasil.

Diante desse grave dilema, se ressaltou o papel relevante desempenhado pelo Poder Judiciário que, na qualidade de guardião precípua da Constituição, se tornou instrumento necessário à concretização de políticas públicas estatais relacionadas à efetivação do referido direito no que se atine ao fornecimento de medicamentos.

Nesse sentido, a atividade jurisdicional apresentou uma importante função junto à fiscalização dos atos do Poder Executivo na realização dessas políticas públicas, principalmente em virtude de sua salutar missão em resguardar a saúde, ao garantir o seu mínimo existencial capaz de propiciar condições básicas de vida ao indivíduo.

Apesar de ser possível constatar que a saúde é um dever de todos, expressamente garantido pela Lei Maior brasileira, a qual determina que sejam adotadas medidas políticas em prol de sua plena efetivação, se verificou que esse direito implica em relevantes custos

orçamentários. Com base nisso, o Poder Público justifica as falhas concernentes à sua efetivação, argumentando que há uma notória escassez.

No entanto, foi visto que essa justificativa não pode servir de fundamento para a não consecução da referida garantia constitucional, tendo em vista que há uma expressa exigência determinada na Lei Maior que, pautada na dignidade humana, realiza a proteção a fim de assegurar o mínimo existencial para a manutenção da saúde.

Vislumbrou-se, ainda, que, diante dessas questões debatidas entre Judiciário e Executivo no tocante às políticas públicas voltadas ao fornecimento de medicamentos, houve um expressivo crescimento de demandas judiciais relacionadas a esse tema, fato que ocasionou significativos impactos orçamentários.

Além disso, foi constatado que essas demandas implicavam em casos difíceis que exigiam do Judiciário uma maior atenção a fim de aplicar o direito de uma forma justa e equilibrada, principalmente em prol da garantia da chamada justiça fiscal. Em razão dessas circunstâncias, o referido poder resolveu convocar uma Audiência Pública, a fim de chamar toda a sociedade para debater esse tema tão complexo.

Diante disso, foram extraídas boas conclusões, as quais contribuíram de forma significativa para que as decisões judiciais fossem mais congruentes com as realidades sociais e que, na verdade, o Judiciário não estava retirando do Executivo o papel de executar políticas públicas, mas sim de exigir que as ações já determinadas pelo Poder Público fossem devidamente cumpridas.

No entanto, mesmo com as diretrizes traçadas na referida audiência, as quais foram seguidas pelos demais tribunais brasileiros, não se pôde deixar de constatar o crescente número de demandas judiciais em todo País. Tal fato se tornou preocupante, pois, os impactos orçamentários se mostraram cada vez maiores, dificultando, assim, a implementação dessas políticas.

Essa constatação foi ventilada pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual mostrou seu relevante papel no auxílio dessa intervenção judicial junto às políticas públicas voltadas ao fornecimento de medicamentos.

Na oportunidade, foram realizados estudos, pesquisas e encontros de diversos profissionais não somente da área jurídica, mas também dos setores políticos e de saúde, demonstrando a importante necessidade do diálogo conjunto para se buscar soluções para esse grandioso problema.

Deste modo, o estudo constatou que o problema da efetivação desses direitos sociais não se encontra na carência de recursos e sim na falta de diálogo entre os entes federativos no sentido do repasse desses recursos, bem como na aplicação de medidas judiciais.

É preciso, mais do que nunca, haver uma harmonia entre os poderes estatais para unidos buscarem compreender as questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos.

O Executivo precisa priorizar a saúde em seu planejamento orçamentário, bem como deve garantir que suas políticas públicas sejam devidamente cumpridas e executadas por todos os gestores, não havendo, nesse sentido, juízos de discricionariedade para o atendimento desse precioso direito. Além disso, diante do dinamismo da saúde, em que diariamente surgem novos tratamentos, é preciso que o Poder Público atualize sua lista de medicamentos de forma a abranger o máximo de pessoas.

Da mesma forma, o Judiciário, na qualidade de guardião das leis e da Constituição, precisa ponderar suas decisões de forma justa, buscando ouvir todos os setores envolvidos na questão, afinal a saúde trata de um tema interdisciplinar, a qual exige uma análise não somente jurídica, mas técnica, social e política.

Deste modo, se faz urgente a necessidade de implantação junto aos tribunais de câmaras multidisciplinares (composta de juristas, representantes do Poder Público, pacientes e profissionais de saúde) que realizem análises e estudos periódicos acerca dos principais problemas relacionados à questão do fornecimento de medicamentos.

Ao legislativo, compete ainda o relevante compromisso em editar leis que respeitem os preceitos constitucionais expressamente garantidos para a efetivação do direito à saúde. E, no tocante ao fornecimento de medicamentos, se faz necessário criarem mais diplomas legislativos em prol da execução de políticas voltadas a essa distribuição de fármacos.

E, aos cidadãos, é preciso uma maior conscientização do seu dever constitucional em garantir a saúde, de modo a se buscar melhor compreender quais são as políticas adotadas em relação à distribuição de medicamentos.

Muitos os que ingressam com ações sequer sabem que já existem medicamentos similares ou genéricos disponibilizados pela Administração Pública, os quais apresentam a mesma eficácia para o tratamento pleiteado. Porém, por critérios pessoais, preferem exigir que o Estado forneça os medicamentos referências, os quais são muito mais dispendiosos,

contribuindo para que se dificulte o acesso a todos, tendo em vista que esse direito implica em grandes custos.

Os profissionais de saúde, por sua vez, devem pautar suas justificativas técnicas de forma comprometida com esse ideal, deixando de adotarem medidas que não estejam condizentes com a realidade sanitária de modo a receitar o medicamento mais adequado ao paciente de forma menos dispendiosa.

Deste modo, o presente trabalho conclui que se não houver esse diálogo entre as instituições públicas e a sociedade, onde todos devem se comprometer com a garantia do direito fundamental à saúde, as falhas no sistema, principalmente no tocante ao fornecimento de medicamentos, se perpetuarão. Sendo assim, é preciso que todos assumam sua responsabilidade em respeitar o que determina a Constituição.

Nesse sentido, não cabe dizer que o Judiciário não deve mais intervir nas políticas públicas. Pelo contrário, deve continuar realizando sua eminente missão, porém junto com toda a sociedade e com as demais instituições públicas para assim concretizar a realização almejada pelo constituinte brasileiro.

É uma tarefa árdua, porém não é impossível desde que haja um esforço conjunto de todos em prol do bem mais precioso: a vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALLARD, Julie; GARAPON, Antonie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- ALVES JR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.
- ANDRADE, L.O.M. Do nascimento da saúde pública ao movimento pré-SUS. In: *SUS passo a passo: normas, gestão e financiamento*. São Paulo: Hucitec; Sobral; Edições UVA, 2001.
- \_\_\_\_\_. A regulamentação do SUS. In: *SUS passo a passo: normas, gestão e financiamento*. São Paulo: Hucitec; Sobral; Edições UVA, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- ANOLINA, Ítalo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*, Livro I, questão 93, artigo 6.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos fundamentales sociales*. Bogotá: Legis, 2005.
- ARISTÓTELES. *A Política*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. *O direito Tributário da Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1959.



\_\_\_\_\_. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 5 ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BÉNOIT, Francis Paul. *Les conditions d'existence des libertes*. Paris: La Documentation Française, 1985.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2 ed. New Haven. Yale: University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12 ed. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreira Pinto Cacaís e Renzo Dini. Coord. Da tradução de João Ferreira. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, jan-mar, 1997.

- BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty*. Chicago: The University of Chicago, 1975.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de et al. *A construção jurídica da Unasul*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARBONELL, Miguel (Ed). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Res publica – ensaios constitucionais*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 123, p. 42-43, jul-set, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil, 2004.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DICIOTTI, Enrico. *Sulla distinzione tra diritti di liberta e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica*, in: 4 “Quaderni Costituzionali” , 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro: Juízo de Admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. 2 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *The fórum of principle*. In: *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática S.A, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias. La Ley Del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, 2002.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GILARDI, Janet Tello (Org.). *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y em el sistema americano*. Lima: Ediciones Nova Print SAC, 2007.

GOUVÊA, Marcos Masseli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho. Disponível em < [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc)>. Acesso em: 08 ago. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

- HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado Constitucional*. Trad. de Carlos Ramos, César Landa e Jürgen Saligmann. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1997.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20 ed. tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira. *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008.
- HOEBEL, E.A. *The Law of Primitive Man*. Cambridge. 1967.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.
- JELLINEK, George. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ed, Tübingen, 1905.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Jurisdição, Democracia e Direitos Fundamentais: o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2007.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aoife. *50 Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries*. Suíça: COHRE – Center on Housing Rights and Evictions, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- \_\_\_\_\_. *A essência da Constituição*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de Direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>.

Acesso em: 24 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2005.

MATTER, Hugo. *A Theory of Imperial Law: A Study on US Hegemony and the Latin Resistance*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MONTESQUIEU, Ch.- L. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Sousa. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, J.C.; LIMA, L.D.; MACHADO, C.V. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: Giovanella, Lúcia et al (org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

PIRES, Roberto Rocha Coelho. *Orçamento participativo e planejamento municipal: uma análise neoinstitucional a partir do caso da prefeitura de Belo Horizonte*. Belo Horizonte, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. In: SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamentos, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y Funcion de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 07, p.07-36, 1979.

- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- SERRA, José. A Constituição e o Gasto Público. *Planejamento e Políticas Públicas* 1: 93-106, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- STEVENSON, Ritinha; FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena. *Constituição de 1988: Legitimidade – Vigência e Eficácia – Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.
- TESSLER, Marga Inge Barth. O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988. In: *Revista Direito Federal* n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189-218.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- \_\_\_\_\_. [org.]. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume V: o Orçamento na Constituição.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento constitucional: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VERPEAUX, Michel (org.) *Code Civil el Constitution(s)*. Paris: Economica, 2005.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em Face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VILLEN, Antonio Carlos. Ação de Preceito Cominatório e Fazenda Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 153-155, abr-jun, 1988.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.