



# PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

---

**“O Direito à Saúde no ordenamento jurídico  
brasileiro e a política de dispensação de  
medicamentos”**

**por**

**MARCELLA PARPINELLI MOLITERNO**

**ORIENTADOR: FÁBIO CARVALHO LEITE**

**2011.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

# **“O Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro e a política de dispensação de medicamentos”**

**por**

**Marcella Parpinelli Moliterno**

Monografia apresentada  
ao Departamento de  
Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do  
Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
para a obtenção do Título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Fábio Carvalho  
Leite

**2011.2**

*Dedico este trabalho àqueles  
que me conduziram a desvendar  
o intrigante universo do Direito.*

## **Agradecimentos**

É com muita alegria que passo a fazer os agradecimentos às pessoas que foram fundamentais na minha formação acadêmica, com a ajuda das quais a entrega deste trabalho hoje é possível.

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por estar presente na minha vida e aos meus pais, que sempre me deram o apoio necessário. À minha mãe, minha maior incentivadora, pela amizade, pelo carinho, pela atenção e pela cumplicidade e ao meu pai, por estar ao meu lado em todas as minhas decisões, pelo exemplo e pela serenidade.

Ao Felipe, que esteve ao meu lado na maior parte desses cinco anos, por ter feito essa caminhada mais tranquila.

A todos os amigos de faculdade, por tudo que vivemos juntos. Tenho certeza que esse convívio contribuiu de forma decisiva para a conclusão deste Curso, seja pelos momentos de descontração, seja pelas intrigantes discussões jurídicas. Em especial, ao amigo Gustavo Schwartz, pela paciência e pela atenção despendida sempre, mas, principalmente, para o desenvolvimento desse trabalho.

Aos professores do Departamento de Direito, pela dedicação e pelo empenho em nos transmitir os seus conhecimentos. Em especial, ao Professor Renato Sertão, com quem tive a primeira experiência profissional e se mostrou prontamente solícito em me ajudar com este trabalho.

Ao professor Vladimir Mucury Cardoso, por me permitir compartilhar da sua genialidade teórica e prática ao longo de quase um ano de trabalho, marcado pela compreensão e pelo incentivo.

Aos professores Noel Struchiner e Marianna Montebello, meus queridos orientadores do Programa de Iniciação Científica, pelos ensinamentos compartilhados, pela atenção despendida, pelo exemplo de dedicação e amor ao magistério e, sobretudo, pelo carinho e amizade.

Ao professor André Perecmanis, por estar presente em diversos momentos da minha vida acadêmica, por compartilhar minhas incertezas e pelo incentivo.

E, finalmente, ao meu querido orientador, de quem sou grande admiradora. Agradeço a oportunidade de ter conhecido um grande professor, determinado e extremamente dedicado, que sabe instigar os seus alunos e guiá-los para construir o seu próprio conhecimento. Pela possibilidade de poder desfrutar um pouco da sua companhia ao longo desse trabalho e pela sua orientação, marcada pela confiança, pela atenção e, em especial, pelo carinho e amizade.

## Resumo

Este trabalho pretende estudar a sistemática da distribuição de medicamentos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a atuação judicial nessa seara, que passou a ser possível com a consolidação de uma nova cultura constitucional a partir de 1988 e do reconhecimento da plena justiciabilidade dos direitos sociais. Para uma abordagem ampla do tema, analisa-se a sistemática dos direitos sociais, em especial, a amplitude do direito à saúde, com vistas a compreender a Política Nacional de Medicamentos (PNM). Constatados os avanços na efetivação da Constituição atingidos pela judicialização das políticas sociais, pretende-se sistematizar os problemas decorrentes de tal atuação com o objetivo, não de negar a proteção judicial, mas de racionalizá-la, para que esteja em conformidade com a letra da Constituição e também com os valores morais que lhe dão suporte.

**Palavras-chave:** direito à saúde; política de distribuição de medicamentos; atuação judicial; parâmetros necessários; soluções dialógicas.

## Sumário

Introdução .....	8
1. Premissas doutrinárias necessárias ao desenvolvimento do tema .....	11
1.1. Neoconstitucionalismo .....	11
1.2. Doutrina da efetividade.....	14
1.3. Pontos de tensão entre Constitucionalismo e Democracia: o papel do Poder Judiciário.....	15
2. Direitos sociais: conceito, natureza e justiciabilidade.....	19
2.1. O regime jurídico-constitucional do direito à saúde.....	22
2.2. Conteúdo do direito fundamental à saúde .....	24
2.3. A questão específica da distribuição de medicamentos .....	27
2.4. Dificuldades relacionadas ao direito constitucional a prestações de saúde...	29
3. A atuação do Poder Judiciário em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos .....	31
3.1. Crítica financeira: o limite da reserva do possível .....	33
3.2. O problema da superlitigação: as demandas individuais.....	41
3.3. Ofensa ao princípio da isonomia: a constatação empírica da concessão de privilégios .....	47

3.4. Parâmetro de atuação: a tentativa de estabelecimento de um mínimo existencial.....	51
4. Busca de alternativas para lidar com o cenário: por uma atuação dialógica ....	57
4.1. As soluções cooperativas adotadas pelo Estado de São Paulo .....	59
4.2. A experiência interdisciplinar implementada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro .....	62
Conclusão .....	65
Bibliografia.....	67



## Introdução

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse contexto, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

A eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional tem sido constantemente debatida e a jurisprudência nacional mostra-se muito rica nesta questão. Pode-se dizer que o Brasil é hoje um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos<sup>1</sup>, que passaram a ser “levados a sério”, sendo tratados como autênticos direitos fundamentais.

Dentre os inúmeros pontos de interesse justificáveis na análise do tema, optou-se pelo estudo de aspectos atinentes à efetivação do direito social à saúde. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, é cada vez mais constante e vem despertando a atenção de grande parte de doutrina.

No Brasil, a maioria das iniciativas de implementação judicial de direitos prestacionais tem focalizado justamente o direito à saúde, em especial, o fornecimento de medicamentos. Essa jurisprudência teve início ao longo dos anos noventa, em que foi se tornando cada vez mais frequente a propositura de ações judiciais visando ao fornecimento de remédios necessários ao tratamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e de outras doenças, especialmente daquelas que representavam ameaça à vida<sup>2</sup>.

Verifica-se que a jurisprudência brasileira deu um passo importante ao reconhecer a plena justiciabilidade do direito social, mas este fenômeno também suscita algumas questões complexas

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p.553.

<sup>2</sup> GOVÊA, Marcos Maseli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*, p. 121.

e delicadas, que não podem ser ignoradas. Os recursos existentes na sociedade são escassos e o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que essa característica não é exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos sociais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona. Mas é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais.

Pretende-se, portanto, estudar a amplitude do direito social à saúde, consideradas a finitude dos recursos materiais existentes, bem como as limitações geradas a partir das interações com os demais direitos fundamentais, regras e princípios da ordem jurídica, tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto.

Houve uma verdadeira explosão de demandas judiciais nesta área e, nos últimos tempos, parte relevante dos orçamentos públicos de saúde das entidades federativas passou a ser destinada ao cumprimento de decisões judiciais. Por um lado, é positiva a constatação de que o Judiciário tem se mostrado sensível às questões muitas vezes dramáticas suscitadas pelo direito fundamental à saúde, mas, por outro, não é difícil se deparar com decisões equivocadas – ainda que bem intencionadas –, que podem comprometer políticas públicas importantes, drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis.

É justamente por conta dessas decisões extravagantes e emocionais que alguns autores, como Luís Roberto Barroso, vislumbram uma judicialização excessiva quanto à política de distribuição de medicamentos. O temor está relacionado ao efeito reverso que essa postura por parte do Judiciário pode gerar, na medida em que o sistema já *“começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”*<sup>3</sup>.

Tais excessos e inconsistências põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos – cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em muitos casos, o que se revela é a

concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

A constatação de que excessos vêm sendo praticados por parte da jurisprudência não deve, entretanto, obstaculizar a possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais. Por isso, para evitar que a garantia jurisdicional de tais direitos acabe comprometendo a possibilidade de que eles sejam efetivamente fruídos pelos mais necessitados, é essencial a racionalização da atuação judiciária.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 4.

## 1. Premissas doutrinárias necessárias ao desenvolvimento do tema

### 1.1. Neoconstitucionalismo

Nos últimos cinquenta anos, o direito constitucional passou por um conjunto muito significativo de transformações nos países que seguem a tradição romano-germânica, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica. Essas transformações podem ser verificadas no Brasil, em especial, nos últimos dez anos.

O conjunto de transformações em análise identifica um modelo denominado por parte da doutrina de neoconstitucionalismo<sup>4</sup>, que, de acordo com Luis Roberto Barroso<sup>5</sup>, pode ser descrito tendo em linha de conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

Em primeiro lugar, o marco histórico. O que assinala esse novo modelo de direito constitucional é o constitucionalismo do II pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a constituição como documento político, em que a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. No Brasil, foi a Constituição de 1988 que fez a travessia de um Estado autoritário para um Estado democrático de direito<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> De acordo com Daniel Sarmento, “a palavra neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, especialmente, depois da ampla divulgação da coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003. (SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, p. 1.)

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 245-267.

<sup>6</sup> De acordo com Luís Roberto Barroso, com a reconstitucionalização da Europa e a redemocratização do Brasil, ocorre a redefinição do lugar da constituição e uma influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. Assim, a aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia dá ensejo uma nova forma de organização política, o Estado democrático de direito, também chamado de Estado constitucional de direito e de Estado constitucional democrático. Ibid. p. 245.

Assim, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração, superando a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição.

O segundo marco relevante a ser assinalado é o filosófico. O modo de olhar e de nos comportarmos diante do direito foi modificado, tendo surgido uma fase que vem sendo denominada de pós-positivista. Uma fase em que o direito se liberta em alguma medida da legalidade estrita, apesar de não desprezar o direito posto, e se aproxima da filosofia moral e política. Apresenta-se, assim, como uma terceira via entre as concepções jusnaturalista<sup>7</sup> e positivista<sup>8</sup>, reconhecendo que direito, moral e política se influenciam mutuamente não só no momento da elaboração do direito, mas também na sua aplicação. Luís Roberto Barroso elenca as idéias que procuram abrigo nesse paradigma no trecho transcrito a seguir:

*“No conjunto de idéias ricas e heterogêneas (...) incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética”<sup>9</sup>.*

Por fim, o marco teórico, que identifica três mudanças relevantes de paradigma na prática jurídica recente.

O primeiro foi o reconhecimento de força normativa à Constituição, que teve início com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, conforme referido acima. Desta forma, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculante e obrigatório de suas disposições, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata. Esse debate só chegou ao Brasil ao longo da década de 80, cabendo à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência o mérito de romper com a posição retrógrada

---

<sup>7</sup> O jusnaturalismo moderno desenvolveu-se a partir do séc. XVI, aproximando a lei da razão. Era fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, transformando-se na filosofia natural do Direito. Mas, com as constituições escritas e as codificações, passou a ser considerado metafísico e anticientífico.

<sup>8</sup> O positivismo jurídico dominou o pensamento jurídico na primeira metade do séc. XX. Em busca de objetividade científica, equiparou o direito à lei, afastando-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1998: O Estado a que chegamos*, p. 52.

anterior, em que as constituições representavam repositórios de promessas vagas, sem aplicação direta e imediata<sup>10</sup>.

A segunda mudança é representada pela expansão da jurisdição constitucional, na medida em que a Constituição se torna um documento normativo e os Tribunais passam a ter o papel de protagonista na sua concretização. Na verdade, a segunda metade do século 20 assiste à vitória do modelo americano de direito constitucional<sup>11</sup>, que sempre foi fundado na idéia de centralidade da constituição e supremacia judicial na determinação do seu sentido. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais e na adoção de modelos próprios de controle de constitucionalidade. Já no Brasil, materializou-se na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, permitindo que questões relevantes fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal.

A terceira e última mudança de paradigma foi uma revolução ocorrida na interpretação constitucional, afetando premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como, elaborando ou reformulando categorias como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

Em suma: o novo direito constitucional atual, fruto das transformações narradas acima, tem sido referido por diversos autores como neoconstitucionalismo, que identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura pós-positivista, marcado pela força normativa da constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> A doutrina da efetividade, movimento jurídico-acadêmico responsável por reconhecer força normativa e efetividade às disposições constitucionais, será estudada com mais cuidado no tópico seguinte.

<sup>11</sup> É que até a metade do séc. XX vigorava na Europa a idéia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado.

<sup>12</sup> Nesse mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos ao apontar as características centrais do constitucionalismo contemporâneo: “a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 10.

## 1.2. Doutrina da efetividade

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80. Coube à Constituição de 1988, à jurisprudência e à doutrina, em especial, enfrentar as resistências que já eram previsíveis, tendo em vista as patologias crônicas de que o país padecia ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. As Constituições eram utilizadas como mistificações ideológicas e faltava determinação política para dar-lhes cumprimento<sup>13</sup>.

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais desenvolveu-se no Brasil no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade, que procurou não apenas superar as disfunções da formação nacional registradas acima, mas também tornar as regras constitucionais aplicáveis direta e imediatamente na extensão máxima da sua densidade normativa.

A doutrina da efetividade serviu-se de uma metodologia positivista no sentido de que o direito constitucional é norma (o que ocorreu foi uma elevação do *status* do direito à norma, que até então se encontrava em uma posição inferior) e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos. Assim, se está na Constituição é para ser cumprido. As normas constitucionais, portanto, passaram a conter comandos, dotadas do atributo da imperatividade como as normas jurídicas em geral.

Luís Roberto Barroso elenca três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país promovidas pela efetividade para realizar seus propósitos, são elas:

*“No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais”<sup>14</sup>.*

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 5.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 76.

Nesse ponto, passa-se a analisar a terceira mudança indicada. O Poder Judiciário passou a ter papel ativo na concretização da Constituição, na medida em que o descumprimento da imperatividade de uma norma constitucional passou a ensejar o direito a uma tutela adequada para a restauração da ordem jurídica. Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos (políticos, individuais, sociais ou difusos), são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por meio da ação e da jurisdição.

É desta forma que o Poder Judiciário passa a ter um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O grande problema é determinar até que ponto essa atuação se mostra legítima, de modo a não extrapolar as suas funções institucionais.

### **1.3. Pontos de tensão entre Constitucionalismo e Democracia: o papel do Poder Judiciário**

O Estado constitucional de direito<sup>15</sup> desenvolveu-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofundou no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma constituição rígida<sup>16</sup>, que passou a impor deveres de atuação ao legislador e ao administrador, além dos limites que já lhes eram impostos.

Essa idéia de Estado democrático de direito é a síntese histórica de dois conceitos: constitucionalismo e democracia, que podem gerar eventualmente pontos de tensão. Isso porque constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei, enquanto a democracia traduz-se em soberania do povo<sup>17</sup> e governo da maioria.

Ana Paula de Barcellos<sup>18</sup> sistematiza com clareza esse ponto de tensão ao discorrer acerca dos elementos que caracterizam o neoconstitucionalismo do ponto de vista material. O primeiro

---

<sup>15</sup> Entende-se por sinônimas as expressões: Estado constitucional de direito; Estado constitucional democrático e Estado democrático de direito.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 244.

<sup>17</sup> CF/88, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 4-9.



diz respeito à incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e o segundo, à expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio texto constitucional.

Como reação aos regimes totalitários e autoritários do século XX, as Constituições contemporâneas introduziram em seus textos, de forma explícita, elementos normativos diretamente vinculados a valores e opções políticas, que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana<sup>19</sup> e da centralidade dos direitos fundamentais<sup>20</sup>. A intenção era de delimitar um consenso mínimo a ser observado pela maioria, de tal forma que o mesmo fosse retirado da discricionariedade política ordinária pelo fato de tais elementos gozarem de *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica.

A segunda característica envolve a questão dos conflitos, que podem ser específicos e gerais.

De acordo com Canotilho<sup>21</sup>, em uma sociedade plural e complexa, a constituição é sempre produto de um pacto entre forças políticas e sociais, refletindo, assim, diferentes pretensões que necessitam conviver e harmonizar-se. Desta forma, a colisão entre comandos constitucionais mostra-se inevitável, tendo em vista que os mesmos são dotados de igual hierarquia e podem incidir sobre uma mesma situação de fato, estabelecendo soluções diversas.

Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre os direitos fundamentais, tendo em vista não ser possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade. Para solução do impasse, boa parte da doutrina sugere a aplicação da teoria

---

<sup>19</sup> A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. É a idéia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. BARROSO, Luís Roberto. Ob Cit. p. 250.

<sup>20</sup> Direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, formam, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 89.

dos princípios, cuja normatividade passou a caracterizar elemento essencial do pensamento jurídico contemporâneo.

A doutrina costuma enumerar diversos critérios para estabelecer a distinção entre as regras e os princípios, mas, seguindo Ronald Dworkin<sup>22</sup> e Robert Alexy<sup>23</sup>, a principal distinção reside no modo de aplicação. De modo extremamente simplório: as regras se aplicam na modalidade tudo ou nada, de modo que, ocorrendo o fato descrito na norma, ela deverá incidir e produzir os seus efeitos (subsunção). Por isso, uma regra somente pode deixar de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida, pois são comandos definitivos. Diferentemente dos princípios que, por abrigarem direitos fundamentais e valores, são aplicados de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica, podendo ser realizados em diferentes graus, de acordo com a ponderação a ser efetivada pelo legislador ou pelo intérprete judicial. São, portanto, mandados de otimização, normas que estabelecem a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Nesse contexto, é possível desenvolver uma problemática relativa à hipótese em que o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Parece, a princípio, que, quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular. Esse é o entendimento perfilhado por Daniel Sarmento, conforme trecho transcrito a seguir:

*“É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”*<sup>24</sup>.

Essa problemática será desenvolvida com maior cuidado nos capítulos seguintes, após a correta compreensão acerca do regime jurídico-constitucional do direito à saúde no Brasil e da política de distribuição de medicamentos.

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 1998, p. 211-2 citada por BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 6.

<sup>22</sup> Ver: Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p.22 e ss.

<sup>23</sup> Ver: Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal, p. 114.

Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive também com um conflito geral, que está relacionado com o próprio papel da Constituição. A polêmica entre constituinte e legislador subsiste na tentativa de harmonizar a existência de uma Constituição e dos limites por ela impostos aos poderes originários com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático.

Nesse ponto, a oposição surge entre duas idéias, que são catalogadas por Ana Paula de Barcellos como substancialista e procedimentalista. A primeira sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se considerem essenciais e consensuais, ou seja, um consenso mínimo, nos termos explicitados acima. Já a segunda, sustenta que caberia à Constituição apenas garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria a definição de seus valores e de suas opções políticas<sup>25</sup>.

A partir de uma análise mais apurada o que se verifica é que essas idéias não se opõem propriamente, pois ambas admitem que os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais (substancialistas), seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática (procedimentalistas)<sup>26</sup>.

Conclui-se, assim, que caberá ao Judiciário agir quando a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Mas essa atuação somente será legítima quando estiver pautada na preservação de um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, tendo em vista que será necessária uma interferência na deliberação dos órgãos que representam as maiorias políticas, ou seja, o Legislativo e o Executivo, através da imposição ou invalidação de ações administrativas e de políticas públicas.

---

<sup>25</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 7-8.

<sup>26</sup> Ob. Cit. p. 8.

## 2. Direitos sociais: conceito, natureza e justiciabilidade

Cumpra ressaltar, inicialmente, que se adota o entendimento perfilhado pela doutrina majoritária<sup>27</sup> no sentido da fundamentalidade dos direitos sociais, o que contribui para a sua necessária efetividade e, desde já, impede que lhe seja negada a sua juridicidade.

Isso porque, juntamente com os direitos individuais e políticos, os direitos sociais constituem a única forma verdadeira de efetivação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da democracia. De acordo com Ingo Sarlet<sup>28</sup>, os direitos sociais contribuem para a transição das liberdades formais e abstratas para as liberdades materiais concretas, trazendo meios materiais de superação de desigualdades. A fundamentalidade é evidente, seja do ponto de vista formal, identificado pela sua posição demográfica e pelo regime jurídico especial a que estão sujeitos, seja do ponto de vista material, na medida em que garante o que há de mais importante no ordenamento, ou seja, seus valores, objetivos e princípios<sup>29</sup>.

Os direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde.

É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais (políticos e individuais) realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*. Pelo contrário,

---

<sup>27</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005, p. 55-6; OLSEN, Ana Carolina Lopes, *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 23-9; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 63-8; BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 98;

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 56.

<sup>29</sup> Sobre a fundamentalidade formal e material, Jane Gonçalves Pereira bem resume: “Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem jurídica constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 77).

após a publicação de célebre obra de autoria dos professores Cass Sunstein e Stephen Holmes, intitulada *The cost of rights*, produziu-se razoável consenso no sentido de que também eles consomem recursos públicos<sup>30</sup>. Exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, como a manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade.

A primeira conclusão que se extrai da constatação apresentada é a seguinte: se todos os direitos são positivos por demandarem atuação estatal, mesmo os direitos individuais e políticos, anteriormente ditos negativos, têm custos. Em sendo assim, Flávio Galdino conclui com precisão que os mesmos integram, juntamente com os direitos sociais, as inevitáveis escolhas trágicas, tendo em vista a escassez dos recursos públicos, conforme se depreende do trecho transcrito a seguir:

*“A partir da anterior conclusão de que todos os direitos públicos são positivos, é mister reconhecer que os direitos da liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas. Na verdade, conclui-se que todo e qualquer direito público subjetivo integra o referido rol (podendo, portanto, ser preterido em razão da tutela de outro direito, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento)”*<sup>31</sup>.

Desta forma, opta-se por um conceito mais amplo de direitos sociais, desenvolvido por Fernanda Vargas Terrazas, segundo o qual são direitos a prestações positivas (ações), embora também possam envolver, complementarmente, prestações de natureza normativa, dirigidos primordialmente ao Estado e que proporcionam aos indivíduos a fruição de bens e serviços de cunho social<sup>32</sup>.

Demonstrada a faceta positiva dos direitos individuais, bem como a sua dependência de gastos públicos, torna-se mais difícil sustentar uma rígida distinção entre os direitos individuais e

---

<sup>30</sup> Nesse sentido: Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005; e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002. Cumpre ressaltar, entretanto, que alguns autores que se dedicam ao tema de direitos fundamentais no Brasil ainda utilizam a tipologia de contraposição positivo/negativo, retirando dela as mais variadas conclusões. Nesse sentido: José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Clémerson Merlin Clève. (GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*, p. 272-3).

<sup>31</sup> GALDINO, Flávio. *Ob. Cit.* p. 279;

<sup>32</sup> TERRAZAS. Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*, p. 81-82.

sociais, o que justificaria a plena justiciabilidade dos direitos individuais e a ausência desse “atributo” quanto aos direitos sociais.

Mas, se essa premissa é completamente verdadeira, por que falta efetividade aos direitos sociais? De acordo com Virgílio Afonso da Silva, os direitos sociais distinguem-se dos direitos civis e políticos pelos gastos que a sua realização pressupõe. *“Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro”<sup>33</sup>*.

Isso porque alguns gastos necessários para garantia dos direitos civis e políticos também são necessários para garantia dos direitos sociais e econômicos, como, por exemplo, o gasto com a manutenção de instituições políticas, judiciais e de segurança. Além disso, enquanto a maior parte dos custos dos direitos civis e políticos são aproveitados de maneira global por todos eles, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva, que só é aproveitada na sua realização. A partir dessa constatação, Virgílio Afonso da Silva faz uma ponderação muito pertinente a esse estudo:

*“Não parece ser difícil perceber a diferença que há - em termos de alocação de recursos públicos - entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico, de outro. Usando um exemplo do estudo de caso a ser exposto brevemente a seguir, basta comparar os custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores do HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na conta comum de todos os direitos”<sup>34</sup>.*

Tomando como verdadeira a premissa apresentada no sentido de que os gastos institucionais são diluídos na efetivação de qualquer tipo de direito, uma conclusão relevante pode ser extraída: as decisões judiciais que visem a realizar ou garantir os direitos sociais e econômicos efetivamente não podem ser analisadas da mesma forma e sob as mesmas premissas compartilhadas por decisões que visem a realizar ou garantir um direito civil ou político.

---

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais*, p. 593.

<sup>34</sup> Ibid. p. 593-4.

## 2.1. O regime jurídico-constitucional do direito à saúde

A saúde foi consagrada como direito fundamental social expresse, tendo como titulares a generalidade da população, apenas com a Constituição Federal de 1988. Para uma adequada compreensão do conceito do direito à saúde e da sua amplitude, vale apresentar um breve panorama histórico.

Conforme síntese apresentada por Luís Roberto Barroso<sup>35</sup>, a trajetória da saúde pública nacional passa por um período inicial, no qual a atividade do Estado se resumia ao combate a doenças epidêmicas e a algumas ações sanitárias, enquanto a saúde curativa ficava reservada aos serviços privados e à caridade. Apenas a partir da década de 30 do século XX, ocorre a estruturação de um sistema limitado e público de saúde curativa, estruturado por meio dos Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs. A abrangência de tais serviços restringia-se, contudo, à categoria profissional vinculada ao respectivo instituto, ou seja, a saúde pública na sua dimensão curativa não era universalizada.

Durante o regime militar, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a partir da unificação dos antigos IAPs, manteve-se o caráter restrito de atendimento curativo, na medida em que apenas o trabalhador urbano com carteira assinada era considerado contribuinte e beneficiário, juntamente com seus dependentes, tendo direito ao atendimento da rede pública de saúde. Assim, grande contingente da população brasileira, porque excluídos do mercado formal de trabalho, continuava a depender da caridade pública.

Finalmente, com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização do serviço público de saúde. A Constituição de 1988 consagrou a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), com o qual todos os brasileiros passaram a se tornar possuidores de igual direito à saúde, independentemente de vinculação ao mercado formal de trabalho.

Além do processo de redemocratização nacional, a proteção do direito à saúde foi também impulsionada pelo incremento da proteção internacional decorrente, sobretudo, da tragédia

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 12-3.

humanitária representada pelos regimes nazistas e fascistas e pela II Guerra Mundial. Nesse contexto, buscou-se a consolidação da proteção mais efetiva à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer o direito à saúde expressamente como direito fundamental<sup>36</sup>, previsto, de forma genérica, no art. 6º e nos artigos 196 a 200. Ingo Sarlet<sup>37</sup> esclarece que, apesar desses dispositivos não estarem elencados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição, comungam da já explicitada dupla fundamentalidade, com amparo no art. 5º, §2º, que consagrou a noção de abertura material do “catálogo de direitos”.

Contudo, na dicção do art. 196 da Constituição, a saúde não é só direito fundamental, mas também um dever do Estado. Haverá, entretanto, também de se reconhecer que *“a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente, até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais”*<sup>38</sup>. Tal interpretação decorre do privilégio a uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, bem como aos postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa, tema já abordado pelo presente trabalho.

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como impondo ao Estado a realização de políticas públicas visando à realização desse direito. De acordo com Ingo Sarlet, essa dimensão prestacional *latu sensu* se traduz:

*“No dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da*

---

<sup>36</sup> Antes da Constituição de 1988, verificam-se apenas meras referências ao tema relacionadas à distribuição de competências entre os entes federativos (art. 10, II da Constituição de 1934; art. 16, XXVII da Constituição de 1937; art. 5º, XV, b da Constituição de 1946; art. 8º, XIV e XVII, c da Constituição de 1967) ou, ainda, breves referências genéricas e restritas à saúde de grupos sociais limitados, como os trabalhadores (art. 121, §1º, h) e as crianças (art. 138, f), ambas na Constituição de 1934. MACHADO, Márcio Villella. *Direito à saúde no Brasil: Dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*, p. 39.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade dos direito à saúde na Constituição de 1988, p. 4-5.

<sup>38</sup> Ibid. p. 5.



*sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública”<sup>39</sup>.*

É justamente esta dimensão prestacional a mais problemática e que será alvo mais específico dos tópicos a seguir.

## **2.2. Conteúdo do direito fundamental à saúde**

Uma das questões mais complexas relacionadas à interpretação das normas constitucionais que asseguram o direito fundamental à saúde diz respeito à determinação do conteúdo que daí pode ser depreendido e exigido.

Como síntese do processo histórico de lutas sociais e concessões governamentais já apresentados, o constituinte de 1988 consagrou o direito à saúde como direito social e fundamental no art. 6º (Capítulo II, Título II) e, no título destinado à ordem social, trouxe uma série de dispositivos (art. 196 a 200) que estabelecem linhas mestras do direito à saúde no âmbito nacional, definindo conceitos, princípios, fontes de custeio e estrutura do novo modelo de saúde.

O grande problema parece residir do fato de não ter a Constituição definido um campo de sindicalização da saúde de forma específica, estabelecendo que o direito à saúde será *“garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”*<sup>40</sup>. Aparentemente, não há pretensão jurídica dedutível, mas defender que incumbiria à Administração prover todos os reclamos referentes à saúde, em grau máximo, é simplesmente irrealista<sup>41</sup>.

Inicialmente, deve ser considerado o fato de ter a Constituição conformado o conceito de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo assim compreendida como estado de completo bem-estar físico, mental e social. Conclui-se que a

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*, p. 6.

<sup>40</sup> Art. 196 da Constituição Federal de 1988.

<sup>41</sup> GOVÊA, Marcos Maseli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*, p. 125.

Constituição alinhou-se a uma concepção mais abrangente do direito à saúde, compreendendo também as dimensões preventiva e prestacional, além da eminentemente curativa<sup>42</sup>.

A partir de uma interpretação literal do artigo 196 da Constituição, Ingo Sarlet correlaciona as diretrizes traçadas pelo constituinte com as dimensões compreendidas pelo direito à saúde. Nas suas palavras:

*“Tem-se a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”, ou seja, à garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos). Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas – o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”<sup>43</sup>.*

Esse conceito de saúde ampliado abrange todos os aspectos capazes de garantir um real, efetivo e desejável estado de saúde, representado a consagração do pensamento internacional predominante, nos termos preconizados pela OMC, bem como dos ideais defendidos pelo chamado movimento sanitaria e pela própria sociedade civil<sup>44</sup>.

Márcio Villela Machado aponta quatro conclusões principais obtidas da análise dos dispositivos constitucionais indicados, que tratam do direito à saúde. São elas:

*“a) adoção de um conceito de direito à saúde ampliado, nos termos preconizados pela OMS; b) previsão de criação do Sistema Único de Saúde, consagrando a total reformulação do sistema de saúde então vigente; c) atribuição ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da responsabilidade pela regulação, fiscalização, controle e execução, esta última, juntamente com a iniciativa privada, da saúde em termos amplos, e, d) participação da comunidade e da iniciativa privada na manutenção, desenvolvimento e execução do sistema de saúde”<sup>45</sup>.*

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Ob. Cit. p. 8.

<sup>43</sup> Ibid. p. 8.

<sup>44</sup> MACHADO, Márcio Villela. *Direito à saúde no Brasil: Dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*, p. 42.

<sup>45</sup> Ibid. p. 41.

A Constituição estabelece também a repartição de competências. Do ponto de vista federativo, a Constituição atribui competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos dos arts. 24, XII e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, §1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, §2º); e aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar as legislações federal e estadual, no que couber (art. 30, I e II). Quanto ao aspecto administrativo, a Constituição atribui competência comum aos três entes federativos, nos termos do art. 23, II. Assim, União, Estados e Municípios podem formular e executar políticas públicas.

Concretizando o texto constitucional, foi aprovada, entre outros instrumentos normativos, a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que estabelece a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, fixando as suas atribuições.

O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, podendo a iniciativa privada em caráter complementar. Entre as suas principais atribuições, está a *“formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”* (art. 6º, VI).

Dentre as diretrizes traçadas para o SUS cabe destacar a universalidade de acesso às ações e serviços de saúde disponíveis e a subsidiariedade e municipalização, que procuram atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX da Lei 8.080). A distribuição de competências, assim como foi feito pela Constituição, baseia-se nesses dois últimos princípios, devendo Estados e União apenas executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos municípios (art. 16, XIII e XV; art. 17 e art. 18, I e II da Lei 8.080).

Cabe ressaltar que, além da legislação em comento, diversos instrumentos normativos e atos administrativos específicos regulamentam o funcionamento do sistema de saúde brasileiro, constituindo em seu conjunto objeto de estudo do direito sanitário. Aprofunda-se, entretanto, na análise específica do regramento legal e administrativo relativo à assistência farmacêutica, visando

atingir o objetivo central do presente estudo: as determinações judiciais de prestação estatal gratuita de medicamentos.

### **2.3. A questão específica da distribuição de medicamentos**

Conforme ressaltado anteriormente, é possível questionar a eficácia do art. 196 como fundamento para o pedido de fornecimento estatal de medicamentos, em virtude da dificuldade imposta pelo seu caráter genérico em determinar um campo preciso de exigibilidade. Mas, buscando densificar o mencionado dispositivo constitucional, o art. 6º, I, d da Lei 8.80/90 inclui, de modo peremptório, no campo de atuação do SUS *“a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”*, bem como, a *“formulação da política de medicamentos”* (art. 6º, IV).

A Lei 8.080 se faz acompanhar de uma minudente regulamentação, que se traduz em uma série de Portarias baixadas pelo Ministério da Saúde.

A definição de critérios para a repartição de competências entre União, Estados e Municípios está delineada em inúmeros atos administrativos, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. Essa portaria pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, tendo em vista que as portarias subseqüentes baseiam-se nas suas disposições.

A formulação da Política Nacional de Medicamentos compete ao gestor federal, que atua com o auxílio dos gestores estaduais e municipais na elaboração da Relação Nacional de Medicamentos, conhecida como RENAME. A competência para a definição dos medicamentos essenciais destinados à atenção básica da saúde com base na RENAME é do Município<sup>46</sup>, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde, bem como à execução da assistência farmacêutica. O gestor estadual é responsável pela definição do elenco de medicamentos que devem ser adquiridos diretamente pelo Estado, especialmente os de caráter

---

<sup>46</sup> Os medicamentos incluídos no programa de atenção básica são aqueles utilizados para o tratamento de patologias como hipertensão e diabetes (denominadas doenças de atenção básica) e, ainda, analgésicos, antibióticos e

excepcional<sup>47</sup>, tendo em vista que, em parceria com a União, Estado e Distrito Federal responsabilizam-se, particularmente, pela aquisição e distribuição de medicamentos de caráter excepcional<sup>48 49</sup>.

De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população e que vinculam as opções do Poder Público na matéria, levando em consideração as possibilidades financeiras. Mas, não é só isso. A Administração Pública, como ocorre no Rio de Janeiro, muitas das vezes é obrigada a desenvolver uma estrutura para a efetivação dessa política de distribuição de medicamentos.

*“No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado de Saúde criou Comitê Técnico Operacional, com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual (Resolução SES no 2.471, de 20 de julho de 2004). Além disso, criou também o Colegiado Gestor da Política Estadual de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (Resolução SES no 2.600, de 2 de dezembro de 2004), que tem a função de auxiliar a Secretaria de Estado na gestão da Assistência Farmacêutica. Acrescenta-se ainda que o Governo Estadual possui um programa de assistência farmacêutica denominado Farmácia Popular, que fornece remédios a população a preços módicos”*<sup>50</sup>.

Em algumas áreas a divisão de tarefas entre os entes federativos adquire contornos especialmente complexos. A regulamentação federal engendrou um sistema integral de ações de saúde, de tal modo que certos medicamentos apenas podem ser fornecidos por Estados e Municípios caso o doente encontre-se cadastrado junto a um centro de referência municipal em um vasto programa que inclui a prevenção, a detecção precoce, o diagnóstico e o tratamento. Este

---

antiinflamatórios. Dados disponíveis em: <<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/366-sesdec-e-tj-ampliam-convenio-que-permitiu-criacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica-no-tribunal>>. Acesso: 12 out. 2011.

<sup>47</sup> O Programa de Medicamento Excepcional tem como objetivo disponibilizar remédios para o tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, os quais na maioria das vezes utilizam-nos por períodos prolongados. Entre as patologias incluídas neste programa estão insuficiência renal crônica, hepatite viral B e C, anemia, osteoporose, problemas de crescimento, doença de Alzheimer, doença de Parkinson e doença de Gaucher, entre outras. Ibid.

<sup>48</sup> A lista de medicamentos excepcionais é definida pelo Ministério da Saúde, mas Estados e Municípios podem ampliá-la, conforme a demanda regional. A compra dos remédios é co-financiada pela União (80%) e o Estado (20%), cabendo à Secretaria de Saúde efetuar a compra. O ressarcimento dos gastos é feito pelo governo federal, mediante comprovação de entrega do medicamento ao paciente. Ibid.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 17-18.

<sup>50</sup> Ibid. p. 19.

protocolo para a entrega do medicamento visa evitar o uso mal-orientado de medicamentos, além de permitir um perfeito mapeamento das demandas<sup>51</sup>.

Verifica-se, a partir do exposto, que os Poderes Legislativo e Executivo não estão inertes ou omissos, ao menos do ponto de vista normativo, no que diz respeito à política de entrega de medicamentos. Uma das críticas ao intervencionismo judicial nessa área é justamente a *desorganização* desses esforços organizacionais.

O poder público, se ainda não conseguiu atender de forma razoável aos anseios sociais, não poderá ser acusado de estar omissos. Isso não significa que o Poder Judiciário não poderá intervir nessa área, mas propugna-se que, quando for chamado a decidir questões que envolvam o fornecimento de medicamentos, deverá o magistrado considerar nas suas decisões as opções legítimas adotadas pela atuação legislativa e administrativa.

#### **2.4. Dificuldades relacionadas ao direito constitucional a prestações de saúde**

Em um contexto de recursos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde, especialmente a direito a prestações de saúde, formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

Diversas razões compõem esse quadro de complexidades e são enunciadas por Ana Paula de Barcellos<sup>52</sup> de forma clara e sistemática. Em primeiro lugar, vislumbra-se a dificuldade de graduação dos enunciados normativos que versam sobre vida e saúde no caso concreto – não há uma coisa que possa ser descrita como mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida.

Conforme visto anteriormente, as prestações de saúde podem ser judicialmente exigidas do Poder Público quando não são oferecidas pelo mesmo, mas a Constituição não estabeleceu a quais prestações os indivíduos têm direito. É nesse ponto que reside a segunda dificuldade: tendo em vista a escassez de recursos, a definição de quais prestações são constitucionalmente exigíveis

---

<sup>51</sup> GOVÊA, Marcos Maseli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*, p. 133.

envolve uma escolha trágica, na medida em que parece inviável a concepção de um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear todas as prestações de saúde disponíveis para todos os indivíduos.

Nesse contexto, verifica-se a dificuldade de se negar prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de determinada pessoa pelo fato de tal prestação não estar compreendida no mínimo existencial<sup>53</sup> que decorre da Constituição nem constarem de uma opção política adicional veiculada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Este dilema decisional faz surgir uma nova complexidade: as impressões psicológicas e sociais dos magistrados influenciam as suas decisões e, por isso, não podem deixar de ser consideradas.

*“Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica”<sup>54</sup>.*

Da constatação apontada anteriormente quanto às escolhas trágicas, constata-se, que sempre há uma decisão: tanto no caso em que o magistrado nega ou concede determinada prestação de saúde, como quando o Poder Público a coloca ou não à disposição da população. Uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade será, na maior parte dos casos, feita em detrimento de outras, tendo em vista a escassez de recursos. Esse tema está relacionado com a reserva do possível, argumento que costuma ser utilizado para negar a justiciabilidade dos direitos sociais e que será aprofundado nos tópicos seguintes.

---

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 133-8.

<sup>53</sup> O estabelecimento do mínimo existencial está relacionado à identificação de um núcleo de condutas exigíveis que podem ser extraídas do enunciado constitucional. O tema será desenvolvido no próximo capítulo.

<sup>54</sup> Ibid. p. 136.

### **3. A atuação do Poder Judiciário em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos**

Há algo de novo no acervo das Varas de Fazenda Pública. Assiste-se, atualmente, à recente proliferação de processos em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas versando sobre bens jurídicos que a Constituição alinha em sua Ordem Social. A maioria dessas iniciativas tem focalizado o direito à saúde, especialmente no que toca ao fornecimento de medicamentos.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o ativismo judicial quanto aos direitos sociais se deve a variados fatores, como a aprovação da Constituição de 1988 e ao subsequente movimento de afirmação da normatividade constitucional, à superação do positivismo (fatores estudados no primeiro capítulo do presente trabalho a título de premissa doutrinária) bem como às sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo, reduzindo-lhes a autoridade para conter excessos de judicialismo<sup>55</sup>.

Conforme aduzido nos capítulos introdutórios do presente trabalho, a normatividade e a efetividade das normas constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo brasileiro. Em muitas situações envolvendo aplicação dos direitos sociais, do direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Essa intervenção, entretanto, deve se restringir a alguns parâmetros, sob pena de se tornar excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. Luís Roberto Barroso sintetiza o raciocínio:

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

<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros, p. 222.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit. p. 21.



A doutrina e a jurisprudência vêm suscitando diversas problemáticas quanto à intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em diversas hipóteses, visando realizar a promessa constitucional de uma prestação universalizada do serviço de saúde. As críticas aumentam com a proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas<sup>57</sup>.

O grande temor da doutrina parece estar relacionado com os excessos que podem ser verificados em algumas decisões, em virtude de inconsistências e da falta de parâmetros seguros e razoáveis de orientação e controle de resultados, que deveriam ser utilizados pelo Poder Judiciário. Isso porque uma jurisprudência casuística pode impedir que políticas coletivas, destinadas a promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.

A preocupação não é descabida. O aumento da intervenção do Judiciário na alocação de recursos públicos na área da saúde pode ser facilmente percebido através da análise de diversos indicativos apresentados pela doutrina. A título exemplificativo, alguns números apresentados por Márcio Villela Machado:

*“a) de acordo com informações obtidas no Ministério da Saúde, em 2008 a União gastou cerca de R\$52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) com a aquisição de medicamentos por imposição judicial. Em 2002, este valor era de R\$2,2 milhões (dois milhões e duzentos mil reais); b) conforme relato do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, além deste gasto direto (preço do produto), em cada demanda judicial na qual a União é condenada a fornecer medicamentos, há um custo extra de cerca de R\$600,00 (seiscentos reais) gastos na operacionalização do procedimento (publicação do ato de dispensa de licitação e transporte do medicamento); c) o Estado do Rio de Janeiro, segundo seu Subprocurador-Geral, no ano de 2008, gastou cerca de R\$29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) no cumprimento de decisões judiciais, ao tempo em que a Procuradoria-Geral daquele Estado vem recebendo cerca de 40 (quarenta) novas ações de medicamentos por dia útil; d) o Estado de São Paulo já teve gastos superiores a R\$400.000.000,00/ano (quatrocentos milhões de reais por ano) para o fornecimento de medicamentos em atendimento a determinações judiciais; e) no ano de 2008, o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do Estado de São Paulo (MEDEX) destinou R\$1.125.000.000,00 (um bilhão, cento e vinte e cinco milhões de*

---

<sup>57</sup> A partir de uma breve análise da jurisprudência é possível verificar que não é incomum a prolação de decisões judiciais que, sob a justificativa da irrestringibilidade do direito à saúde, determinam o fornecimento de medicamentos sequer registrados na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), por exemplo. Nesse sentido, a título exemplificativo, cf. AMS 2002.70.00.071559-0, Relator José Paulo Baltazar Júnior, TRF4; AGA 2008.01.00.016411-5/BA, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus; AgRg na SS 1.408/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, STJ.

*reais) para atender 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) pessoas, enquanto, no mesmo período, as determinações judiciais geraram dispêndio de R\$350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) para atender 33.000 (trinta e três mil) pessoas; f) em 2007, o Rio Grande do Sul gastou R\$6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) mensais com ações judiciais de medicamentos, enquanto Minas Gerais gastou R\$40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) no ano com essas ações”<sup>58</sup>.*

Verifica-se, a partir de uma leitura mais aprofundada sobre o tema, que cada autor adota uma abordagem distinta: alguns focam os estudos em críticas pontuais que consideram mais relevantes e outros procuram sistematizar as críticas apontadas pela doutrina em geral, indicando, inclusive, os argumentos desenvolvidos para a superação da mesma.

Optou-se, por razões pragmáticas, em desenvolver na presente monografia as críticas arroladas por Cláudio Pereira de Souza Neto como integrantes da categoria de críticas institucionais, que apontam problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos<sup>59</sup>. Essas críticas serão apresentadas dentro de três grandes grupos, por entender-se que as mesmas encontram-se correlacionadas e que passam a ser analisados nos tópicos a seguir.

### **3.1. Crítica financeira: o limite da reserva do possível**

A crítica financeira, formulada sob a denominação de reserva do possível, talvez seja a mais frequente à justiciabilidade dos direitos sociais. Isso porque os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado a tomada de decisões difíceis, na medida

---

<sup>58</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 48-49.

<sup>59</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto procura compilar todas as críticas desenvolvidas pela doutrina no artigo “A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e parâmetros”, dividindo as mesmas em duas categorias: críticas principiológicas, que põem em questão a própria legitimidade do Judiciário para atuar na concretização dos direitos sociais de um lado e as críticas institucionais de outro, que apontam problemas práticos decorrentes das decisões que são tomadas diariamente determinando o fornecimento de medicamentos gratuito por parte do Estado. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, os argumentos da separação dos poderes e de ausência de legitimidade democrática dos juízes costumam ser utilizados de uma forma extremamente maniqueísta. Por isso, e por razões argumentativas, opta por presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais, premissa que se adota para justificar a escolha quanto aos argumentos desenvolvidos. (SILVA. Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais*, p. 591).

em que o investimento de recursos em um determinado setor implica deixar de investi-lo em outro.

A escassez de recursos públicos impõe sacrifícios, impedindo que se resolvam todos os anseios da sociedade, por mais imprescindíveis que sejam. Assim, os agentes públicos ficam obrigados, à margem da sua vontade pessoal, a realizar as denominadas “escolhas trágicas”<sup>60</sup>, no sentido de que algum dos direitos não será atendido, ao menos em alguma medida.

As escolhas jurídicas devem, portanto, considerar a variável econômica que as permeiam. Mas isso não acontece na prática. O que se percebe é justamente o contrário na maioria dos casos<sup>61</sup>, em que a análise jurídica ignora quase completamente as variáveis econômicas. Nesse sentido, Juliano Heinen observa que:

*“A decisão judicial deve avaliar a escassez do fluxo orçamentário, uma vez que a determinação da consecução do direito à saúde deflagra uma desestruturação nas contas públicas, prejudicando os demais direitos, ou mesmo, o próprio direito à saúde aos outros indivíduos. Se a escassez é notória (não há recursos públicos para atender a todos), a decisão judicial nada mais faz do que escolher quem será ou não atendido e quem será ou não excluído, criando um privilégio jamais encontrado na Constituição Federal”*<sup>62</sup>.

A expressão reserva do possível foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no julgamento do famoso caso *numerus clausus*. Discutia-se a compatibilidade da política educacional que estabeleceu na Alemanha um limite ao número de vagas oferecidas pelas Faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique com o direito à livre escolha de uma ocupação.

Assinalou o Tribunal Federal Constitucional em sua sentença que *“mesmo não estando os direitos de participação limitados aos benefícios existentes, eles ainda estão sujeitos à reserva do possível, significando o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”*<sup>63</sup>. A Corte

---

<sup>60</sup> GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 279.

<sup>61</sup> Diversas decisões do Supremo Tribunal Federal adotam uma posição extremista em prol da prevalência do direito à vida e à saúde, quando em confronto com as questões orçamentárias e financeiras do Estado. A título exemplificativo, cf. RE 342413, relatora Min. Ellen Gracie; ADI 1595, relator Min. Nelson Jobim; AgRg no RE 393175, rel. Min. Celso de Mello; RE 195192, relator Min. Marco Aurélio; STA 223 (informativo de jurisprudência do STF nº 61/2008). O mesmo entendimento é repetido nos mais diversos Tribunais e instâncias judiciais nacionais, contentando-se com referência a acórdão prolatado pelo STJ (AgRg na MC 11805/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

<sup>62</sup> Heinen, Juliano. *O custo do direito a saúde e a necessidade de uma decisão realista*: uma opção trágica, p. 9.

<sup>63</sup> MAURICIO Jr., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*: a intervenção judicial em políticas públicas, p. 61.

recusou, portanto, a tese de que o Estado estaria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

Verifica-se, a partir dessa decisão, que a jurisprudência Alemã viu-se obrigada a ceder frente à constatação da impossibilidade de concretização geral e irrestrita de prestações por parte do Estado. A utilização do conceito de reserva do possível, desde que em bases bem fundamentadas e livres de cargas ideológicas, decorre da própria realidade.

Mas o princípio da reserva do possível passou a sofrer forte rejeição por parte da doutrina e da jurisprudência quando introduzida no território nacional. Isso porque a adoção do conceito de reserva do possível no país se deu em um momento de crise do Estado de Bem-Estar Social e de escancarada influência dos ideais neoliberais, passando a ser utilizada como forma de conter a dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais<sup>64</sup>.

A reserva do possível passou, assim, a ser utilizada contra decisões judiciais que determinavam o cumprimento das prestações previstas nas novas normas, disseminando-se o entendimento de que os direitos sociais, ao contrário dos individuais e políticos, estariam submetidos a sérias limitações financeiras e a uma realização progressiva<sup>65</sup>. Talvez tenha sido esse emprego indiscriminado, atécnico e ideológico que tenha gerado a rejeição pelos estudiosos nacionais, que passaram a ver a reserva do possível como mera tentativa do poder público em se desvencilhar do cumprimento de importantes prestações sociais<sup>66</sup>.

Apesar das críticas à adoção do princípio da reserva do possível, o problema da escassez é um fato e precisa ser levado em conta no momento das decisões. Como já se afirmou, diante das pretensões e interesses infinitos dos seres humanos, escolhas trágicas se fazem necessárias, uma vez que todos os direitos possuem custos<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 57-58.

<sup>65</sup> Verifica-se, entretanto, que tal distinção de tratamento decorre do entendimento tradicional e já superado, que liga a existência de custos apenas aos direitos prestacionais. Uma vez aceita a tese defendida por Holmes e Sustain, entende-se que a reserva do possível pode ser invocada diante de qualquer espécie de direito, na medida em que existem custos na implementação e realização de todo e qualquer direito.

<sup>66</sup> Ibid. p. 58.

<sup>67</sup> Ressalta-se, mais uma vez, a tese defendida por Holmes e Sunstein, de grande aceitação no plano nacional, segundo a qual, existem custos na implementação e realização de todo e qualquer direito, negativo ou positivo (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*).

Pois bem. Entendida a reserva do possível como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, há como sustentar que ela apresenta uma dimensão tríplice, nos termos do que expõe Ingo Wolfgang Sarlet, compreendendo: i) a efetiva disponibilidade fática de recursos, ii) a disponibilidade jurídica desses recursos, isto é, a possibilidade de o ente federado dispor de determinado recurso e, iii) no tocante à exigibilidade da prestação, sua razoabilidade e proporcionalidade.<sup>68</sup>

A reserva do possível fática está relacionada com a finitude de recursos disponíveis e com as limitações físicas, tecnológicas e materiais dos homens. Ninguém pode ser obrigado ao impossível, nem mesmo o Estado. Assim, se não há tecnologia ou recursos econômicos suficientes para o oferecimento de determinada prestação, por questão lógica, a mesma não poderá ser exigida, independentemente da sua natureza<sup>69</sup>.

Nesse contexto, constata-se que os problemas mais complexos aparecem na resolução de casos cotidianos, na medida em que a individualidade dificulta a percepção da sua influência na ordem jurídica como um todo e na disponibilidade de caixa do Estado. Demonstrando a necessidade de realização de cálculos e raciocínios globais na efetivação de políticas públicas, tendo em vista que as decisões não criam recursos materiais, Márcio Villela Machado assim exemplifica:

*“O deferimento judicial de tratamento de saúde, não contemplado em qualquer política pública e a um custo arbitrado de R\$100.000,00 (cem mil reais) por pessoa, certamente, não iria inviabilizar, individualmente, o Orçamento federal; porém, caso se considere que referido tratamento poderia ser útil para um contingente de 50.000 (cinquenta mil) pessoas, ao custo total de R\$5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), a questão dos limites financeiros ganha outro contorno”*

<sup>70</sup>.

A peculiaridade dos casos individuais, que dificultam uma visualização global por parte do magistrado, parece estar estritamente relacionada com a conclusão desenvolvida por Mônica Campos de Ré<sup>71</sup> quanto à distinção de tratamento dispensada pelo Judiciário às ações coletivas e

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 287;

<sup>69</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 64.

<sup>70</sup> Ibid. p. 65.

<sup>71</sup> RÉ, Mônica Campos de. *Direito à saúde. Critérios para a tomada de decisões judiciais*, p. 3-4.

às individuais. A partir do cotejo de algumas decisões judiciais, verificou-se que, quando se trata do tema de acesso à saúde em juízo envolvendo aspectos relacionados às respectivas políticas públicas, especialmente o fornecimento de medicamentos, os magistrados admitem a maior parte dos pedidos de caráter individual, sem levar em conta os elevados dispêndios financeiros decorrentes das suas decisões, mas, quando a demanda é veiculada sob a forma de ação civil pública ou ação coletiva, a posição tem sido outra, denegatória ou de difícil aceitação.

Constata-se uma contradição clara nessa atitude, que justifica a especial atenção que a doutrina vem dispensando ao tema. A avalanche de lides que chega ao Judiciário gera uma verdadeira desorganização do sistema e impacta o orçamento dos entes federativos responsáveis por atender às prestações formuladas.

Os cálculos globais não podem, portanto, ser ignorados pelo Judiciário ao decidir, pois esse Poder também tem as suas decisões vinculadas aos limites fáticos existentes, além de ter de se preocupar em não inviabilizar o exercício do mesmo direito por parte daqueles que estão em juízo. Cláudio Pereira de Souza Neto destaca com clareza essa perspectiva:

*“A verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade de casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exeqüível se a providência fosse universalizada. (...) O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiverem sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, subvertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O problema torna-se mais grave em contextos como o brasileiro, em que os mais pobres tendem a ter menos acesso à justiça”<sup>72 73</sup>.*

Portanto, a reserva do possível fática refere-se à efetiva disponibilidade material e econômica dos recursos à satisfação dos direitos fundamentais. Já a reserva do possível jurídica relaciona-se com normas jurídicas que incidem sobre o processo de consecução do gasto público, como as normas de competência, tributação e orçamentárias.

---

<sup>72</sup> O tema relativo à desigualdade quanto ao acesso à justiça será abordado nos próximos tópicos.

<sup>73</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 232-233.

Em que pese apresentar diversas perspectivas, opta-se por adotar uma abordagem da reserva do possível jurídica relacionada às normas orçamentárias<sup>74</sup>.

Como toda e qualquer despesa da Administração Pública, a destinação de recursos para a área da saúde não é feita de modo arbitrário e aleatório. Existe a necessidade de prévia autorização e previsão orçamentária, cancelada pelo Poder Legislativo, para que o Poder Executivo possa organizar e planejar as despesas públicas. A Constituição outorga a prerrogativa ao Executivo para avaliar a viabilidade material das despesas em questão e estabelecer as prioridades administrativas.

O artigo 165, §5º da Constituição consagra o princípio da universalidade, segundo o qual todas as despesas públicas devem constar do orçamento dos entes federativos. Além de instrumento autorizativo dos gastos públicos, o orçamento exerce importante função de planejamento e controle das despesas públicas. Por isso, para que um programa de governo, como o de fornecimento de medicamentos, seja implementado pelo Executivo, é necessário que as despesas estejam previstas no orçamento anual, sob pena de violação à própria Constituição<sup>75</sup>.

O orçamento relaciona-se, portanto, com a participação popular, representando, em síntese, uma autorização para que as receitas e despesas do Governo sejam legitimadas democraticamente. Sendo assim, em tese, os Tribunais deveriam manter-se afastados dessa seara, mas não é o que se verifica atualmente, conforme análise empreendida por Fernando Fróes Oliveira:

*“Durante vasto espaço de tempo, realmente ocorreu desta forma. Não obstante, com toda a evolução doutrinária e jurisprudencial já vista nas últimas décadas, lastreada na normatividade da Constituição, na teoria dos princípios e na moderna interpretação jurídica, o Poder Judiciário foi paulatinamente ampliando seu papel na concretização da Carta Magna, principalmente no que concerne à tutela dos direitos sociais. A “esfera de justiça” orçamento, que tinha por base a*

---

<sup>74</sup> Outra perspectiva bastante lembrada pela doutrina está relacionada com as normas de competência, que se relacionam com as críticas elencadas por Cláudio Pereira de Souza Neto na categoria de principiológicas. Essas críticas põem em questão a própria legitimidade de o Judiciário atuar na concretização de direitos sociais e, conforme ressaltado anteriormente, não serão objetos desse estudo.

<sup>75</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 62.

*deliberação política, passa a conviver com outras formas de legitimação, contramajoritárias, o que, pelo menos a princípio, não chega a ser antidemocrático”<sup>76</sup>.*

É preciso ressaltar, entretanto, que a atuação judicial interferente no orçamento deve ser excepcional, tendo em vista que as leis orçamentárias pactuam, diretamente, com uma série de elementos que não podem ser corretamente visualizados na análise do caso concreto, como a definição de prioridades, a análise das perspectivas macro e microeconômicas atuais e futuras e o estabelecimento dos caminhos pelos quais as pretensões dos representados serão atingidas<sup>77</sup>.

Nesse particular, é possível traçar um paralelo com a crítica usualmente desenvolvida pela doutrina relacionada à falta de conhecimento técnico comungada pelo Judiciário para a instituição de políticas públicas. O Legislativo e o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público, e macroeconômicas.

A solução proposta por Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>78</sup> para transpor essa crítica exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro, restrito ao conhecimento do texto legal, tendo em vista a necessidade de interpretação de dados econômicos, sociais e políticos. A proposta é válida, mas ainda não é uma realidade. Portanto, a postura de auto-restrição judicial ainda deve ser considerada, apesar de não se negar em nenhum momento a justiciabilidade do direito social em questão, desde que pautado em parâmetros seguros e razoáveis.

A última dimensão da reserva do possível, acrescentada por Ingo Sarlet, diz respeito à proporcionalidade da prestação, sob a perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, especialmente no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade. Nas suas palavras:

*“Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos*

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Finanças públicas, economia e legitimação*: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo, p. 5.

<sup>77</sup> Ibid. p. 5.

<sup>78</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ob. Cit. p. 236-237.



*fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”*<sup>79</sup>.

Nesse contexto, é possível defender que o Estado, na realização de prestações positivas, não deve ser exigido de modo irrazoável ou desproporcional. Sob essa perspectiva, poderia ser considerada irrazoável a conduta de um indivíduo que, mesmo com ótimas condições financeiras ou, detentor de plano de saúde, exigisse do Estado a realização de procedimento cirúrgico eletivo, ainda que houvesse recursos disponíveis, ainda que escassos, e tal atendimento não fosse proibido juridicamente<sup>80</sup>.

Em suma, a reserva do possível constitui um limite fático à efetivação e, portanto, à eficácia dos direitos sociais. Mas alguns questionamentos apresentam-se como o cerne de todo o debate empreendido: como a reserva do possível atua nessa limitação? É ela determinante, *“condicionando inexoravelmente a realização ou não dos direitos sociais prestacionais, ou pode ser afastada em determinados casos?”*<sup>81</sup>

É possível extrair um parâmetro de atuação a partir do posicionamento desenvolvido por Alceu Maurício Jr<sup>82</sup>. De acordo com o autor, somente na hipótese de o Estado ter prestado o que razoavelmente poderia ser exigido da sociedade, hipótese essa que deve ser provada, deverá o Juiz deixar de determinar que seja efetivado o direito social sindicado em juízo, mediante a prestação pretendida, uma vez que se estará diante, verdadeiramente, da limitação decorrente da reserva do possível<sup>83</sup>. De outra sorte, constatado, pelos elementos do processo, que se trata de má-gestão ou alocação ilegal ou inconstitucional de recursos, estará legitimado o Juiz para exercer o controle da omissão ou insuficiência da política pública, determinando seja cumprida a prestação que satisfaça o direito social a ser tutelado.

---

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 14-15.

<sup>80</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 60.

<sup>81</sup> MAURICIO Jr., Alceu. Op. cit., p. 63;

<sup>82</sup> Ibid. p. 68-69.

<sup>83</sup> Nesse sentido, Cláudio Pereira e Souza Neto defende que o Judiciário deve ser menos incisivo no controle de políticas públicas quando a administração investe consistentemente no direito social em questão, executando efetivamente o orçamento. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ob. Cit. p. 249.

Observe-se, todavia, que há uma hipótese de afastar-se a reserva do possível, mesmo quando provado que o Estado prestou aquilo que razoavelmente se poderia esperar. Trata-se da sindicabilidade do denominado mínimo existencial, que será desenvolvido no último tópico desse capítulo.

### **3.2. O problema da superlitigação: as demandas individuais**

As principais críticas teóricas formuladas quanto à aplicação do direito à saúde com feições absolutistas estão relacionadas com a superlitigação que se vislumbra atualmente, principalmente por meio de ações individuais que buscam prestações por parte do Estado como verdadeiro direito público subjetivo<sup>84</sup>.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, esse contexto decorre de duas variáveis principais: de um lado, o fato de as políticas públicas implementadas pelos governos nunca terem sido suficientes para satisfazer a imensa demanda da população carente de serviços e, de outro, a ampliação do processo de constitucionalização de temas pela Constituição de 1988, que eram até então vistos como reservados ao campo da política, como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia<sup>85</sup>.

A partir dessa constatação, o citado autor identifica as conseqüências que podem ser percebidas a partir da análise de decisões judiciais e de trabalhos jurídicos, tendo em vista que a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito, no trecho transcrito a seguir:

*“O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais - normalmente entre um credor e um devedor - para a área dos direitos sociais. Como será demonstrado adiante, um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa*

---

<sup>84</sup> Conforme explicitado ao longo do trabalho, reconhece-se a existência de dispositivos que procuram assegurar o acesso de todos aos medicamentos, mas isso não significa a existência de um verdadeiro direito público subjetivo aos mesmos. Sustenta-se a existência de uma esfera de discricionariedade aos mandatários eleitos do Executivo e Legislativo para eleição das políticas públicas, em face da limitação de recursos, mas o âmbito de sindicabilidade do direito a medicamento pode, excepcionalmente, ser extraído diretamente da Constituição quando de tratar de medicamentos de caráter essencial, vinculados a noção de mínimo existencial. Sobre os limites desse patamar, a definição e principais características, vide o tópico 3.4.

<sup>85</sup> SILVA. Virgílio Afonso da. Ob. Cit. p. 587-588.

*transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários”<sup>86</sup>.*

Essa transposição parece ocorrer com mais frequência nas ações individuais, em que os juízes, como atores sociais que são, observam muitas vezes tão somente o caso concreto, ou seja, a micro-justiça, sem levar em consideração os efeitos que podem decorrer do conjunto de decisões assim consideradas.

Com vistas a minimizar esses efeitos, diversos autores defendem que o direito a saúde seja considerado sob a dimensão coletiva e global, ou seja, como um direito que se realiza coletivamente. Nesse sentido, Fernanda Vargas Terrazas defende que a efetivação do direito à saúde deve ocorrer com a implementação de políticas públicas e não com a distribuição individualizada de determinada prestação. Para ilustrar esse entendimento, o trecho a seguir:

*“Dessa forma, os direitos sociais, por terem o caráter de generalidade e serem usufruídos coletivamente, a fim de que haja um acesso igualitário aos respectivos bens sociais, não se ajustam à idéia de individualização. Isso porque, toda vez que um indivíduo tem acesso a um bem não distribuído aos demais — nas mesmas condições —, ele está recebendo um tratamento diferenciado — um privilégio —, o que é incompatível com a idéia de igualdade e de justiça”<sup>87</sup>.*

Luís Roberto Barroso sustenta que a atuação judicial no âmbito das ações individuais deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, ou seja, a efetivar a realização das opções já formuladas pelo poder Executivo e Legislativo<sup>88</sup>. Para Cláudio Pereira de Souza Neto, além da hipótese em que o administrador deixa de cumprir a lei ou a entrega de prestações que se comprometeu a prover em seus próprios

---

<sup>86</sup> Ibid. p. 588.

<sup>87</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*, p. 110.

<sup>88</sup> Um dos fundamentos dessa posição é democrático, no sentido de que os recursos públicos são obtidos pela cobrança de tributos, assim, o próprio povo, que paga, deve decidir, preferencialmente, por meio dos seus representantes eleitos, como devem ser gastos e as prioridades. Além disso, presume-se que as listas foram elaboradas com base nas necessidades prioritárias e em aspectos técnico-médicos. BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 28-30.

programas, como as listas de medicamentos, a atuação judiciária em litígios individuais também é legítima quando a não garantia do direito tender a causar prejuízos irreversíveis<sup>89</sup>.

Mais uma vez, a preocupação da doutrina em estabelecer um parâmetro para a atuação do Judiciário não é descabida. Constatou-se, por exemplo, a partir da análise de dez mil casos, incluindo processos envolvendo saúde e educação, que 81% abrangiam ações individuais pleiteando remédios e tratamentos e apenas 2% referiam-se a ações coletivas, sendo que, entre essas, 81% continham matéria afeta ao direito à educação<sup>90</sup>.

Virgílio Afonso da Silva apresenta uma breve exposição sobre os resultados obtidos por um estudo empírico que teve como objetivo a análise das decisões do TJ/SP relacionadas a casos de pedido de remédios para o tratamento de AIDS<sup>91</sup>. Os resultados apontam justamente o que se tenta ressaltar, o fato de os juízes ignorarem o caráter coletivo dos direitos sociais, tratando-os como se fossem iguais ou semelhantes aos direitos individuais.

Nesse particular, antes de apresentar o resultado, é preciso ter em mente que a política de combate à AIDS do governo brasileiro é considerada pela Organização Mundial de Saúde como uma das mais eficazes do mundo e que a viabilidade do programa é devida em grande parte à mobilização social.

Apesar da política pública específica e do seu reconhecimento, inclusive em âmbito internacional, o estudo apontou que, em 85% dos casos, os autores recebiam os medicamentos que requeriam, sendo que em 93% das decisões de concessão, os julgadores consideraram o direito a saúde como individual e, em geral, não se preocuparam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo.

---

<sup>89</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ob. Cit. p. 250-251.

<sup>90</sup> HOFFMANN, Florian e BENTES, Fernando R.N.M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, p. 400-401.

<sup>91</sup> O estudo em questão foi desenvolvido no ano de 2004 pelos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo através da análise de todas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo envolvendo pedido de concessão de remédios para tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004. A referência foi feita pelo Virgílio no artigo "*O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais*", p. 594-595.

Verifica-se, portanto, que a atuação do Judiciário no que diz respeito às políticas públicas, especialmente às relacionadas ao fornecimento de medicamentos, apesar de possível por tudo que já foi exposto, deve ser limitada a uma série de razões estruturais como, por exemplo, a ausência de preparo dos juízes, de estrutura dos tribunais e o próprio fato de não terem os procedimentos judiciais sido concebidos para esse tipo de tarefa<sup>92</sup>.

Nesse contexto, é possível suscitar as críticas de índole administrativa e econômica formuladas pela doutrina. Vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais provocam a desorganização da Administração Pública, na medida em que afetam programas de atendimento global, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, para o atendimento a decisões judiciais que determinam a distribuição de medicamentos individualmente o dinheiro muitas vezes tem que ser retirado de outros programas na área da saúde.

Essas decisões, que levam em consideração apenas o caso concreto, privariam, portanto, a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão, impedindo, globalmente, a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. De acordo com Márcio Villela Machado:

“Faltam preparação, instrumentos, recursos técnicos e, algumas vezes, vontade e coragem ao Judiciário para buscar a efetivação da macrojustiça. Falta perceber que cada decisão judicial, proferida sem consideração de dados como a escassez de recursos, o princípio da igualdade ou a repercussão global do conjunto das decisões judiciais individuais, além de sérias repercussões aos indivíduos não beneficiados pelas mesmas, acarreta desorganização administrativa e perda da eficiência”<sup>93</sup>.

No contexto da análise econômica, costuma-se argumentar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de redes de água potável<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. Cit. p. 596.

<sup>93</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 84.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit. p. 25

O fato que se pretende demonstrar é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. De acordo com Luís Roberto Barroso, a jurisprudência brasileira se apóia em uma abordagem individualista no que diz respeito à concessão de medicamentos, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios<sup>95</sup>.

Nesse sentido, Alberto Kanamura deixa claro o fato de que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo<sup>96</sup>:

*"Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões [judiciais] que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R\$ 50 por família mensalmente, talvez menos de R\$ 100 por pessoa ao ano"*<sup>97</sup>.

Além da problemática apresentada, acrescenta-se uma peculiaridade relativa aos medicamentos: as dificuldades que essas demandas judiciais criam para a gestão do SUS, conforme ressaltado por Fabiola Oliveira e Paola Zucchi:

"O direito do cidadão de exigir a garantia de acesso a medicamentos via sistema judiciário é fundamental para evitar negligência do Estado. Entretanto, partir do pressuposto de que qualquer reivindicação de medicamentos deve ser atendida, pois, está-se garantindo o direito à saúde, em um mercado farmacêutico com mais de 15 mil especialidades farmacêuticas, revela desconhecimento sobre as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico. As ações

---

<sup>95</sup> Ibid. p. 26.

<sup>96</sup> Corroborando essa tese, os números apresentados por Fernanda Terrazas: "a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo gastou, no ano de 2006, apenas com o cumprimento das decisões judiciais da comarca da capital de São Paulo (das pessoas que são atendidas no FAJ), R\$ 65 milhões para atender cerca de 3.600 pessoas. Em comparação, no mesmo ano, com o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (cuja execução é de responsabilidade estadual), a Secretaria de Saúde gastou R\$ 838 milhões para atender 380 mil pessoas. Isso significa que no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional foram gastos, em média, R\$ 2.205,00/ano por usuário, enquanto com o cumprimento das determinações judiciais foram gastos, em média, R\$ 18.000,00/ano por beneficiado. TERRAZAS. Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. p, 106.

<sup>97</sup> Alberto Hideki Kanamura, "O dilema do gestor da saúde", *Folha de São Paulo* (10.07.2003), p. A3. Aput. SILVA. Virgílio Afonso da. Ob. Cit. p. 596-597.

judiciais descritas revelam que a PNM e suas diretrizes foram desconsideradas, em franca contraposição à tendência internacional de racionalizar o uso de tecnologias na área da saúde”<sup>98</sup>.

A discussão já começou a chegar ao STF e o ponto foi observado, ainda que de forma indireta, pela Ministra Ellen Gracie ao deferir em parte suspensão de tutela antecipada requerida pelo Estado de Alagoas para limitar a responsabilidade do Estado ao fornecimento dos medicamentos previstos na portaria pertinente do Ministério da Saúde:

“Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)’ dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”<sup>99</sup>.

Diante da superlitigação, a tentativa de estabelecimento de parâmetros por parte da jurisprudência também é contínua. Sob esse ângulo de análise, a decisão transcrita é paradigmática:

“Direito fundamental à saúde. Colisão de direitos. Critérios para ponderação. Análise de caso concreto. [...] 3. Disto se seguem determinados parâmetros, no tocante ao direito fundamental à saúde, para observância: a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde; b) o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde; c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos; d) havendo alternativa disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido; e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a “medicina das evidências”, devendo eventual prova pericial, afastado “conflito de interesses” em relação ao médico, demonstrar que não se aplica ao caso concreto do paciente; f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagem ou em protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*, p. 221.

<sup>99</sup> STF, Suspensão de tutela antecipada 91, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJU 05.03.2007.

<sup>100</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região, agravo nº 2007.04.000287680, Terceira Turma, 15/04/2008, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 07/05/2008. Acessível em: [www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br).

As decisões judiciais devem considerar, portanto, os efeitos que geram ou possuem o condão de gerar sobre o bem-estar de outrem. É preciso tomar cuidado para que a jurisprudência não migre de uma situação de completa omissão na intervenção e efetivação judicial do direito à saúde para uma aplicação absolutista do mesmo que, sem maiores preocupações com a fundamentação teórica, ignore as políticas públicas, deferindo as mais diversas prestações, sem se preocupar com a repercussão financeira e com as demais normas jurídicas vigentes.

### **3.3. Ofensa ao princípio da isonomia: a constatação empírica da concessão de privilégios**

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, cabendo ao Estado, através de prestações positivas, propiciar condições necessárias ao desenvolvimento social ou, ao menos, o mínimo necessário para que o indivíduo possa sobreviver com dignidade e buscar, com suas próprias forças, a melhoria de sua condição de vida e de sua família<sup>101</sup>.

Essa lógica está relacionada com a vertente material do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que passou a ser exigida ao lado da vertente formal, já consolidada desde as Revoluções Burguesas dos séculos XVIII e XIX, diante da constatação de que a igualdade perante a lei não significava, sob qualquer hipótese, a igualdade real.

A complexidade que se pretende abordar nesse tópico decorre de uma clara contradição: as necessidades sociais no Brasil são ampliadíssimas, impondo uma atuação efetiva por parte do Estado na persecução da igualdade material. Entretanto, as políticas públicas implementadas pelos governos nunca foi suficiente para satisfazer a imensa demanda da população carente de serviço em qualidade e quantidade aceitáveis.

Nesse contexto, vislumbra-se uma convicção por parte de muitos operadores do direito e, em especial, dos juízes no sentido de que a atuação do Poder Judiciário serviria para proteger

---

<sup>101</sup> MACHADO, Márcio Villela. Ob. Cit. p. 76. O autor ressalta com precisão que, não obstante o caráter negativo desses direitos, que coexiste como o positivo, é exclusivamente esse último que interessa para a análise empreendida nesse momento.



justamente essa situação e, em especial, os mais necessitados, que seriam os principais prejudicados pela omissão estatal na garantia dos direitos dos cidadãos<sup>102</sup>.

Contudo, dois argumentos podem ser apontados com vistas a questionar tal entendimento. O primeiro deles, desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, está relacionado com a crença de que o ativismo judicial é a melhor forma de se proteger os direitos sociais e econômicos. Em suas palavras:

*“Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar ‘histórias de sucesso’ na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o Judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa. Como é comum em discussões polarizadas, a solução muitas vezes só pode ser encontrada no meio termo entre os dois pólos opostos”*<sup>103</sup>.

O segundo argumento está relacionado ao fato de diversos estudos terem constatado, no que diz respeito especificamente à determinação de entrega gratuita de medicamentos, que as providências jurisdicionais favoráveis não beneficiam predominantemente os mais necessitados, mas a classe média, que tem obtido efetivo acesso à justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

Quanto mais rica e mais educada forem as populações, mais litígios elas geram. Florian Hoffmann e Francisco Bentes apresentam essa conclusão a partir da análise dos índices de litigiosidade extraídos de um estudo da Universidade de Brasília, demonstrando que os índices de casos de primeira instância seguem o mesmo padrão da composição geral sócio-econômica de cada Estado. Assim, analisando cinco Estados representativos dos diferentes padrões de desenvolvimento regional, constatou-se que o Rio Grande do Sul lidera em quantidade, por alta margem, sobre o Rio de Janeiro, que é seguido de Goiás, e logo depois por Pernambuco e Bahia<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*, p. 96.

<sup>103</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais*, p. 592.

<sup>104</sup> HOFFMANN, Florian e BENTES, Fernando R.N.M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, p. 384.

O caráter elitista de acesso ao Judiciário também foi identificado por Cláudio Pereira de Souza Neto, que, valendo-se de pesquisas já realizadas, conclui que há uma predominância da classe média na obtenção de providências jurisdicionais favoráveis, propiciando uma concentração de renda através do Judiciário, com a efetiva diminuição da capacidade estatal de prover serviços para os cidadãos mais pobres.<sup>105</sup>

Ana Luiza Chieffi e Rita Barata tiveram a mesma percepção após a análise dos registros eletrônicos efetuados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo acerca das demandas pleiteando o fornecimento de medicamentos:

*“(...) a maioria das ações ajuizadas contra a SES-SP demanda exclusivamente o acesso a produtos não previstos nos protocolos e programas executados pelo SUS. Desse modo, o acolhimento dessas demandas, no mais das vezes significa o estabelecimento de privilégios para aqueles indivíduos com poder aquisitivo para contratar um advogado e acionar o Estado. A igualdade de condições, preconizada para a assistência, deveria impedir a existência de privilégios ou preconceitos de qualquer espécie nos serviços de saúde. No entanto, muitas ordens judiciais ferem este conceito por garantir a poucos indivíduos determinados serviços que não são oferecidos pelo SUS, beneficiando-os. Tais decisões interferem de forma negativa na organização do SUS”<sup>106</sup>.*

Essa conclusão decorre dos resultados encontrados. No período estudado, foram cadastrados 3.007 processos judiciais, relativos a 2.712 pacientes diferentes, sendo solicitados 954 itens de medicamentos<sup>107</sup>. A representação judicial dessas ações foi privada em 74% dos casos<sup>108</sup> e 77% dos remédios pleiteados não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS<sup>109</sup>. Quanto à classificação do local de moradia do paciente informado no processo, 16% dos solicitantes pertenciam ao estrato 1, 35% ao estrato 2 e 22% ao estrato 3<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 533-534.

<sup>106</sup> CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas, *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*, p. 1840.

<sup>107</sup> A referida pesquisa compreendeu as ações judiciais cadastradas de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006 movidas por pacientes que informaram, no processo judicial, residir na cidade de São Paulo e receberam medicamentos por meio de processos contra a SES-SP. Ibid. p. 1840.

<sup>108</sup> Cumpre ressaltar que Cláudio Pereira de Souza Neto questiona o fato dos dados apresentados pela maior parte das pesquisas serem referentes ao Estado de São Paulo, que, até há pouco tempo, não possuía Defensoria Pública e que ainda se encontra em fase de consolidação.

<sup>109</sup> Apesar do indicativo encontrado, Fabíola Sulpino Vieira e Paola Zucchi chegaram a um percentual diverso a partir da análise de 170 ações movidas contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, referentes ao fornecimento de medicamentos, durante o ano de 2005. A pesquisa indica que 62% dos medicamentos faziam parte de listas de medicamentos de programas do SUS. Mas, ao final, a conclusão quanto ao prejuízo à equidade é o mesmo. De acordo com as autoras, “a observação de que 63% dos impetrantes de ações judiciais residiam nas áreas do município com menor grau de exclusão social vai ao encontro do achado de que a maioria desses pacientes teve representação privada de seus processos. Também sugere que são indivíduos menos carentes de proteção social que estão movendo

Fernanda Terrazas também conclui que a judicialização dos direitos sociais, pelo menos no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas. Nas suas palavras:

*“Primeiramente, e partindo das impressões obtidas durante a realização da pesquisa empírica<sup>111</sup>, destaca-se que, independentemente de qualquer variável, aqueles que obtêm uma decisão judicial favorável ao fornecimento de medicamentos são cidadãos privilegiados. Isso porque eles têm acesso a bens diferenciados e a um tratamento distinto daqueles normalmente oferecidos aos usuários do SUS. Recebem frequentemente os medicamentos considerados mais modernos e a falta dos medicamentos, quando ocorre, é prontamente sanada”<sup>112</sup>.*

Mas não é só esse problema que pode ser vislumbrado. O que se verifica em muitos casos, aprofundando ainda mais a desigualdade, é que essas decisões concessivas em litígios individuais, que preferem em sua grande maioria a classe média, afetam diretamente os cidadãos mais pobres, na medida em que o Governo se vê obrigado a transferir recursos que dispensaria em programas institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais. Isso porque, conforme enfaticamente ressaltado, os recursos são escassos.

A partir disto, pode-se concluir que, havendo sérias evidências de que o acesso ao judiciário brasileiro encontra-se fortemente restrito para as classes menos favorecidas, mais difícil se torna acreditar que a concretização do direito à saúde por meio deste Poder, em especial, por demandas individuais, guarda o necessário respeito ao princípio constitucional da igualdade material<sup>113</sup>.

---

ações contra o poder público municipal e instala a dúvida sobre o descumprimento das ações de equidade proposta pelo SUS”. (VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. *Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil*, p. 221).

<sup>110</sup> Para avaliar a área da residência foi utilizado o Índice de Vulnerabilidade Social (IPVS), indicador desenvolvido pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Fundação Seade), que classifica os setores censitários em seis grupos de vulnerabilidade social: nenhuma vulnerabilidade, vulnerabilidade muito baixa, vulnerabilidade baixa, vulnerabilidade média, vulnerabilidade alta e vulnerabilidade muito alta – estratos de 1 a 6, respectivamente. Os distritos foram classificados nos estratos de vulnerabilidade social segundo a predominância de setores censitários de determinado estrato.

<sup>111</sup> A pesquisa empírica em questão foi realizada através de entrevistas, orientadas por um questionário previamente formulado e realizadas com os próprios beneficiados das decisões judiciais. A realização dessas entrevistas diretas foi possível em virtude da existência do FAJ (Fornecimento para Ação Judicial), estrutura montada pela Secretaria Estadual de Saúde do Estado de São Paulo, onde as pessoas que entraram com ação judicial na comarca da capital e conseguiram uma decisão judicial favorável vão buscar, mensalmente, os remédios solicitados.

<sup>112</sup> TERRAZAS. Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*, p. 110.

<sup>113</sup> Ressalta-se novamente, para que não haja dúvidas. Admitindo-se a juridicidade dos direitos sociais, o judiciário pode e deve atuar na sua concretização, reprimindo omissões inconstitucionais do administrador público, bem como

Desta forma, parece pertinente levar em consideração dois parâmetros apresentados por Cláudio Pereira de Souza Neto para a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. O autor ressalta que os mesmos não devem ser utilizados como regras de observância peremptória pelos magistrados, mas como mecanismos de redução do ônus argumentativo.

O primeiro parâmetro diz respeito à legitimidade de atuação judiciária restrita, em regra, aos hipossuficientes, tendo em vista a escassez de recursos. Nada impede que o legislador opte por conceder determinada prestação de maneira universalizada, mas as mesmas apenas são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

Partindo dessa premissa, o segundo parâmetro diz respeito à possibilidade de universalização da medida. Assim, a prestação somente pode ser requerida quando puder ser universalizada para todos os hipossuficientes.

Ressalta-se, mais uma vez, a importância da racionalização da atuação judiciária, de modo a impedir alguns excessos que vem sendo praticados pelo Poder Judiciário. A judicialização das políticas públicas tem significado um avanço na efetivação da Constituição, mas, para que esse papel continue a ser exercido sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação, mostra-se essencial que a atuação judicial seja racional e criteriosa.

### **3.4. Parâmetro de atuação: a tentativa de estabelecimento de um mínimo existencial**

Partindo da constatação de que o Estado não dispõe de recursos aptos a prover a uma demanda infinita a ações de saúde, uma postura cientificamente responsável demanda, para os autores que vislumbram verdadeiros direitos prestacionais ao fornecimento de medicamentos, o ônus de estabelecer um critério racional, que permita distinguir o que poderá ser exigido judicialmente do que permanecerá no âmbito do juízo discricionário do poder Legislativo e

---

condutas desviantes, mas a sua atuação deve ser pautada em critérios claro e objetivos, além de responsável e sistemática.

Executivo. A necessidade de formulação desse critério é sintetizada com clareza por Ricardo Lobo Torres:

*“As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir de critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendem à população segundo as condições de idade, sexo ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde? Essas questões, que constituem o cerne da discussão em torno da justiça local, estão inteiramente obscurecidas entre nós pela proclamação demagógica da universalidade e da igualdade no atendimento! (...). De notar que não se defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam e se somem as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita de impostos”<sup>114</sup>.*

Como antes mencionado, há determinadas prestações que, por se relacionarem com as condições básicas de existência, assumem o caráter de fundamentalidade, transubstanciando-se em verdadeiros direitos subjetivos, passíveis, portanto, de exigibilidade diante do Poder Judiciário, que se convencionou chamar de mínimo existencial. A formulação de Ana Paula de Barcellos nesse ponto é de extrema clareza:

*“As prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos. (...) A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido”<sup>115</sup>.*

Para além desse núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, as prestações de direitos sociais não guardam o caráter de fundamentalidade, dependendo, para sua efetivação, da deliberação político majoritária, que estabelecerá o conteúdo dessa dignidade em cada momento histórico<sup>116 117</sup>. Essa lógica se coaduna com um Estado democrático e pluralista, na medida em que

<sup>114</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos Direitos. In: Teoria dos direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.183-185. Aput. GOVÊA, Marcos Maseli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. P. 135.

<sup>115</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 140.

<sup>116</sup> Ibid. p. 140. Nesse mesmo sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto, que entende resultar da construção do mínimo existencial “a prerrogativa de o Judiciário concretizar os direitos sociais em sua esfera mínima, independentemente

diversas concepções de dignidade podem ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. Cumpre ressaltar, entretanto, que nenhuma concepção poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares, necessárias à existência humana, sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia<sup>118 119</sup>.

Nessa perspectiva, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias, apenas para além desse núcleo essencial. Esse entendimento é comungado por parte da doutrina, como Ana Paula de Barcellos (conforme entendimento desenvolvido), bem como Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner, conforme se depreende do trecho transcrito a seguir:

*“(...) embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar”<sup>120</sup>.*

Parte da doutrina discorda desse entendimento, segundo o qual haveria uma determinação *a priori* e em abstrato de que o princípio da reserva do possível não teria qualquer aplicabilidade

---

das políticas públicas formuladas e executadas pelo Executivo e pelo Legislativo. (...) Para além do mínimo, os direitos sociais também podem ser efetivados, mas sob reserva de lei”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira, OB. Cit. p. 243).

<sup>117</sup> Daniel Sarmento discorda dessa tese. Em sua opinião, o papel do Judiciário em matéria de proteção dos direitos sociais não deve se limitar à garantia do mínimo existencial, pois o ponto a que pode chegar depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado figure o direito social em questão, e, de outro, os princípios concorrentes, como a democracia, a separação dos poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada. (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 579).

<sup>118</sup> Ibid. p. 140.

<sup>119</sup> Nesse ponto, válido o exemplo fornecido por Ana Paula de Barcellos, que se utiliza da imagem de dois círculos concêntricos para expressar essa relação: “O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que representa afinal o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do *mínimo existencial*, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.”.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 36.

frente ao mínimo existencial. De acordo com Daniel Sarmento, nem sempre é possível, de modo imediato e igualitário, assegurar todas as condições para a vida digna à generalidade da população, principalmente em sociedades pobres. Sendo assim, não existiria um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível. Sobre essa conclusão específica, vale transcrever breve passagem do autor:

*“Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicionada, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. Porém, entendo que quanto mais indispensável se afigurar uma determinada prestação estatal para garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito prima facie garantido. (...) Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado”*<sup>121</sup>.

Nesse contexto, é preciso fixar uma importante premissa – o mínimo existencial não se limita a garantir a existência física dos indivíduos, a sua mera sobrevivência, mas a garantia de condições para uma vida digna, livre e participativa. Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner identificam essa característica:

*“De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência”*<sup>122</sup>.

A conceituação do mínimo existencial, em termos amplos e genéricos, apresenta importante posicionamento doutrinário no sentido de sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, congregando os direitos e prestações essenciais para uma vida digna e saudável. Nesse sentido, as formulações de Ingo Sarlet<sup>123</sup>, Ana Paula de Barcellos<sup>124</sup> e Daniel Sarmento. O

<sup>121</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 579.

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 21-22.

<sup>123</sup> “A noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”. (SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 433).

<sup>124</sup> “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.” (BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 248);

último autor, de maneira extremamente sucinta, entende que *“o direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida”*<sup>125</sup>.

O problema, entretanto, transparece quando se pretende estabelecer um conceito mais específico que identifique o conteúdo, em espécie e extensão, do mínimo existencial, tendo em vista a ausência de previsão constitucional.

Alguns autores entendem que a definição do conteúdo específico do mínimo existencial apenas pode ser realizada em concreto, com razoabilidade, de acordo com variáveis espaciais e temporais, e mediante utilização da técnica de ponderação de valores. Daniel Sarmiento utiliza-se de um exemplo emblemático para demonstrar que a inserção ou não de uma prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada em abstrato. O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para um indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua recursos financeiros para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna<sup>126 127</sup>.

No Brasil, talvez a tentativa mais conhecida de definir o conteúdo específico do mínimo existencial tenha sido a empreendida por Ana Paula de Barcellos. Especificamente com relação às prestações mínimas em saúde, Ana Paula de Barcellos discorre acerca da dificuldade adicional que envolve o tema, tendo em vista que, muitas vezes, a saúde não admite gradações. Assim, sugere alguns parâmetros para a identificação destas prestações, destacando-se aquele que:

*“(...) propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram – e.g., o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal –, necessitam – e.g., saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc. – ou provavelmente não de necessitar – e. g., o*

---

<sup>125</sup> SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 576.

<sup>126</sup> SARMENTO, Daniel. Ob. Cit. p. 577.

<sup>127</sup> Vislumbra-se, nesse ponto, que a conclusão desenvolvida por Daniel Sarmiento se coaduna com o critério já analisado desenvolvido por Cláudio Pereira de Souza Neto da legitimidade de atuação judiciária restrita, em regra, aos hipossuficientes. Tal postura conduz a uma crítica natural às decisões judiciais que consideram irrelevante analisar se o autor da ação possui ou não recursos, tendo em vista a universalidade do direito à saúde. Nesse sentido, o Recurso Especial 430.526/SP de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se entendeu irrelevante para a concessão de medicamento não contemplado na lista do SUS, o fato de ser o demandante Delegado de Polícia, com rendimentos muito superiores à média nacional.



*acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outros”*<sup>128</sup>.

Conforme demonstrado ao longo de todo o trabalho, a atribuição ao Judiciário da possibilidade de concretizar direitos sociais em toda a sua amplitude não é possível, além de ser indesejável. Por isso, a doutrina e a jurisprudência vêm buscando formas mais adequadas de lidar com a questão. O mínimo existencial é um dos parâmetros que podem contribuir para a redução da subjetividade e do voluntarismo na conformação do direito à saúde, dos excessos e abusos, bem como garantir a mais ampla efetividade deste direito.

---

<sup>128</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 141-142.

#### **4. Busca de alternativas para lidar com o cenário: por uma atuação dialógica**

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, as decisões judiciais que não observam mais detidamente as suas conseqüências práticas podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes inspiraram. O Judiciário não deve, portanto, distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a todos os indivíduos que os pleitearem.

O que se verifica na prática é que boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde decorrem muito mais de desvios na execução das políticas públicas já existentes do que de falhas na elaboração das mesmas políticas. A simples análise empreendida no tópico 2.3 acerca da política de distribuição de medicamentos deixou transparecer que os poderes Executivo e Legislativo não estão omissos sobre a política de distribuição de medicamentos, ao menos do ponto de vista normativo.

De acordo com o posicionamento de Alceu Maurício Jr. adotado no presente trabalho, nos casos em que for constatada a má-gestão ou a alocação inconstitucional ou ilegal de recursos, não existem maiores questionamentos quanto à legitimidade de atuação do Judiciário. Isso porque não há escassez de recursos nessa hipótese, mas malversação de recursos e descumprimento de preceito constitucional ou legal.

O maior problema ocorre quando o Judiciário afasta ou simplesmente ignora as políticas administrativas, sem expor qualquer fundamento relevante para tanto, a não ser a abstrata invocação de uma suposta extensão ampla do direito à saúde.

Exemplo paradigmático de decisão que afasta a política administrativa existente pode ser identificado em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde, em apelação interposta pelos entes federados réus, manteve-se decisão de primeira instância, que os condenava a fornecer medicamento e insumos para controle da diabetes. A peculiaridade da ação é que a maioria dos produtos vindicados era fornecida administrativamente pelo SUS, mediante

a participação do indivíduo no programa legal de educação de diabetes, tendo-lhe sido negados em razão de sua recusa na inscrição em referido programa. O Tribunal, mesmo sem qualquer consideração acerca da legitimidade, proporcionalidade ou constitucionalidade da exigência administrativa, determinou o fornecimento dos medicamentos sem a necessidade de inscrição no programa (Apelação Cível nº 1.0024.06.192902-2/002, Rel. Wander Marotta)<sup>129</sup>.

Ao afastar, sem maiores considerações, a exigência de participação do indivíduo em programa de acompanhamento do enfermo, as decisões judiciais desestruturam e enfraquecem a política pública existente. Mais grave é que o fazem sem qualquer ponderação entre os eventuais problemas gerados pela exigência administrativa e os benefícios individuais e gerais daí decorrentes; simplesmente, consideram que a amplitude do direito à saúde não admite maiores exigências administrativas.

Mais comum do que decisões que afastam, sem maiores considerações, exigências legais para deferimento do medicamento pleiteado, são as decisões que, simplesmente, ignoram a existência da política pública. Nestes casos, deferem-se os medicamentos pleiteados pela parte autora, estando eles presentes ou não nas listas oficiais previamente elaboradas pelos administradores públicos, com base em vagas referências ao caráter amplo e irrestrito do direito à saúde. Não se identifica qualquer preocupação em analisar a adequação das políticas públicas existentes, a eficiência dos tratamentos oferecidos pelo SUS, a viabilidade financeira do fornecimento dos medicamentos pleiteados ou qualquer outro elemento que pudesse fundamentar um juízo de ponderação, recomendável diante dos inúmeros conflitos normativos que podem ser identificados na espécie<sup>130</sup>.

Para evitar essas situações, Cláudio Pereira de Souza Neto propõe que seja aprofundado o diálogo entre os poderes Judiciário e o Executivo, especialmente com as instâncias de políticas

---

<sup>129</sup> No mesmo sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação nº 0284791-32.2008.8.19.0001 - 2009.001.05922, Rel. Luiz Fernando de Carvalho; APELAÇÃO Nº 0201490-90.2008.8.19.0001, Rel. Nanci Mahfuz) e de seu congêneres paulista (Apelação Cível nº 813.454-5/2-00, Rel. Oswaldo Luiz Palu).

<sup>130</sup> Exemplificativamente, cf. acórdãos nos quais esta postura é identificada: AI nº 2008.01.00.035382-3/BA, Rel. Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, TRF 1ª. Região; AC 2008.33.10.000231-3/BA, Rel. Fagundes de Deus, TRF 1ª. Região; Apelação Cível nº 1.0024.05.858672-8/001, Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, TJMG; Apelação / Reexame Necessário nº 990.10.134907-8, Rel. Marrey Uint, TJSP; AI nº 0038561-79.2009.8.19.0000 - 2009.002.29481, Rel. Luiz Fernando de Carvalho, TJRJ.

sociais. Ele apresenta uma verdadeira diretriz institucional para a atuação judiciária, cuja formulação merece ser transcrita:

*“As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá”<sup>131</sup>.*

Nesse mesmo sentido, o raciocínio desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, que defende uma canalização das demandas individuais por parte do Judiciário em uma espécie de “diálogo institucional”, com a finalidade de exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais. Desta forma, o Poder Judiciário estaria apto a questionar as alocações com os poderes públicos sempre que fosse necessário<sup>132</sup>.

O Judiciário seria capaz, como controlador das políticas já existentes, juntamente com o Ministério Público, de pensar os direitos sociais de forma global, respeitando as políticas planejadas pelos poderes públicos, sem fazer realocações irracionais e individualistas de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais como um todo<sup>133</sup>.

#### **4.1. As soluções cooperativas adotadas pelo Estado de São Paulo**

O fenômeno de judicialização indiscriminada do direito à saúde passou a preocupar União, Estados e Municípios, tendo em vista que o atendimento às ordens judiciais reflete de maneira significativa na organização e no planejamento das políticas públicas na área da saúde.

De acordo com Juliana Yumi, Procuradora do Estado de São Paulo, foram adotadas pelo ente as estratégias tradicionais de defesa de teses jurídicas como a ilegitimidade, a reserva do possível, a separação dos poderes, o princípio da reserva orçamentária, entre outros. Mas restou demonstrado que esses argumentos não apresentavam permeabilidade junto ao Poder Judiciário.

---

<sup>131</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ob. Cit. p. 252.

<sup>132</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. Cit. 598.

<sup>133</sup> Ibid. p. 598.

Desta forma, preocupada com os efeitos dessas decisões, a Administração Paulistana decidiu investir em respostas novas<sup>134</sup>.

Em outubro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu dentro da área do Contencioso da capital um setor especializado em saúde pública. A Secretaria Estadual de Saúde, por sua vez, investiu na criação de uma equipe multidisciplinar: a Coordenação de demandas estratégicas do Sistema Único de Saúde, que funciona junto ao gabinete da Secretaria Estadual de Saúde<sup>135</sup>.

Esses dois grupos passaram a se comunicar intensamente e o primeiro grande fruto dessa parceria foi a criação e a implementação de um sistema informatizado para o controle das ações dentro da própria Secretaria de Saúde – o denominado “Sistema de Controle Jurídico” (SCJ)<sup>136</sup> –, que concentra diversas informações sobre o processo, permitindo uma visão panorâmica da judicialização da saúde.

O mapeamento das ações detectou a existência de elevado número de causas patrocinadas pela Defensoria Pública, em que se pleiteavam produtos já disponibilizados pela rede pública. O indicativo decorre muitas vezes de uma ineficácia do sistema, que gera desabastecimento, mas também indica muitas vezes o desconhecimento da política de distribuição de medicamentos por parte da população. *“Não há uma informação clara e precisa sobre o que é fornecido, qual é o ente responsável pelo fornecimento, dentro da regra de distribuição de competências, onde esse fornecimento ocorre e quais são os requisitos a serem cumpridos para que haja a prestação”*<sup>137</sup>.

Com vistas a evitar essa litigiosidade, por vezes desnecessária, consolidou-se uma parceria entre a Secretaria Estadual de Saúde e a Defensoria Pública, por meio da qual foi implementado um atendimento administrativo, realizada por técnicos e farmacêuticos da Secretaria, locados

---

<sup>134</sup> YOSHINAGA, Juliana Yumi. *A judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com essa realidade*, p. 2.

<sup>135</sup> Ibid. p. 6.

<sup>136</sup> Grande parte das pesquisas desenvolvidas para a análise das decisões judiciais sobre o fornecimento de medicamentos teve como parâmetro os dados extraídos do Sistema de Controle Jurídico. Nesse sentido, as conclusões utilizadas no presente trabalho extraídas do artigo: *“Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade”* de Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata.

<sup>137</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. *Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas*, p. 134.

dentro da própria Defensoria, que identificam pedidos materiais disponíveis no SUS e onde ocorre a dispensação dos mesmos; e ofertam terapias análogas disponíveis na rede pública, caso o medicamento não conste na listagem do SUS. No caso de ser o medicamento não padronizado a única alternativa, o fornecimento se dá via procedimento administrativo inaugurado no âmbito da própria Secretaria<sup>138</sup>.

O mapeamento das ações contribui também para a percepção de que alguns pleitos recorrentes mostravam-se legítimos, permitindo, assim, uma atualização gradual e criteriosa das listas oficiais do SUS, através da incorporação de novos produtos aos programas já existentes e da criação de protocolos para o tratamento de diversas enfermidades não abrangidas pelas políticas públicas anteriores<sup>139</sup>.

Uma experiência interessante é o eventual fornecimento de meios de produção de determinados insumos e não o fornecimento dos mesmos. A iniciativa não tem aplicabilidade para os medicamentos, em especial, mas exemplifica a tentativa da Secretaria de Saúde em reduzir, por exemplo, a imensa quantidade de demandas judiciais intentadas pela Defensoria Pública pleiteando o fornecimento de fraldas descartáveis<sup>140</sup>.

A mais recente estratégia adotada pelo Governo Paulista é a implementação de um projeto através de um termo de cooperação firmado, mais uma vez, entre a Defensoria Pública e a Secretaria de Saúde. Trata-se de uma experiência cooperativa que busca, de forma prévia e experimental, afastar a necessidade de propositura de ações judiciais.

A idéia é criar uma instância administrativa para o fornecimento espontâneo dos medicamentos não padronizados pelo SUS, a ser considerada condição de procedibilidade das ações por medicamentos<sup>141</sup>. Caso seja verificada a impossibilidade de fornecimento do produto solicitado, em razões de regras previstas na Política Nacional de Medicamentos, a Secretaria fornece uma negativa escrita e somente os destinatários que tenham recebido a mesma, terão as

---

<sup>138</sup> YOSHINAGA, Juliana Yumi. Ob. Cit. p. 7-8.

<sup>139</sup> Ibid. p. 12.

<sup>140</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Ob. Cit. p. 143-144.

<sup>141</sup> YOSHINAGA, Juliana Yumi. Ob. Cit. p. 14.

respectivas ações judiciais para o fornecimento de medicamentos propostas pela Defensoria Pública.

De acordo com Leonardo e Luciana Carvalho, *“a medida permite à Secretaria de Saúde uma ação de antecipação das demandas de modo a evitar as ações judiciais e também permite à Defensoria Pública do Estado uma otimização da prestação de assistência jurídica (...)”*<sup>142</sup>. Trata-se, portanto, de uma tentativa de racionalizar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, selecionando as demandas que alcançarão o Judiciário.

A partir da análise da experiência paulista, é possível verificar que a tentativa de solucionar as tensões entre recursos públicos e a infinidade de carências relacionadas à saúde da população, por envolver escolhas complexas, podem vislumbrar o diálogo e as ações conjuntas de diversos setores da sociedade como importantes mecanismos para possibilitar uma otimização da prestação dos serviços e de legitimação da gestão de interesses coletivos.

#### **4.2. A experiência interdisciplinar implementada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil (SESDEC), através da celebração de um convênio, instituíram um Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), que funciona dentro do Tribunal para ajudar no atendimento de ações ajuizadas pela população para obter medicamentos e internações na rede pública de Saúde.

O Núcleo foi criado em 2009 com o objetivo de assessorar os juízes, agregando conhecimentos técnicos específicos. O projeto teve início na 10ª Vara de Fazenda Pública, de titularidade da Juíza de Direito Valéria Pachá Bichara, que acredita servirem os pareceres como subsídio importante para a racionalização das decisões que determinam o fornecimento de medicamentos<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito a saúde: custos sociais e soluções cooperativas, p. 145.

<sup>143</sup> A Juíza compôs a mesa de um debate realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para a ampliação dos serviços do NAT, conforme noticiado na Revista Eletrônica Interação nº 31. Disponível no endereço eletrônico:

O NAT dispõe de uma equipe de 29 (vinte e nove) farmacêuticos, 10 (dez) nutricionistas, 10 (dez) enfermeiros, 5 (cinco) médicos e 4 (quatro) profissionais administrativos, que têm como função avaliar os pedidos formulados nas demandas judiciais com base nos documentos e prescrições apresentados pelas partes envolvidas nos processos. São relatados no parecer a correlação entre a indicação terapêutica do medicamento pleiteado e a patologia do autor; a existência do medicamento em programa público de fornecimento; os medicamentos disponíveis que podem ser utilizados para o tratamento da patologia do autor, quando o medicamento pleiteado não faz parte de nenhum programa de fornecimento, bem como a inexistência de registro sanitário para o medicamento no país<sup>144</sup>.

De acordo com informações da coordenadoria do núcleo, além dos laudos, foi analisado no ano de 2010 um total de 1.470 processos e confeccionados mais de 1.440 pareceres técnicos. O núcleo funciona interligado em tempo real com a Secretaria Estadual de Saúde para a verificação imediata da listagem de medicamentos disponíveis no estoque, e os seus serviços abrangem desde as varas de Fazenda Pública da capital fluminense às 20 câmaras cíveis do TJRJ<sup>145</sup>.

De acordo com uma análise empreendida pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Subsecretário Jurídico e Corregedor da Secretaria Estadual de Saúde (SES/RJ), Pedro Henrique Di Masi Palheiro, o contingencial das ações de medicamentos no âmbito das ações de saúde demonstram a atenção que vem sendo dispensada pela Administração carioca e pelo Tribunal de Justiça. As ações pleiteando medicamentos totalizam 81% das ações que envolvem o direito à saúde<sup>146</sup>.

Verifica-se, portanto, que o Núcleo vem desempenhando um papel relevante na racionalização do fornecimento de medicamentos, funcionando como um importante mecanismo para superar diversas críticas formuladas pela doutrina. A submissão da demanda a uma análise técnica tem o condão de impedir a proliferação de decisões extravagantes, que condenam a

---

[http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/revista\\_eletronica/informativo\\_31.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/revista_eletronica/informativo_31.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2011.

<sup>144</sup> Informações retiradas da Revista Eletrônica Interação nº 31 do TJ/RJ.

<sup>145</sup> As informações estão disponíveis no portal do CNJ, já citado acima.

<sup>146</sup> A apresentação em referência está disponível o site do Conselho Nacional de Saúde.



administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, como medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa.

## Conclusão

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, os operadores do direito, sobretudo os juízes, são obrigados a refletir sobre o seu papel na efetivação da política de distribuição de medicamentos com base em duas considerações. De um lado, o fato de que a previsão dos direitos sociais na Constituição não pode ser encarada como simples “lírica constitucional” <sup>147</sup>, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. De outro, o fato de que os direitos sociais não devem ser tratados como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, ou seja, os juízes não podem ignorar as políticas públicas existentes, concedendo de forma irracional e individualista medicamentos a todos que recorrerem ao Judiciário.

O direito à saúde, em um espaço de pouco mais de uma década, deixou de ser tratado com total inércia em troca de uma postura altamente interventiva, ativa e participativa dos magistrados. Essa judicialização tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição, mas é preciso tomar cuidado para que a jurisprudência não migre de uma situação de completa omissão na intervenção e na efetivação do direito à saúde, para uma aplicação absolutista e excessiva, que prejudique as próprias finalidades sociais prescritas pela Constituição.

Os problemas na efetivação do direito à saúde são os mais diversos possíveis e devem confrontar com o fato de não ser um direito secundário ou supérfluo, mas a titularidade de uma posição subjetiva vinculada à satisfação de uma necessidade vital, pressuposto essencial da dignidade humana. Ao ir além do controle de constitucionalidade e legalidade das políticas públicas em saúde, o Judiciário viola, sob certa perspectiva, o princípio da separação de poderes e a reserva do possível jurídica, ignorando princípios e regras que dão ao Legislativo e Executivo a primazia da importante tarefa de planejamento público do gasto dos escassos recursos disponíveis.

---

<sup>147</sup> A expressão é utilizada por Virgílio Afonso da Silva fazendo referência a Robert Alexy no artigo: “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais”, p. 588.

Além disso, igualdade e impessoalidade podem ser violadas por decisões judiciais que ignoram a potencial repercussão coletiva de decisões individuais, que, em conjunto, acabam por alterar as escolhas administrativas trágicas democraticamente realizadas. Problema que é potencializado pelas inerentes dificuldades de acesso ao Judiciário.

Para racionalizar o problema é preciso, primeiramente, ter em mente que o grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites. Não é só por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. Em um contexto de escassez, não há como realizar todos os direitos sociais em seu grau máximo.

Nesse contexto, mostra-se essencial traçar critérios racionais para o Judiciário atuar nesse domínio. A racionalização da atuação judiciária é o meio adequado para que esse papel continue sendo exercido sem furtar ao Executivo e ao Legislativo seus espaços próprios de deliberação e sem comprometer a possibilidade de que esses direitos sejam efetivamente fruídos pelos mais necessitados.

Não se pretendeu, por óbvio, estabelecer um modelo fechado, nem haveria espaço para tanto. Ainda assim, a análise que foi aqui desempenhada pode contribuir para intensificar o debate acerca de um tema tão complexo e importante.

## Bibliografia

BAHIA, Claudio Jose Amaral & ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental a saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 99, n.892, p.37-85, fev. 2010.

BAHIA, Claudio Jose Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; MARTA, Tais Nader. A proteção jurídica na ordem nacional e o direito fundamental ao acesso a medicamentos. *Juris Plenum*, Porto Alegre, v. 6, n.33, p. 7-29, maio 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan - mar 2007. Disponível em: < [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2011.

\_\_\_\_\_. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Edição especial temática sobre direito à saúde, v. 1, n. 1, p. 133- 160, jul - dez 2008. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>. Acesso em: 25 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.co>

m.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 22 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1998: O Estado a que chegamos*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20081127-03.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2011.

CARDOSO, Oscar Valente. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n.45, p. 46-55, abr./jun. 2009.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito a saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 8, n.32, p. 129-146, out./dez. 2008.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito a saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 8, n.29, p. 119-127, jan./mar. 2008.

CARVALHO, Patricia Luciane de. Acessibilidade a medicamentos pela via judicial. *Consulex. Revista Jurídica*, Brasília, v. 13, n.296, p. 33-35, maio 2009.

CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas, *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2011.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209 – 292.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XII - Direitos Fundamentais, Coordenador Gustavo Binenbojm, p. 119-165, 2003.

HEINEN, Juliano. *O custo do direito a saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica*. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_CUSTO\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_E\\_A\\_NECESSIDADE\\_DE\\_DE\\_UMA\\_DECISAO\\_REALISTA\\_UMA\\_OPCAO\\_TRAGICA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2011.

HOFFMANN, Florian e BENTES, Fernando R.N.M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.383-416.

MACHADO, Márcio Villella. *Direito à saúde no Brasil: Dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado*. Juiz de Fora. 2010. 150 p. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito da PUC-Rio (Minter Puc-Rio/Doctum-JF).

MAURICIO Jr., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, vol. 64, 2010. Disponível em: < <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE26506.pdf/04FinancasPublicasEconomia.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RÉ, Mônica Campos de. *Direito à saúde. Critérios para a tomada de decisões judiciais*. Disponível em: < [http://www.anpr.org.br/portal/components/com\\_anpronline/media/ARTIGO\\_MonicaRe\\_Direitoasaude\\_1.pdf](http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 19 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 13-50.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-587.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional*. Disponível em: <[http://www.cej11deagosto.com.br/arquivo3\\_daniel\\_sarmento.htm](http://www.cej11deagosto.com.br/arquivo3_daniel_sarmento.htm)>. Acesso em: 22 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993#ref1](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993#ref1)>. Acesso em: 20 set. 2011.

SCHWARTZ, Gustavo Carvalho Gomes. *Políticas Públicas, Custo dos Direitos e o Controle Judicial*. Rio de Janeiro. 2010. 77 p. Monografia – Departamento de Direito da PUC-Rio.

SILVA. Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: *Constitucionalismo democrático e o governo das razões: Estudos de Direito Constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TERRAZAS. Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. Disponível em: < <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/RDA%20-253.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista saúde Pública*, v. 41, n.2, 2007, p. 214-222.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. A judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com essa realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2011.