

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE RELACIONADA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO BRASILEIRO

Marcy Keveny de Lima Freitas¹

Patrícia Borba Vilar Guimarães²

Resumo: A Constituição Cidadã de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em torno do qual gravitam os demais direitos fundamentais do cidadão, de modo que ao Estado surge o dever de se abster, ou seja, de adotar uma postura negativa em face dos direitos de liberdade, ao passo que proclama por uma intervenção estatal direta e positiva, através da prestação de serviços públicos, a fim de assegurar o exercício dos direitos sociais. Historicamente, a implantação de políticas públicas no Brasil era de responsabilidade do Poder Executivo. Todavia, este poder, muitas vezes, não consegue garantir todos os direitos pleiteados pelos indivíduos, logo, essa omissão do Poder Público resultou na origem do processo de judicialização, segundo o qual permite-se que o Poder Judiciário adentre na seara das políticas públicas objetivando suprir a omissão do Poder Executivo, concretizando, assim, os direitos e garantias

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogado. E-mail: marcyolima@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba. Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: patricia-borb@gmail.com

fundamentais consagrados na Carta Magna de 1988. Nesse contexto, tendo em vista a grande discussão e frequentes críticas quanto ao controle judicial de políticas públicas na saúde, o presente estudo pretende analisar o fenômeno da judicialização de políticas públicas na área da saúde pública com o escopo de identificar e avaliar criticamente o impacto ocasionado no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, sobretudo, no que se refere às ações individuais para fornecimento de medicamentos, com fulcro nas recorrentes decisões do Supremo Tribunal Federal referentes à garantia do direito à saúde e a limitação financeira do Estado. Para tanto, promover-se-á uma pesquisa bibliográfica, por meio de uma abordagem qualitativa, utilizando-se do método dialético, pautada na análise da doutrina abalizada, dos dispositivos constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional relacionada à temática.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Direito Fundamental à Saúde. Judicialização.

A PUBLIC POLICY JUDICIALIZATION UNDER THE HEALTH RELATED TO THE SUPPLY OF DRUGS BY BRAZILIAN STATE

Abstract: The Citizen Constitution of 1988 enshrines the principle of human dignity as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil, around which gravitate other fundamental rights of citizens, so that the State is the duty to abstain, that is, to adopt a negative attitude in the face of the freedom, while proclaims by a direct and positive state intervention through the provision of public services in order to ensure the exercise of social rights. Historically, the implementation of public policies in Brazil was the executive branch responsibility. However, this power often can not guarantee all the rights pleaded by individuals, so that failure of the government re-

sulted in the origin of the legalization process, according to which is allowed to step inside the Judiciary on the likes of public policies aiming the omission of the Executive, realizing thus the fundamental rights and guarantees enshrined in the 1988 Constitution. In this context, in view of the great debate and frequent criticism about the judicial control of public policies on health, this study intends to analyze the phenomenon of judicialization of public policy in the area of public health with the scope to identify and critically evaluate the impact caused the SUS - National Health System, particularly with regard to individual stocks to supply drugs, with fulcrum in recurrent decisions of the Supreme Court concerning the guarantee of the right to health and the financial limitation State. To this end, a literature search through a qualitative approach, using the dialectical method, based on the analysis of the authoritative doctrine of constitutional provisions as well as the constitutional legislation related to the them e will be promoted.

Keywords: Public Policy. Fundamental Right to Health. Judicialization.

1 INTRODUÇÃO



Neste atual estágio do Direito Constitucional, os preceitos fundamentais adquirem relevo significativo, ocupando um patamar de importância bastante elevado entre os estudiosos da Constituição. De forma que por assumir o papel de guardião dos direitos indisponíveis, salvaguardando-os, mesmo contra a vontade de seu próprio titular, o Estado assume o dever legal de preservar e proteger direitos fundamentais dos indivíduos.

O direito fundamental à saúde, consubstanciado no princípio da dignidade humana, foi inserido na Constituição Federal como um dos direitos sociais a serem assegurados pelo

Poder Público de forma ampla e igualitária, tendo em vista o dever da garantia do mínimo existencial.

Entretanto, apesar da Constituição ter assegurado o direito à saúde aos cidadãos, sabe-se que muitas vezes esse direito não é efetivamente concretizado, seja por precariedade do sistema, por falta de recursos ou profissionais habilitados no serviço público. Assim, os indivíduos se viram lesados pelo Poder Público, diante da inércia no fornecimento das ações de saúde que eram pleiteadas no âmbito administrativo.

Inúmeras ações foram ajuizadas perante o Poder Judiciário para que se determinasse a obrigatoriedade do Executivo em cumprir a Constituição, determinando imediatamente o fornecimento de medicamentos, de equipamentos e cirurgias, dentre outros.

É cediço na doutrina Constitucionalista que o Princípio da Separação dos Poderes vigora na República Federativa Brasileira, tendo em vista que o art. 2º da Carta Magna de 1988 aduz que, *são* Poderes da União, *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário não se inclui, em obediência ao postulado da separação de poderes, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, função típica dos poderes Legislativo e Executivo.

Igualmente, a separação dos poderes adotada no nosso regime constitucional não é absoluta. Nossa Constituição possibilita o exercício dos chamados controles recíprocos; o sistema dos freios e contrapesos. Em razão dessa relativa separação de poderes é possível a prática, além das funções típicas (próprias) de cada poder, de funções atípicas (impróprias).

É fato que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas. Todavia, não se pode olvidar da afirmação de que a realização dos direitos sociais - enquanto gênero - demanda uma atuação positiva por parte do

Estado, a ser realizada por meio de políticas públicas.

Ocorre que, hodiernamente, em face da força normativa e da efetividade atribuída à Constituição, as normas que tratam dos direitos fundamentais deixaram de ser analisadas apenas sobre a ótica política que conclama precipuamente a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Os dispositivos constitucionais desta natureza passaram a gozar da prerrogativa de aplicabilidade imediata e direta pelo Poder Judiciário.

Nesse prisma, tais direitos se tornaram passíveis de serem tutelados judicialmente, caso o Estado não promova, de forma satisfatória, as prestações materiais necessárias a sua concretude. Essa possibilidade de tutela específica por parte do judiciário implicou no surgimento do fenômeno denominado de Judicialização da política, o qual reflete a capacidade do Judiciário de intervir nas políticas públicas, seja para suprir a sua falta de efetividade, ou até mesmo para inovar em face da inércia e morosidade dos outros Poderes.

Sabe-se, por um lado, que o Poder Judiciário, até mesmo pelo princípio da inafastabilidade da via jurisdicional, tem o dever de promover a tutela da vontade geral e individual consagrada no direito positivo.

Por outro lado, há grandes controvérsias sobre quais os limites de controle que o Judiciário vem exercendo sobre o Executivo, a ponto de determinar uma atuação positiva não prevista no orçamento e no planejamento estatal.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que os direitos fundamentais exercem a centralidade na órbita constitucional, surge, no cenário jurídico pátrio, o debate acerca da concretização desses direitos, particularmente do direito à saúde, em face do crescimento exponencial das ações judiciais que pretendem a condenação dos entes federados ao fornecimento de medicamentos.

Tais pretensões põem em discussão se toda e qualquer prestação de saúde deve ser assegurada pelo poder público,

mesmo que despida do caráter de essencialidade, ou até mesmo quando se refira a tratamentos experimentais ou a medicamentos que ainda não possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Nesse prisma, o estudo que se segue procura tecer uma análise crítica acerca do papel que vem sendo exercido pelos nossos juízes e tribunais pátrios na concretização do direito fundamental à saúde, sobretudo, no que tange ao fornecimento individual de medicamentos e o impacto provocado pelo fenômeno da Judicialização no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Para o desenvolvimento da temática, a metodologia a ser aplicada será, predominantemente, a pesquisa bibliográfica, uma vez que se pretende analisar a doutrina, a Constituição e a legislação pátria que verse sobre o fenômeno da Judicialização e seus desdobramentos éticos, jurídicos e econômicos, especificadamente, sobre o direito constitucional à saúde.

Assim, no primeiro momento, a pesquisa descreverá a atuação do Estado brasileiro na tutela dos direitos sociais, traçando um histórico que culmina na instituição do Estado Social e sua efetivação através das políticas públicas, tomando como diretriz o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, buscar-se-á traçar um panorama do postulado da reserva do possível e da proteção do mínimo existencial na seara da saúde pública, na busca por parâmetros que promovam o aprimoramento dos mecanismos jurídicos para o controle da atuação estatal, visando à concretização do direito à saúde no país.

Por fim, versará acerca dos aspectos polêmicos que acompanham o fenômeno da Judicialização no âmbito da saúde.

2 A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE A PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 O ESTADO SOCIAL E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O desenvolvimento industrial europeu reclamou a reformulação das relações econômicas, sociais e pessoais travadas entre capital e trabalho. O Estado viu-se, então, compelido a minimizar os problemas gerados pelo capitalismo diante da insuficiência e do fracasso do modelo clássico liberal.

Amparado na necessidade de se conter os conflitos e as reivindicações crescentes da massa operária, nasce o Estado Social, fruto de novas doutrinas sociais que buscaram inspiração no *Manifesto Comunista* e nas *doutrinas marxistas*, e sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos humanos proclamados no século XVIII, bem como na *doutrina social da Igreja*, que, a partir do Papa leão XIII, serviu para fundamentar uma nova ordem social mais justa, ainda dentro do regime capitalista.

A nova ordem política estatal baseava-se, agora, no intervencionismo. Legitimou-se o Estado para atuar no meio econômico e social, mediante prestações positivas, a fim de prover as necessidades das classes menos favorecidas, cumprindo com o objetivo de proclamar a igualdade entre seus cidadãos através dos direitos de segunda geração.³

Nesse sentido, passou-se a se conceber a ideia de que a concretização da justiça social estaria diretamente ligada à consecução dos direitos sociais. A plena afirmação dessa nova dimensão dos direitos fundamentais só veio a ocorrer no século XX, após serem inicialmente positivados pelas Constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Em razão de sua natureza, refletem direitos prestacionais que requerem ações positivas do Estado.

³Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 175.

O chamado Estado Social de Direito, ou Estado Material de Direito buscou, assim, corrigir as distorções sociais propagadas pela ideologia clássico-liberal, ao instituir uma forma de organização estatal propícia a criar uma situação de bem-estar social geral, a fim de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana.⁴

Nessa esteira, o avanço do direito constitucional e a consolidação do Estado Social Democrático de Direito estão diretamente ligados à afirmação dos direitos fundamentais, na busca em conferir-lhes efetividade, através da constatação de que a “Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões (...) e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculante máxima”.⁵

Efetivamente, a Constituição de 1988 dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁶. Não obstante tal previsão, existem normas constitucionais referentes a direitos fundamentais que não são autoaplicáveis. “As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador”.⁷

Por isso, ao falar-se em concretização dos direitos sociais, há necessariamente que se traçar uma breve análise acerca do conceito de políticas públicas, pois, diminuta seria a positividade dos direitos humanos nas Constituições, se, concomitantemente, não lhes forem atribuídos instrumentos adequados

⁴SILVA, *Op. Cit.*, p. 115.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p 153.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em 02 de maio de 2014.

⁷ MENDES; BRANCO, *Op. Cit.*, p. 175.

para sua concretude e promoção social.

Política pública é o conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas ou indiretas, que buscam atingir uma meta ideal. Neste sentido, o dever do Estado é o de desenvolver mecanismos gerais de atendimento e o direito do indivíduo é ao cumprimento dessas políticas públicas, nos limites em que estabelecidas.⁸

Ao se abordar a temática dos direitos sociais, as políticas públicas aparecem como instrumento hábil a sua promoção e efetividade. Assim, “pode-se partir de uma definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos”.⁹ Medeiros afirma que:

A temática da formulação de políticas públicas está, em certa medida, ligada à discricionariedade do administrador público, já que é por meio dela que são sopesados os vários interesses contrapostos. Isso, porém, não se confunde com arbitrariedade, uma vez que do ponto de vista estritamente jurídico, as políticas públicas devem confirmar fins e objetivos anteriormente qualificados pelo ordenamento jurídico como de interesse público, definindo-os como finalidade da atividade administrativa.¹⁰

Fala-se, aqui, sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais¹¹, a qual significa “por um lado, que os direitos

⁸ CARLINI, Angélica. *et al. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari, *et al. Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 13. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf>> Acesso em 16 de Julho de 2014.

¹⁰ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 18.

¹¹ Fala-se em efeito expansivo das normas constitucionais: “A idéia (*sic*) de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.4shared.com/get/Lv0mppMV/Neoconstitucionalismo_e_Consti.html?jsessionid=C7B6AA21F34E20A03E15DA28A65B60AB.dc283>. Acesso em 07 de Março de 2014, p. 12-13.

fundamentais operam como nortes para atuação do Estado, (Legislativo, Executivo e Judiciário), e, por outro, servem de guia para a interpretação e aplicação das demais normas da seara jurídica (...)”.¹² De modo a permitir inferir que a edição de políticas públicas deve pautar-se pelos direitos sociais. Macedo e Silva afirmam que:

Esses direitos [os sociais] possuem o objetivo de impor diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Pode-se considerá-los como pressupostos dos direitos fundamentais, pois eles andam estreitamente associados a um conjunto de condições materiais necessárias para o perfeito exercício de outros direitos.¹³

Em razão de sua natureza, os direitos sociais pressupõem uma escolha alocativa dos recursos públicos, com o fito de atenuar as desigualdades materiais e o gozo real dos direitos de liberdade. “Os direitos a prestações materiais têm a sua efetivação sujeita às condições, em cada momento, da riqueza nacional. Por isso mesmo, não seria factível que o constituinte dispusesse em minúcias, de uma só vez, sobre todos os seus aspectos”.¹⁴ Daí a importância da realização das políticas públicas, cujas linhas gerais são traçadas pela constituição, para implantação efetiva dos direitos sociais.

No campo específico da saúde, as políticas públicas representam a própria garantia deste direito social:

As políticas públicas, por sua vez, destinam-se a racionalizar

¹² GONÇALVES, Luiz Carlos Forghieri. *Os direitos fundamentais na teoria constitucional contemporânea*. Disponível em: <http://professorluizforghieri.com.br/artigo_01.html>. Acesso em 16 de Julho de 2014.

¹³ MACEDO, Aruza Albuquerque de; SILVA, Cleyton Barreto e. A fundamentalidade dos direitos sociais. In: V Encontro de Iniciação Científica do curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedireitossociais.pdf>. Acesso em: 06 de Agosto de 2014.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais.¹⁵

Vê-se, portanto, como resultado da concepção intervencionista adotada pelo Estado Social, o surgimento dos chamados direitos a prestações materiais, que na Constituição de 1988 podem ser encontrados, de forma exemplificativa, em seu artigo 6º, dentre os quais se destaca o direito fundamental à saúde. Esses direitos, vestidos de força normativa vinculante, impõem ao Legislativo e à Administração Pública o dever de atuar na concretização dos direitos e programas constitucionalmente previstos de forma ideal, através da realização de Políticas Públicas.

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS

Historicamente, os princípios refletidos nos valores de liberdade, igualdade e solidariedade serviram para construção e evolução da teoria dos direitos fundamentais. Hoje, somando-se a eles, o valor da dignidade humana serve como inspiração e justificação dos direitos humanos, sobretudo, dos direitos sociais.

Assim, hodiernamente, sustenta-se a tese de que “a dignidade da pessoa humana – expressamente positivada na Constituição brasileira – é tida como fundamentalidade e fundamentação dos direitos sociais, pois a mesma representa o valor maior vinculante de toda ordem jurídica”.¹⁶

¹⁵ MARQUES, Sílvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*. v. 9. nº. 2. p. 65-72. Jul./Out. 2008. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v9n2/05.pdf>>. Acesso em 06 de Agosto de 2014. p. 66.

¹⁶ MACEDO, Aruza Albuquerque de; SILVA, Cleyton Barreto e. A fundamentalidade dos direitos sociais. *In: V Encontro de Iniciação Científica do curso de Direito*

Por essa razão, fala-se que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁷

No ordenamento jurídico pátrio, o princípio ganhou relevo a partir da promulgação da Carta Política de 1988, que o elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e finalidade precípua do Estado.

A opção traçada pelo legislador constituinte permitiu ampliar o rol da titularidade dos direitos fundamentais¹⁸, os quais na atualidade são conferidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, bem como, à guisa do princípio da universalidade, devem ser assegurados aos estrangeiros que estejam transitoriamente no país.

Resolvida a questão referente à titularidade dos direitos fundamentais, surge a necessidade de determinarem-se quais os interesses jurídicos podem ser capitulados como condizentes com o princípio da dignidade humana, sobretudo, no que tange aos direitos sociais. Recorrendo à experiência histórica, vê-se que:

(...) Os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores.¹⁹

da Faculdade 7 de Setembro. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/afundamentalidadedireitossociais.pdf>. Acesso em: 06 de Agosto de 2014.

¹⁷ SARLET *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 02 de maio de 2014.

¹⁹ SANCHIS *apud* MENDES, Anderson de Moraes. *A dignidade e a tutela ao seu caráter absoluto*. Disponível em:

Todavia, ainda que se reconheça que o princípio da dignidade da pessoa humana se relacione diretamente aos valores supracitados, reconhece-se que o mesmo possa abrigar concepções diversas, motivo pelo qual se sustenta a sua reserva à deliberação democrática, ao campo do político, não cabendo ao judiciário, *a priori*, formular um conceito de dignidade que lhe pareça mais adequado.²⁰

Importa frisar, no entanto, que a atuação da esfera política não é livre no que concerne aos direitos fundamentais e programas constitucionalmente instituídos, devendo, outrossim, como já salientado, atuar de maneira a buscar a efetivação dos mesmos, estando compelido a cumprir com o mínimo instituído pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais.

O princípio da dignidade humana liga-se a ideia de garantia de um mínimo de efetividade dos direitos, sobretudo, dos direitos a prestações materiais²¹, como são os de natureza social.

Assim, ainda que o Poder legislativo e a Administração Pública possuam uma margem de discricionariedade no que tange ao âmbito dos direitos sociais, que se expressa, sobretudo, através da elaboração e execução de políticas públicas, é certo que sua atuação não está completamente desvinculada, sendo determinada, no mínimo essencial, pelo que está disposto constitucionalmente. E o conteúdo desse mínimo existencial deve ser representado justamente pelo mínimo de dignidade assegurado pela Carta Magna, o qual, se violado, legitima a atuação jurisdicional para determinar que se realize a prestação devida por parte do ente público.

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090713164723426&mode=print> Acesso em 23 de Julho de 2014.

²⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Conclusão: o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988. In: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 251.

²¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

2.3 A LESÃO AOS DIREITOS SOCIAIS E A OMISSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Vê-se que os direitos sociais possuem a natureza de direitos a prestações materiais e que, apesar de constitucionalmente assegurados, não são, em sua generalidade, autoaplicáveis. A sua concretude depende da atividade do legislador infraconstitucional, bem como do administrador público no que tange a elaboração e execução de políticas públicas.

Todavia, a adoção dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional refletem sua dimensão objetiva. “Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação”.²²

Em razão de sua natureza, os direitos a prestações materiais pressupõem escolhas alocativas dos recursos públicos disponíveis. É sabido, ainda, que, tais escolhas “seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça”.²³ Impondo-se, *a priori*, a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essas escolhas estão vinculadas a concretização do mínimo constitucionalmente assegurado, determinado pelo princípio da dignidade humana, o qual funciona como “limite último, uma barreira de contenção apta a obstar ações políticas que o violem ou restrinjam (...) ou ainda como um imperativo interpretativo”.²⁴

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

²³ *Ibidem*, p. 668.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Conclusão: o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988. In: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o*

A dependência dos recursos públicos levam muitos doutrinadores a atribuírem aos direitos sociais o caráter de normas programáticas, tornando a sua exigibilidade dependente da existência de políticas públicas.

No entanto, a feição conferida aos direitos sociais também permite supor serem eles elementos indissociáveis ao pleno exercício da cidadania. Por isso, parte da doutrina defende e afirma que se constituem em direito subjetivo público oponível contra o Estado, tanto em face de sua omissão legislativa, quanto em face de condutas que representem ofensa aos direitos fundamentais.

A caracterização dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos refletem a força normativa conferida pela sua posituação em textos constitucionais, obrigando o Estado a determinadas prestações, independente de previsão em legislação ordinária, que podem ser exigidas tanto administrativamente, quanto pela via judicial.

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurado pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do ‘tudo ou nada’ podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente.²⁵

O Poder Judiciário, com isso, vem se tornando via direta para concretização dos direitos sociais. Essa realidade inexorável restou denominada Judicialização da Política e apresenta-se como consequência direta da insuficiência e omissão que

princípio da dignidade humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 252.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Conclusão: o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988. In: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 252.

têm sido demonstradas corriqueiramente pelos Poderes Públicos no exercício de seu papel de garantidor e propiciador dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONTEMPORANEIDADE

A concretização das conquistas formais e abstratas da liberdade, assim como da igualdade, desencadeou o fenômeno da ascensão do Estado social, objetivando a redução material e concreta das desigualdades sociais e econômicas existentes que debilitavam a dignidade da pessoa humana. Neste prisma, o direito à saúde é materializado através da atuação positiva do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, fundam-se no princípio da solidariedade humana, alocados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, todavia, de execução de políticas públicas voltadas a garantir o amparo e proteção social aos desprovidos de recursos.

O direito à saúde, consagrado na Carta Magna de 1988, credencia ao indivíduo exigir do Estado uma postura ativa, na medida em que este coloca à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, tidas como necessárias para implementar as condições fáticas que permitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam a concretização da igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Ressalta-se, que as normas garantidoras dos direitos sociais possuem um conteúdo social e buscam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. Assim, as normas garantidoras dos dire-

tos sociais estão indissociavelmente ligadas a dignidade da pessoa humana e ao Bem-Estar Social.

O Estado Social Constitucional e Democrático de Direito prioriza e viabiliza a postura intervencionista do Estado, no intuito de concretizar os valores da igualdade material, propiciando aos seus cidadãos condições mínimas de existência.

Nesse sentido, constata-se que a Constituição Federal ampliou, de forma significativa, o rol de direitos sociais, incluídos nesses, o direito à saúde, em contrapartida, a sociedade passou a exigir uma maior atuação desse Estado.

A atuação estatal deve estar para a concretização do direito à saúde como requisito elementar à concretização da dignidade da pessoa humana. Ademais, os direitos sociais estão consagrados explicitamente no bojo da Carta Magna de 1988, logo, com a implantação do Estado Constitucional de Direito, todas as normas constitucionais passaram a ser dotadas de supremacia jurídica, assim, as normas definidoras de direito são dotadas de aplicação imediata consoante o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Reconhecendo e concebendo o direito à saúde como um direito fundamental, a partir da força normativa da Constituição, defendendo-se a eficácia das normas programáticas, busca-se a implementação de instrumentos de afirmação desse direito, incluindo-o no mínimo existencial necessário a uma vida digna, impedindo que o Estado se refugie, justificando sua apatia, na ideia de reserva do possível.

O direito fundamental à saúde insculpido no art. 196 da Carta de Direitos de 1988 é um direito fundamental social, correspondendo, portanto, a uma prestação material economicamente relevante e considerável, cuja efetivação depende da disponibilidade econômica do Estado, na medida em que se sustenta na doutrina jurídica pátria que tal direito social sujeita-se a uma reserva do possível, que pode ser entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do

destinatário da norma.

Todavia, o Poder Público não pode violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos sob o fundamento único da reserva do possível, haja vista o direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida e ao postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa Brasileira e alicerce de todo o ordenamento jurídico nacional.

Neste tocante, esclarece Ana Paula Barcelos²⁶ que a atuação do Estado na efetivação e defesa do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana deve estar pautada:

Na necessidade do Estado, em primeiro lugar, ofertar um mínimo social existencial, para, somente então, garantir que todas as pessoas tenham uma existência digna. Assim, faz-se necessário o atendimento a um núcleo com um conteúdo básico. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade, e isso inclui como integrantes desse “conteúdo básico”, os seguintes direitos: educação fundamental, saúde básica, assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

A defesa e implementação de políticas públicas voltadas para a defesa dos direitos sociais está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, logo, à saúde como um direito social e humano está fundamentado no bem-estar do indivíduo e da coletividade, devendo o atendimento dessas demandas sociais serem respeitadas e efetivadas pelo Estado em virtude, inclusive, da condição inerente a própria existência humana.

A Carta de Direitos de 1988 foi elaborada com forte participação daqueles que lutaram no processo de redemocratização do país. No âmbito da saúde, refletiu a luta travada pelo

²⁶BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 304 a 305.

Movimento Sanitarista e os anseios por uma cobertura universal e igualitária, em oposição aos modelos anteriormente adotados, que resultou na adoção do Sistema Único de Saúde, hoje tido como o maior sistema de saúde pública do mundo.

Ocorre que, embora se reconheça que os direitos sociais, em sua grande maioria, consagram normas de natureza programática, o Constituinte de 1988 atribuiu eficácia imediata às normas que tratam dos direitos fundamentais, nestes incluído o direito à saúde, que hoje se encontra consagrado em nosso ordenamento tanto como um direito coletivo, quando individual.

As prestações na área da saúde passaram a ser encaradas como direitos subjetivos públicos, de todos e de cada um. Com isso, cresce no país o fenômeno da Judicialização da saúde, o qual, ainda que venha a representar, *a priori*, a concretização do direito fundamental à saúde, tem recebido críticas severas:

A interferência do sistema judicial na prescrição de medicamentos é uma característica singular do Brasil. A Constituição de 1988 declara que “a saúde é um dever do Estado”; pacientes para quem foram prescritos remédios caros, por vezes experimentais e que não integram a lista de medicamentos essenciais, solicitam a emissão de uma ordem judicial obrigando os gestores da saúde a comprar esses medicamentos ou proporcionar procedimentos médicos eletivos, de forma imediata. Gestores que não obedecem às ordens estão sujeitos à prisão. Em 2008, o estado do Rio Grande do Sul gastou 22% de todo o seu orçamento referente a medicamentos para cumprir 19.000 mandatos judiciais. Análises de decisões judiciais na cidade de São Paulo mostraram que a maioria das ações foi impetrada por advogados privados, que 47% das prescrições foram feitas por médicos privados e que três quartos desses pacientes viviam em bairros de alta renda. Interferências por parte do judiciário violam o princípio básico de equidade no SUS, ao privilegiar indivíduos com maior poder aquisitivo e maior acesso a informações, boicotar práticas racionais de

prescrição e subtrair recursos das áreas prioritárias.²⁷

Assim, a questão da Judicialização tem sido encarada como um dos grandes desafios atuais enfrentados pelo Sistema Único de Saúde, promovendo um impacto orçamentário sem precedentes em um sistema que sempre sofreu com o subfinanciamento, comprometendo a universalidade e equidade de sua cobertura.

Vários setores e órgãos estatais têm se reunido na busca pela adoção de parâmetros para a atuação jurisdicional na tentativa de diminuir o impacto causado pelas demandas judiciais no âmbito do SUS, sem, contudo, retirar do indivíduo a garantia de ver efetivado pelo Poder judiciário, nos casos de omissão ou outro tipo de ilegalidade dos demais Poderes Públicos, o mínimo existencial, indispensável, como visto, à noção da dignidade da pessoa humana.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE RELACIONADAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

4.1 O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE

No decorrer da construção da teoria dos direitos fundamentais, sustentou-se, por muito tempo, a tese de que apenas os direitos a prestações positivas envolveriam a noção de custos, a serem financiados pelo Estado. Hodiernamente, tal entendimento restou sepultado após o reconhecimento de que os direi-

²⁷ VICTORA, Cesar G, *et al.* Condições de saúde e inovações nas políticas de saúde no Brasil: o caminho a percorrer. *The Lancet*, Londres, p. 90-102, maio 2011. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/revista_the_lancet.pdf>. Acesso em 30 de Outubro de 2014. p. 99.

tos a prestações negativas também envolvem custos. Assim, parte-se da premissa de que a efetivação de todo e qualquer direito depende, necessariamente, da realização de custos públicos.

Também não se discute o fato de o Estado Democrático de Direito caracterizar-se por oferecer uma vasta proteção aos Direitos Fundamentais, visando a sua plena efetividade. A grande questão a ser dirimida circunda ao redor da ideia de que a concretização desses direitos impõe a realização de gastos públicos, que devem ser suportados pelos recursos públicos, os quais, conforme se sabe, são escassos.

Aqui, faz-se referência às principais atividades financeiras²⁸ realizadas pelo Estado-Fiscal, que, cedo, envolvem desde a prévia arrecadação dos tributos, principal fonte das receitas públicas, até a realização das prestações sociais, que, por sua vez, requerem a realização de grandes dispêndios estatais.

Assim, na medida em que se reconhece a imprescindibilidade do Estado na defesa e efetivação dos direitos fundamentais, surge a problemática referente à questão da escassez dos recursos públicos, sobretudo, no que tange à prestação dos direitos sociais, cuja concretização, conforme o estudado, *a priori*, dá-se por meio da execução de políticas públicas.

O crescente processo da Judicialização ou politização da justiça suscitou a discussão acerca do alcance atribuído às decisões jurisdicionais no sentido de promover a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, destaca-se a preocupação com relação à ingerência do Poder Judiciário e o impacto gerado em torno do princípio constitucional que promove a separação e autonomia dos Poderes constituídos.

Frequentemente, magistrados e tribunais têm sido pro-

²⁸ “Atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas. (...) A obtenção da receita e a realização dos gastos se faz de acordo com o planejamento substanciado no orçamento anual”. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3.

vocados a decidir acerca das condutas omissivas ou que denotam proteção insuficiente, advindas da Administração Pública, no campo daqueles direitos, sobretudo, no que tange a concretização do direito fundamental à saúde, corriqueiramente alegado no seio de ações individuais.

Ao decidir sobre essas questões, invariavelmente, o judiciário tem sido obrigado a manifestar-se sobre matérias antes menos comuns, referentes à alocação dos recursos públicos, promovendo o controle das ações – omissivas e comissivas – da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, atuando ainda na garantia desses direitos na esfera da relação entre particulares.²⁹

Imperioso apontar que Barcellos³⁰, ao tratar dos comandos constitucionais que se referem ao direito fundamental à saúde, ensina que a sua eficácia jurídica implica em reconhecer que existe um conjunto de prestações de saúde, exigíveis judicialmente, por força da própria constituição. Significa, ainda, que todos os poderes constituídos estão obrigados a disponibilizar tais prestações à população, independentemente da orientação política do grupo que estiver no poder.

Tomando, portanto, como cenário as ações individuais que eclodem no judiciário, na busca pela concessão de ações e serviços de saúde, muito se discute acerca da adoção de parâmetros para a atuação judicial no sentido de minimizar o impacto orçamentário gerado no âmbito do Sistema Único de

²⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1. p. 179-234. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2014, p. 179-180.

³⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1. p. 133-178. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2014. p. 133.

Saúde, que, em última análise, compromete a implantação e a execução de suas políticas públicas.

Nesse sentido, tem-se proclamado pelo uso da reserva do possível e pelo mínimo existencial como critérios materiais a serem combinados a fim de assegurar a eficácia e efetividade do direito à saúde, reconhecendo como legítima a atuação do Poder judiciário nessa esfera, partindo-se da premissa de que a realização dos direitos fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, não poder ficar à margem dos princípios orçamentários, bem como da separação dos Poderes.

A reserva do possível, enquanto limite fático e jurídico imposto à realização dos direitos fundamentais, mormente à efetivação do direito fundamental à saúde, revela-se sobre duas dimensões. A primeira delas trata da dimensão fática da reserva do possível, atrelada a inexistência ou insuficiência de recursos para efetivar os direitos sociais. Em contrapartida, a dimensão jurídica trata da existência de recursos, que, por algum motivo, não estão disponíveis ou não podem ser utilizados. Assim, ainda que existam recursos, esse fato por si só, não autorizaria, *a priori*, o titular de um direito social a efetivá-lo.³¹

Com relação à disponibilidade fática dos recursos, é de suma importância a constatação de que esta não se resume ao campo meramente econômico, ao passo que abrange outros recursos materiais e humanos. No âmbito do SUS esse quadro pode ser retratado pela falta de pessoal especializado e de leitos disponíveis em hospitais. Nesse caso, necessário se faz investigar se a demanda não está sendo atendida em face da total indisponibilidade de meios, ou por ineficiência na alocação dos recursos públicos. “Trata-se, portanto, de investigar se as verbas destinadas a concretizar os objetivos constitucionais estão

³¹ Cf. KELBERT, Fabiana Okchstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. In: *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78-83.

realmente sendo aplicadas com essa finalidade”.³²

Assim, compreende-se que a alegação fática da reserva do possível só poderia ser suscitada quando restar comprovado a inexistência ou insuficiência dos recursos, bem como que as verbas disponíveis foram aplicadas em consonância com os ditames constitucionais, sabendo-se que o ônus de comprovar o argumento referente à inexistência de recursos recai sobre a própria Administração Pública, bem como da demonstração de que esses foram devidamente aplicados.

No que se refere à impossibilidade jurídica, infere-se que guarda íntima relação com questões orçamentárias, relativas à distribuição de receitas e competências tributárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo, notadamente, reclama equacionamento.³³

Todavia, a aplicação da impossibilidade jurídica dos recursos, na seara da saúde, há que ser submetida aos critérios da proporcionalidade e do respeito ao núcleo essencial desse direito, no sentido de não se permitir que a prestação estatal fique aquém de um patamar minimamente eficaz para sua garantia.³⁴ Aqui, sustenta-se que surge para o Poder judiciário a possibilidade de exercer controle sobre as opções orçamentárias e dos gastos públicos em geral, permitindo-se redirecionar recursos, ou até mesmo suplementá-los, no âmbito daqueles disponíveis, o que, na prática, implica no deslocamento de recursos destinados a outras áreas, para a concretização dos mandamentos jurisdicionais que concedem tratamentos de saúde dos mais diversos.

³² *Ibidem*, p. 80.

³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1. p. 179-234. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2014. p. 202.

³⁴ Cf. SARLET; FIGUEIREDO, *Op. Cit.* p. 207-208.

A aplicação da reserva do possível traz, ainda, a noção da proteção contra o esvaziamento de outras prestações, tratada por Kelbert como sendo sua dimensão negativa, a qual, consoante a autora, implica em reconhecer que:

A noção de reserva de possível como limite negativo relaciona-se com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e/ou exigidos, mas num sentido inverso: partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação. Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos.³⁵

Contudo, ao usar da reserva do possível para se restringir um direito em favor de outro, o que, no campo da saúde pública, importa em negar tratamento individual, em prol da saúde da coletividade, é necessário o atendimento ao critério da proporcionalidade. Extrai-se que “a proporcionalidade é a forma de controle da atividade discricionária de todos os poderes estatais, especialmente do Legislativo e do Executivo”.³⁶

Assim, Kelbert³⁷ aponta que a proporcionalidade deve atentar para três requisitos, o da adequação, que pressupõe que o meio utilizado pelo legislador e pela Administração Pública seja adequado para promover o resultado pretendido, o da necessidade, impondo que o meio empregado seja o menos gravoso para promover o fim pretendido, e, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito, que exige que as vantagens de-

³⁵ KELBERT, Fabiana Okhstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. In: *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 87-88.

³⁶ KELBERT, *Op. Cit.*, p. 91.

³⁷ *Ibidem*, p. 91-92.

correntes da promoção do fim sejam maiores que a restrição de outro direito fundamental.

Nesse sentido, apontam Scarlet e Figueiredo³⁸ que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de caráter experimental, ou que não possuem indicação clínica para a patologia da-quele que o requer judicialmente, e que, portanto, seu uso carece de estudos e segurança, o que, em muitos casos, demonstra que o paciente serve de verdadeira cobaia para indústria farmacêutica, à custa de recursos públicos, numa clara demonstração de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os autores apontam, ainda, que essa situação, se levada ao extremo, pode reclamar no dever de proteção da pessoa contra si mesma, por parte do Estado e de terceiros.

Apontam, ainda, que outro problema corriqueiro que se apresenta no âmbito das ações judiciais de saúde é o fato de, constantemente, serem embasadas com prescrições médicas de profissionais que não possuem qualquer vínculo com o Sistema Único de Saúde, pleiteando medicamentos ou tratamentos que também não se incluem no sistema.

Nesses casos, defendem que o juiz deve assumir uma conduta mais ativa na condução da demanda, podendo solicitar auxílio de profissional especializado, no sentido de atestar sobre a eficácia e segurança do tratamento requerido. Também não se deve impor condenação a prestação de determinada “marca”, primando-se pela indicação do “princípio ativo” que compõe o medicamento, devendo optar-se, quando possível, pela aquisição dos medicamentos popularmente conhecidos como “genéricos”.

³⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1. p. 179-234. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2014. p. 223-225.

Aqui, infere-se que ao magistrado caberá também o dever de investigar acerca da possibilidade de substituição do tratamento pleiteado por outro oferecido no âmbito do SUS. Em caso afirmativo, é inegável que, em face da reserva do possível, deverá optar pelo segundo, dando prioridade às políticas públicas eleitas pelo legislador e implantadas pela Administração Pública.

Já foi dito que “a reserva do possível não pode, por si só, conduzir ao esvaziamento de um direito sem que passe pela ponderação.”³⁹ Por outro lado, defende-se que sua aplicação não pode comprometer a proteção ao núcleo básico dos direitos fundamentais, que restou consignado no mínimo existencial.

É certo que, o mínimo existencial quando relacionado ao direito à saúde não pode ser encarado como um mínimo de sobrevivência, haja vista a já superada noção de que ter saúde seria o estado da ausência de doença. Nesse sentido, impele-se que esse núcleo essencial deve conferir condições dignas para o gozo de uma vida de qualidade.

Assim, é possível concluir que a reserva do possível só poderá ser suscitada enquanto matéria de defesa pela Administração Pública, no que envolvam ações judiciais para concessão de tratamentos de saúde, quando restar devidamente comprovada impossibilidade fática de promover ações e serviços dessa natureza, frente à inexistência ou insuficiência de recursos, desde que se demonstre a aplicação correta destes, em consonância com os ditames constitucionais, bem como que sejam atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, restando preservado o núcleo essencial desse direito, como forma de garantir uma existência digna.

³⁹ KELBERT, Fabiana Okchstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. In: *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101.

4.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVER DE APLICAÇÃO IMEDIATA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 elege um núcleo básico dos direitos sociais, que, por gozarem da prerrogativa da fundamentalidade, encontram-se sujeitos a lógica do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, gozam da máxima efetividade possível.

Esse entendimento implica em algumas consequências, que se refletem no reconhecimento da inviolabilidade e da intangibilidade dos direitos sociais; considera-se constitucionalmente garantido o núcleo essencial desses direitos, como também as prestações efetivadas pelo Poder Público na forma de leis, em clara alusão à proibição da vedação do retrocesso, de modo que os direitos sociais não poderão ser revogados, sem uma justificativa e alternativa compensatórias.

Nessa esteira, vêm-se ofertando ao direito fundamental à saúde, enquanto direito social, o atributo de verdadeiro direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, que pode ser tutelado individualmente e exigível em juízo, quando caracterizada a omissão dos Poderes legislativo e executivo, bem como quando restar consignado a sua proteção insuficiente.

Todavia, não se pode olvidar que, por se tratar de direito que envolve prestações positivas do Estado, a sua realização liga-se, frequentemente, a problemática da alocação dos recursos públicos, diante da constatação de sua escassez.

Assim, sustenta-se a tese de que a concretização do direito fundamental à saúde restaria condicionada à disponibilidade fática dos recursos, envolvendo a efetiva disponibilidade ou não do objeto que, conforme visto, pode tratar-se de bem materiais, como de questões relativas a recursos humanos, bem como à disponibilidade jurídica de disposição, já que o Estado,

mais do que possuir recursos, precisa estar autorizado a dispor deles. Com base nessas dimensões, conforme visto, diz-se que a reserva do possível se apresenta como limite fático e jurídico à realização dos direitos sociais, incluindo, o direito fundamental à saúde.

No que tange a aplicação do postulado da reserva do possível no âmbito da saúde pública, o STF já decidiu:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.⁴⁰

Assim, ao analisar a teoria da reserva do possível sob o prisma da efetivação dos direitos sociais, a Suprema Corte tem decidido que, tais direitos, principalmente por requererem uma atuação positiva do Estado, envolvem de forma direta a noção de custos. Razão pela qual, muitas vezes, não será possível promover sua efetivação imediata, assim como o Estado não estará obrigado a cumprir com prestações que, no caso concreto, não se mostrem razoáveis.

No entanto, a questão da limitação imposta pela reserva do possível não pode ser invocada pela Administração como forma de fugir ao seu dever constitucional de realizar os direitos sociais, promovendo, a contrário senso, o seu aniquilamento.

Desse modo, vê-se que o STF tem entendido pela fundamentalidade dos direitos sociais, e, conseqüentemente, pela sua aplicação imediata, reconhecendo que a Constituição elegu um núcleo básico desses direitos, que goza de plena eficácia e podem ser exigidos judicialmente, quando caracterizada a

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 05 de Novembro de 2014.

omissão legislativa ou sua atuação ineficiente (proteção insuficiente).

A mera alegação da falta de recursos não pode, portanto, servir de subterfúgio ao Poder Público, em clara demonstração de que os princípios orçamentários e o primado da separação dos poderes não podem superar o ideal da garantia e concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

4.3 ASPECTOS DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM FACE DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A República Federativa do Brasil acolheu a saúde como direito social de forma expressa em sua Constituição, elegendo-a direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a sua promoção, proteção e recuperação.

Em sua esteira, a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, veio a regulamentar o Sistema Único de Saúde na órbita infraconstitucional, dispondo, em seu artigo 6º, em complementação ao já estabelecido na Carta Magna, sobre as ações compreendidas no campo de atuação do SUS, dentre as quais destaque-se a formulação da política de medicamentos.

O acesso a medicamentos pela rede pública, embora não elimine por completo as contingências sociais na seara da saúde, é certo que goza de grande importância, principalmente em no sistema pátrio, cujo um dos grandes desafios é promover a universalidade e equidade na prestação de suas ações e serviços, em face das desigualdades regionais que marcam o país. Importa frisar que:

(...) “acesso”, no contexto do uso racional e seguro, não pode estar restrito à disponibilidade do produto medicamento, requerendo a articulação das ações inseridas na assistência far-

macêutica e envolvendo, ao mesmo tempo, o acesso a todo o conjunto de ações de atenção à saúde, com serviços qualificados, integrantes do conjunto das políticas públicas.⁴¹

As políticas públicas de Assistência Farmacêutica representam, hoje, um dos segmentos de maior impacto financeiro no âmbito do SUS, motivo pelo qual, a sua gestão reveste-se de suma importância. Sem o devido gerenciamento, podem implicar em grandes desperdícios.

Aperfeiçoar esse segmento requer a qualificação dos profissionais envolvidos, a fim de promover o uso eficiente dos recursos disponíveis. O que se torna “possível a partir do planejamento, da organização e da estruturação do conjunto das atividades desenvolvidas, visando aperfeiçoar os serviços ofertados à população”.⁴² O acesso a medicamentos está diretamente ligado à inovação tecnológica da indústria farmacêutica, e acompanhá-la resulta necessariamente em investimentos físicos, humanos e tecnológicos.

A fragilidade no setor farmacêutico é agravada, ainda, pela presença marcante de monopólios e oligopólios, que, em última análise, fragilizam a soberania nacional. As estratégias mercadológicas promovem o lançamento de medicamentos com preços cada vez mais elevados, e promover o seu acesso implica em inegável impacto sobre os gastos públicos.

O ciclo da Assistência Farmacêutica envolve uma série de atividades que vão desde a seleção de medicamentos, por parte dos organismos gestores, até sua efetiva dispensação à população. Viu-se que os medicamentos contemplados pelo SUS estão elencados em listas, protocolos e portarias, que regulamentam questões referentes à padronização, esquema terapêutico e indicação clínica.

Ocorre que, muitas vezes, essas listas encontram-se de-

⁴¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde no Brasil: contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 199.

⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. I Título. 20 ed. vol. 7. Brasília: CONASS, 2011, p. 16.

satualizadas quando comparadas ao rápido desenvolvimento tecnológico e ao ingresso de novas drogas no mercado. O novo, nesse sentido, deve ser encarado com ressalvas. Primeiramente porque possuem, em regra, custo mais elevado que os medicamentos já existentes no mercado, em segundo, sua existência não descaracteriza a eficácia dos medicamentos já contemplados pelo SUS, além do que, muitas vezes, estar-se diante de tratamentos de caráter experimental, cuja segurança ainda não fora devidamente testada.

Outra grande dificuldade enfrentada na implementação das políticas públicas para fornecimento de medicamentos é a constante indicação de marcas nos receituários médicos, os quais, muitas vezes, são prescritos por profissionais não vinculados à rede pública de saúde. Tal conduta implica em afronta a regulamentação traçada na famigerada Lei de Licitações e Contratos, bem como ao disposto na Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que, em seu artigo 3º preconiza que:

As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).⁴³

Inferese-se que o correto será a indicação do princípio ativo do medicamento eleito ao tratamento, bem como, que deverá ser dada preferência na aquisição do medicamento genérico, quando houver. Essa, aliás, é uma das grandes dificuldades traçadas com o fenômeno da Judicialização de medicamentos. Não raro, as decisões que condenam os entes federa-

⁴³ BRASIL. Lei nº 9.787, de 10 de Fevereiro de 1999. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, Publicado no Diário Oficial da União em 11 de Fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm>. Acesso em 20 de Out. de 2014.

dos ao fornecimento de medicamentos trazem consigo a referência a determinadas marcas, e, com isso, amarram a Administração Pública em seu processo de aquisição. A prescrição médica elaborada de maneira adequada é um dos primeiros requisitos para a promoção do uso racional de medicamentos, finalidade máxima da Assistência Farmacêutica.

Paralelamente a todos os problemas apontados, a questão da Judicialização da saúde vem promovendo um impacto orçamentário sem precedentes no âmbito do SUS, sobretudo, quando analisadas as demandas individuais para fornecimento de medicamentos, promovendo um desequilíbrio na equidade das prestações incluídas no âmbito da Assistência Farmacêutica.

Contudo, infere-se a necessidade de se apontar alguns avanços obtidos nessa seara, como a introdução de medicamentos genéricos no mercado, uma maior regulamentação acerca do uso de medicamentos controlados, o cancelamento do registro de medicamentos com composição inadequada ou cujos riscos superem seus benefícios, a monitoração das propagandas de medicamentos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA,⁴⁴ a ampliação do elenco de medicamentos essenciais, o fortalecimento da ação governamental das Farmácias Populares, a conquista na cobertura universal de vacinas, o desenvolvimento de um programa para tratamento da AIDS/HIV que se tornou padrão mundial, dentre outros.

Tais práticas têm contribuído para aumentar a segurança dos usuários no que tange ao acesso a medicamentos no âmbito do SUS, ao passo que promovem o fortalecimento e desenvolvimento das políticas públicas da Assistência Farmacêutica, na busca por uma cobertura universal e integral desse setor.

Ademais, a Recomendação nº 31, de 30 de março de

⁴⁴ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. I Título. 20 ed. vol. 7. Brasília: CONASS, 2011, p. 33.

2010, do Conselho Nacional de Justiça, determina que os Tribunais adotem medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, a fim de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, dentre as quais se destaca a celebração de convênios, a serem firmados até dezembro de 2010, no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais e dos Tribunais Regionais Federais, buscando apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas que lhes são apresentadas.⁴⁵

Nesse contexto, aponta-se para a necessidade de se promover alternativas que busquem solucionar extrajudicialmente os conflitos que surgem dentro da seara das prestações das ações e serviços de saúde. Convênios firmados entre Secretárias de Saúde, Procuradorias e Defensoria Pública, por exemplo, podem surtir efeitos positivos no sentido de minimizar as demandas que chegam ao judiciário, bem como denotá-las de essencialidade e uniformidade, pois, se eficientemente implantadas, deixariam ao julgamento desse Poder apenas as questões que não podem ser resolvidas na via administrativa.

Aponta-se aqui, a título exemplificativo, a criação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – CIRADS, que visa a solucionar, administrativamente, as demandas envolvendo o cidadão e o Sistema Único de Saúde - SUS.

O CIRADS foi constituído por meio do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte - PU/RN, a Defensoria Pública

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de Março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf>. Acesso em 22 de Agosto de 2014.

da União no Estado do Rio Grande do Norte - DPU/RN, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte - PGE/RN, a Procuradoria Geral do Município do Natal - PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública - SESAP/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal - SMS/Natal.⁴⁶

Outra iniciativa apontada no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte refere-se à implantação do projeto SUS mediado, envolvendo a Secretaria Estadual de Saúde Pública – SESAP, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte – PGE/RN, a Defensoria Pública da União – DPU/RN e a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte – DPE/RN. Objetiva-se minimizar a burocracia nas demandas da saúde para um atendimento mais rápido e eficiente, através da realização de atendimento aos usuários que procuram a Justiça por Profissionais de saúde, em especial para as demandas que envolvem fornecimento de medicamentos e realização de exames, cirurgias e outros procedimentos médicos.⁴⁷

Mostra-se, portanto, salutar à manutenção e desenvolvimento do SUS – Sistema Único de Saúde que sejam adotados parâmetros que conduzam a atuação do judiciário no que concerne ao processo de Judicialização da saúde, em especial no que tange ao fornecimento de medicamentos, em virtude da demonstração do grande impacto orçamentário promovido na seara da Assistência Farmacêutica.

Nesse aspecto, somando-se às recomendações e posicionamentos apontados pelo STF, relembre-se o papel exercido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de determinar a existência de um mínimo existencial a ser garantido e efetivado pelos Poderes Públicos.

⁴⁶ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.dpu.gov.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=2335&Itemid=303>>. Acesso em 22 de Agosto de 2014.

⁴⁷ Informações obtidas no endereço eletrônico: <<http://www.rn.gov.br/imprensa/noticias/projeto-sus-mediado-servira-de-exemplo-para-outros-estados/10540/>>. Acesso em 22 de Agosto de 2014.

De fato, há que se reconhecer o fenômeno da Judicialização da saúde enquanto realidade inexorável e, ao que se vê irreversível frente à força normativa e a efetividade conferida às normas constitucionais que tratam dos direitos sociais. Todavia, a observância aos parâmetros apontados, ao longo dessa pesquisa monográfica, mostra-se necessária para promover o aprimoramento e a moralização do Judiciário quando da atuação, ainda pouco conhecida por ele, em situações que envolvam circunstâncias fáticas e de direito ligados ao ideal da Justiça Distributiva, como se mostra o Direito Fundamental à Saúde.

5 CONCLUSÃO

A partir do momento em que se admite a aplicação direta e irrestrita dos preceitos fundamentais, o jurista obriga-se a buscar argumentos na própria Constituição Federal, tornando-se a norma o principal parâmetro da argumentação jurídica.

O reconhecimento da força normativa e da efetividade atribuídas às normas constitucionais, permitem inferir que se tratam de verdadeiros direitos subjetivos públicos, colocando o Estado e o indivíduo numa relação jurídica obrigacional que, quando descumprida ou violada, permite a interferência do Poder Judicial a fim de concretizar tais direitos.

É fato que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas. Isso não quer dizer que se tenha atribuído ao legislador infraconstitucional o papel de regulamentar todo o conteúdo material do direito fundamental à saúde. Ao contrário, deve-se reconhecer que o constituinte originário tratou de assegurar um núcleo essencial desse direito, que se torna inviolável e intangível, não fazendo parte do âmbito da discricionariedade e conformação do legislador e do administrador público.

Todavia, não se pode olvidar da afirmação de que a realização dos direitos sociais - enquanto gênero - demanda uma atuação positiva por parte do Estado, a ser realizada por meio de políticas públicas, reconhecendo-se a necessidade de se promover a escolhas alocativas, seguindo-se a ordem da justiça distributiva, em razão da escassez dos recursos públicos diante da infinidade de prestações que podem vir a ser requeridas com base naqueles direitos.

Nesse contexto, surgem limitações fáticas e jurídicas a realização dos direitos sociais, em especial do direito fundamental à saúde, o qual, destarte, restaria condicionado ao postulado da reserva do possível. Vê-se, contudo, que essa argumentação não pode prevalecer de forma absoluta, só merecendo ser acolhida quando devidamente provada a inexistência de recursos a serem aplicados na promoção, proteção e recuperação da saúde, desde que demonstrado que os gastos realizados nessa seara se deram em conformidade com o estabelecido pela Constituição Federal.

Contudo, a aplicação da reserva do possível deve, ainda, ser sopesada pelo que se convencionou chamar de mínimo existencial. Esse mínimo deve corresponder ao núcleo essencial traçado na Constituição, e sua aferição dar-se-á caso a caso, em face da análise concreta das condições sociais, econômicas e culturais que envolvem o indivíduo e o meio no qual ele se insere.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, cabe, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda, que, em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Assim, diante do reconhecimento do direito subjetivo

público ao mínimo legal à saúde, reconhece-se como legítima a atuação do Poder Judiciário em sua efetivação quando caracterizado ato ilegal ou abuso do legislativo e do executivo, em face de sua omissão ou da proteção insuficiente atribuída ao respectivo direito.

Dessa forma, no âmbito das ações judiciais que pleiteiam a concessão de medicamentos experimentais ou que não possuam registro na ANVISA, não deve o Estado ser compelido a fornecê-los. Entretanto, em se tratando de medicamentos não padronizados no âmbito do SUS, incumbe ao magistrado um papel mais ativo na solução desse tipo de conflito, devendo ele se certificar da existência de tratamento alternativo ofertado na rede pública, que dotado de eficácia e segurança, no caso concreto, possa substituir ao que fora requerido.

Por último, pugna-se pela realização de iniciativas, tomadas no âmbito da Administração Pública que possam favorecer as resoluções consensuais, de modo a minimizar o ajuizamento de ações de saúde.

Neste contexto, percebe-se claramente que o Poder Público tem que garantir um mínimo existencial para a população, não se permitindo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros a não concretização de tais garantias, surgindo tal omissão, caberá ao Judiciário a sua implementação, até mesmo porque ao garantir o postulado constitucional do mínimo existencial, está se protegendo também a dignidade da pessoa humana, assim, não poderá o Estado se recusar a garantir direitos e prestações sociais mínimas, capazes de assegurar à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos.

Os parâmetros e iniciativas apontadas na presente pesquisa servem para uniformizar e moralizar a atuação do Poder Judiciário no que concerne ao fornecimento de medicamentos.

Esse redirecionamento da atividade jurisdicional mostra-se necessária em face do grande impacto orçamentário que vem sendo sentido pelos gestores no âmbito do SUS, os quais, diariamente, são obrigadas a cumprirem com determinações de naturezas diversas, sob pena de submeterem-se à aplicação de multa, à prisão por descumprimento de decisão judicial e outras medidas judiciais que tem sido aplicadas a esses casos.

Portanto, o direito à saúde não pode restar aniquilado pela mera alegação de violação ao princípio da separação dos poderes, aos princípios orçamentários ou ao postulado da reserva do possível. Resta clarividente que à luz das diretrizes principiológicas do Estado Democrático de Direito, a concretização e realização dos direitos sociais, mormente o direito fundamental à saúde, deve sobressair-se a tais preceitos, como forma de consignar proteção ao mínimo existencial de cada indivíduo, em prol de sua dignidade, enquanto valor máximo a ser perseguido por nossa sociedade.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Conclusão: o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988. *In: A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1.

- p. 133-178. Disponível: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 15 de Agosto de 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Minas Gerais, v. 11, n. 15, p. 13-38, Nov. 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf> Acesso em 28 de Janeiro de 2015.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.4shared.com/get/Lv0mppMV/Neoconstitucionalismo_e_Consti.html;jsessionid=C7B6AA21F34E20A03E15DA28A65B60AB.dc283>. Acesso em 07 de Março de 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de Março de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docscnj/recomendacoes/reccnj31.pdf>>. Acesso em 22 de Agosto de 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2014.
- _____. Lei nº 9.787, de 10 de Fevereiro de 1999. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.

Brasília, Publicado no Diário Oficial da União em 11 de Fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde no Brasil: contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 199.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS. I Título. 20 ed. vol. 7. Brasília: CONASS, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Município de Fortaleza e Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em 05 de Novembro de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *et al.* *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 13. Disponível em:

<<http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos>> Acesso em 16 de Julho de 2014.

CARLINI, Angélica. *et al.* *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, nº. 3, p. 9-34. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S151641792008000300002&script=sciarttext>>. Acesso em 30 de Julho de 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- GONÇALVES, Luiz Carlos Forghieri. *Os direitos fundamentais na teoria constitucional contemporânea*. Disponível em: <http://professorluizforghieri.com.br/artigo_01.html>. Acesso em 16 de Julho de 2014.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos fundamentais. In: *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MACEDO, Aruza Albuquerque de; SILVA, Cleyton. Barreto e. A fundamentalidade dos direitos sociais. In: V Encontro de Iniciação Científica do curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro. Disponível em: <<http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/vencontro/afundamentalidadedossdireitossociais.pdf>>. Acesso em 06 de Agosto de 2014.
- MARQUES, Sílvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*. v. 9. nº. 2. p. 65-72. Jul./Out. 2008. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v9n2/05.pdf>>. Acesso em 05 de Janeiro de 2015.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existência e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano. 1. nº. 1. p. 179-234. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20de%20Direito%20Sanitario/v9n2/05.pdf)

20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VICTORA, Cesar G, *et al.* Condições de saúde e inovações nas políticas de saúde no Brasil: o caminho a percorrer. *The Lancet*, Londres, p. 90-102, maio 2011. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/revista_the_lancet.pdf>. Acesso em 30 de Outubro de 2014.