

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**BRUNA BARRY CASTRO**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO DO  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO**

**CURITIBA**

**2013**

**BRUNA BARRY CASTRO**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO  
DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Aline Koentopp

**CURITIBA**

**2013**

## TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA BARRY CASTRO

### A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2013.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 A SAÚDE COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> ...	9
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE.....	10
2.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL .....	11
2.2.1 A saúde como direito fundamental .....	13
2.3 A NATUREZA DO ART.196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....	15
2.4 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....	19
<b>3 O DIREITO À SAÚDE NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL</b> .....	21
3.1 A LEI ORGÂNICA DA SAÚDE (LEI 8.080/90).....	21
3.2 A POLÍTICA NACIONAL FARMACÊUTICA E MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS .....	23
3.2.1 Conceito de medicamento excepcional e a problemática de sua dispensação	24
3.2.2 A inclusão de novos fármacos no programa de dispensação de medicamentos pelo SUS .....	27
<b>4 RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	30
4.1 RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DECRETO Nº 678/92 .....	30
4.2 A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB O ENFOQUE DO PODER JUDICIÁRIO .....	31
<b>5 A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	38
5.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE E INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	39
5.2 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL .....	42
5.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL .....	48
<b>6 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL</b> .....	52
6.1 A CONCESSÃO DE MEDICAMENTO COMO OBRIGAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA SAÚDE.....	53

6.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUE NÃO CONSTA DAS LISTAS DO PODER PÚBLICO.....	56
6.3 RESERVA DO POSSÍVEL .....	58
6.4 SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	61
6.5 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA .....	62
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## RESUMO

O presente trabalho pela consulta doutrinária e jurisprudencial busca analisar o preceito constitucional contido no art. 196 da Constituição Federal, que estabelece o dever do Estado de promover a saúde através da implementação de políticas públicas, e a problemática que envolve a concretização do direito à saúde por meio da concessão de medicamentos pelo Estado. A presente pesquisa pretende analisar o direito à saúde, enquanto direito fundamental social, seguindo a regra do art. 5º, parágrafo 1º, que estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e, portanto não sendo aceita a tese suscitada de que a regra que disciplina o direito à saúde teria cunho meramente programático. Ainda, pretende-se analisar o direito à saúde no plano infraconstitucional, a Lei Orgânica da Saúde e como se dá a dispensação de medicamentos pelo SUS. Nessa esteira, a reserva do possível, limitação de ordem econômica, que acaba por restringir a efetivação do direito à saúde, vem sendo utilizada como argumento para negar a concessão de medicamentos à população. Também, se reconhece a relevância do ativismo judicial, a despeito das críticas suscitadas, pois sempre que demandado o Judiciário tem legitimidade para decidir para tutelar a concreção dos direitos fundamentais sociais. O presente trabalho finaliza por analisar o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, a fim de possibilitar uma maior compreensão do mesmo.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Reserva do Possível, Ativismo Judicial.

## **LISTA DE SIGLAS**

**SUS** – Sistema Único de Saúde

**ONU** – Organização das Nações Unidas

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito, como ciência social, tem a finalidade de regular as relações sociais e como tal, busca acompanhar a evolução das mesmas, assim como tem ocorrido diante do avanço da tutela ao direito à saúde.

O presente estudo tem o escopo de analisar o direito à saúde enquanto direito prestacional, por conseguinte o problema específico a ser enfrentado consiste em apresentar propostas aptas a superar as dificuldades suscitadas em oposição ao referido direito, quando do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

O tema não é pacífico, ao contrário, envolve controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência. Isso porque, a complexidade do tema compreende seu impacto não somente em relação à efetividade do direito fundamental social da saúde, como também nas esferas da economia e da política.

Na perspectiva normativa-constitucional, as normas que disciplinam o direito à saúde são classificadas como programáticas, fazendo-se depender de complementação, já que o art. 196 enuncia que a saúde será promovida mediante políticas públicas, medidas essas indispensáveis à concretização do direito à saúde, o que suscita na doutrina dissenso em relação ao grau de eficácia de referidos mandamentos constitucionais. Tem origem nesse aspecto, o questionamento a respeito da possibilidade do indivíduo poder exigir em juízo a realização do direito à saúde, quando o Estado deixar de prestá-lo.

Partindo-se dessas premissas, será realizada a análise da atuação prestacional do Estado na concretização do direito à saúde, principalmente no tocante à dispensação de medicamentos, à judicialização do direito à saúde e à reserva do possível, em respeito à dignidade humana, princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, que pressupõe a garantia de ao menos condições materiais imprescindíveis para a existência humana.

Constituído por cinco capítulos, o presente estudo tem por escopo uma análise ampla das questões que envolvem o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

No primeiro capítulo irá se abordar a classificação do direito à saúde como direito fundamental prestacional, seu conceito, que ao longo do tempo se tornou mais abrangente, bem como a problemática que envolve a classificação do direito à

saúde como norma programática e suas discussões doutrinárias. Ainda, apresenta-se a responsabilidade solidária dos entes federados como forma de concretização do direito à saúde.

Enquanto que no segundo capítulo, será analisado o direito à saúde no plano infraconstitucional, com ênfase na Lei 8.080/90, e na política nacional de assistência farmacêutica e dispensação de medicamentos excepcionais.

No terceiro capítulo, abordar-se-á o princípio da reserva do possível, e até que ponto essa limitação financeira pode obstaculizar o acesso à saúde, por meio do fornecimento de medicamentos.

No quarto capítulo, serão relacionados os aspectos que envolvem o ativismo judicial, que na atualidade cumpre relevante papel na concretização do direito à saúde, a despeito das críticas que lhe são arguidas.

Por fim, o quinto capítulo fará um exame de casos concretos, a partir de exemplos trazidos pela jurisprudência nacional afim de possibilitar um maior entendimento a respeito do tema em comento.

Objetivando seguir um rigor metodológico optou-se pela pesquisa bibliográfica e posteriormente menciona-se o posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema. Faz-se referência à doutrina adotada para a realização do presente estudo no seu decorrer, assim como nas referências bibliográficas ao final do trabalho.

## 2 A SAÚDE COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pela observância da incessante dinâmica social e as distintas e complexas necessidades que acompanham a frenética transformação da sociedade, o Direito como ferramenta instrumental adapta-se e modifica-se constantemente (ou, ao menos, deveria) em atinência à harmonização das questões decorrentes.

Superada a utópica e necessária<sup>1</sup>, à época, ideologia liberal do início do modernismo, da igualdade formal e mínima intervenção estatal nas questões privadas (intervenção somente para o exercício de coação pelo descumprimento de um contrato), o Direito passa a entender que a falsa segurança jurídica típica do século XVIII, período da codificação, não poderia mais abarcar as relações interpessoais e violações constantes aos direitos dos membros da sociedade igualitária (pilar do modernismo). Era fática a desigualdade de forças entre os cidadãos com menos ou nenhuma posse e os abastados burgueses que ascenderam ao ápice do novo modelo social da modernidade, percebe-se nesse momento também que a mera codificação não era bastante em si para prever todas as relações e condutas existentes numa sociedade complexa. A partir da constatação dessa incapacidade o Direito passa a entender a função do Estado como interventor para possibilitar a concreção da material igualdade de seus membros, de forma a suprir as desigualdades sociais, relativizando a tão dantes intocada liberdade contratual liberalista.

Surge, através da lente da isonomia material o chamado Estado do bem-estar social. O Estado deixa de ser apenas fiscal contratual e passa a agir ativamente nas relações privadas, condicionando as relações ao chamado bem-comum.

O Direito pela isonomia material, entende que nem todos os homens são iguais e ao enxergar as diferenças existentes passa a criar mecanismos para neutralizar as desigualdades de forma a garantir a todos a concreção de seus direitos individuais e sociais.

Não se pode falar em dignidade, em vida, se houverem obstáculos no acesso à saúde. O capitalismo desenfreado, a famosa mais-valia, criaram um caos social e desigualdade gritante nas sociedades modernas onde abastados dividem o mesmo

---

<sup>1</sup> Necessária pois como reação a uma forte e intrínseca ideologia monárquica genealógica e clériga deveria ter uma força de igual proporção na direção oposta para que se rompessem de vez os paradigmas medievais divinizados.

perímetro urbano com miseráveis. Tudo passa a ter caráter comercial, lucrativo e o pobre passa a ter cada vez menor acesso aos direitos indispensáveis para sua vida, saúde, dignidade.

O Estado ao incluir constitucionalmente o direito à saúde no rol dos direitos sociais atribui ao Estado democrático o dever de garantir a todos os cidadãos o acesso a saúde, dado esse contexto que se mostra a atualidade, pode-se analisar o conceito de saúde e a problemática que envolve a concretização do direito à saúde.

## 2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE

A evolução social e tecnológica contribuiu consideravelmente para a nova conceituação da saúde. Nesse sentido, percebe-se que ao longo do tempo os aspectos psicológicos e sociais passaram a integrar o conceito de saúde, antes tão somente composto pelos aspectos físicos e biológicos. Assim, a saúde deixou de ser entendida como ausência de enfermidade e passou a ser entendida como um estado de bem-estar físico, mental e social.<sup>2</sup>

Corroborando essa definição, a Organização Mundial da Saúde estabelece que a saúde consiste em: um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doenças ou enfermidades,<sup>3</sup> reconhecendo a saúde como um direito fundamental inerente a todo ser humano, destacando a relevância de uma política sanitária.

A partir dessa análise mais ampla do conceito de saúde, afirma-se que a saúde não somente é composta por fatores individuais, mas sim, considera-se para tanto os fatores sociais, econômicos, culturais e os fatores individuais quando relacionados aos cuidados dispendidos no trato à saúde. Nessa toada, faz-se indispensável a diferenciação entre os fatores determinantes da saúde, enquanto bem-estar físico, mental e social seja de forma individual, ou a partir da análise de

---

<sup>2</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 75.

<sup>3</sup> ORGANIZACAO DAS NACOES UNIDAS (ONU). **Constituição da organização mundial de saúde:** preâmbulo. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.onu.org>. Acesso em: 12/09/2013.

um grupo ou população, embora, tal identificação não seja necessariamente hábil a explicar o estado de saúde de um grupo social.<sup>4</sup>

Nessa esteira, o Diploma Constitucional tutela a garantia do direito à saúde como direito público subjetivo, exigível em face do Estado, e está disciplinado em seu art. 196 e seguintes. Observa-se que referido dispositivo legal consiste em princípio norteador do Sistema único de Saúde, princípio este que contribui para a realização do indivíduo enquanto cidadão e ser humano, a partir da tutela da dignidade humana.<sup>5</sup>

Embora perceba-se o notável avanço na concepção da saúde, esse avanço ainda não é suficiente para acompanhar sua evolução, considerando-se que a saúde na atualidade está intimamente ligada à qualidade de vida, e sua manutenção guarda relação à preservação da vida.

Uma vez compreendido o conceito de saúde e suas implicações na conjuntura atual, passa-se à análise da saúde enquanto direito social.

## 2.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Antes de adentrar no tema da saúde como direito fundamental social, faz-se necessário salientar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que referido princípio informador de nosso ordenamento jurídico consiste em elemento que afere unidade de sentido e legitimidade ao nosso sistema jurídico, e em razão de sua relevância para a análise da saúde enquanto direito social, direito esse que tem por fundamento este princípio.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem função de princípio fundamental e, como tal, se apresenta como princípio informador e fundamentador de todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988. Nesse contexto, imperioso salientar a função instrumental integradora e hermenêutica desse princípio, já que o mesmo figura como parâmetro de aplicação

---

<sup>4</sup> CZERESNIA, D. **Promoção da saúde: Conceitos, reflexões, tendências**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 25.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 686.

e interpretação não somente dos direitos fundamentais, mas de todas as normas integrantes de nosso ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Embora parte da doutrina entenda o conteúdo da dignidade humana como essencialmente abstrato, a exemplo o emérito doutrinador Rizzato Nunes, a partir da afirmação de que em razão do seu caráter abstrato, este princípio somente nortearia a aplicação dos demais princípios fundamentais.<sup>7</sup> Majoritariamente o entendimento é de que referido princípio apresenta caráter material. A esse respeito cite-se o posicionamento de Ana Paula Barcellos que entende que o princípio da dignidade humana assume feição material a partir do mínimo existencial:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (...) Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.<sup>8</sup>

Dessa forma, percebe-se a concretude e auto-aplicabilidade perseguidas pelo princípio da dignidade humana, que busca a efetividade por meio da tutela da autonomia individual e, por outro lado, através do atendimento às necessidades humanas essenciais.

Necessário salientar que o princípio da dignidade humana constitui também elemento de elevada relevância na tutela dos direitos fundamentais contra medidas restritivas.<sup>9</sup>

Nesse sentido, indispensável é a análise do direito à saúde enquanto direito fundamental social e prestacional.

---

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85.

<sup>7</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 198. Na mesma toada, entendendo que a dignidade humana apresenta caráter material cite-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 119; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 39; e FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais**, p. 81.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 119.

### 2.2.1 A saúde como direito fundamental

Para aprofundar o entendimento acerca do tema do presente estudo, irá se analisar primeiramente a saúde enquanto direito fundamental, seu conceito e classificação, já que a Carta Maior no seu art. 6 reconhece a saúde como direito fundamental social.

Impende destacar que a conceituação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil dada a gama de direitos que compõe esse rol, e também a historicidade, que inspira exigências específicas de acordo com o momento histórico para que se conceitue o que é um direito fundamental.

A esse respeito Vieira de Andrade assinala como elemento caracterizador e fundante dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, que lhes confere unidade material.<sup>10</sup>

Conquanto a existência de direitos constitucionalmente assegurados como direitos fundamentais que não apresentam vínculo direto com a dignidade, deve-se considerar que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>11</sup>

Embora haja uma vasta terminologia para designar os direitos fundamentais, José Afonso da Silva considera como mais adequada a expressão direitos fundamentais do homem na medida que tal expressão exprime a necessidade de tutela destes direitos seja nas situações objetivas ou subjetivas determinadas no direito positivo, tutela essa sem a qual a pessoa humana não tem possibilidade de se desenvolver.<sup>12</sup>

Nessa linha, os direitos fundamentais são marcados pelas seguintes características: relatividade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade e historicidade ou generatividade. A relatividade expressa a possibilidade desses direitos sofrerem limitações, quando em conflito com o interesse público ou demais

---

<sup>10</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 306.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 109. Em sentido semelhante: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. HERRERA, Luiz Henrique Martim. **Tutela dos direitos humanos fundamentais**, p. 138.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178-179.

direitos fundamentais, destacando que não há hierarquia entre direitos fundamentais, devendo o julgador no caso concreto realizar a ponderação dos interesses e valores envolvidos. A imprescritibilidade se verifica por tais direitos não apresentarem elementos que importem em prescrição, são sempre exigíveis, não há lapso temporal que implique a perda de sua exigibilidade. A irrenunciabilidade, já que não se pode renunciar a tais direitos, o que se pode é deixar de exercê-los, mas não renunciá-los. A inalienabilidade, pois referidos direitos são inalienáveis, não podem ser negociados, são indisponíveis. A historicidade consiste na afirmação de que esses direitos são fruto da evolução histórica, eles nasceram ao longo da história.

No que se refere à historicidade, durante o curso da história foram formadas gerações de direitos fundamentais, sendo que cada geração consiste em um momento histórico distinto. A primeira geração, cujo momento foi o século XVIII, englobava os direitos de liberdades negativas, pois consistem em direitos de defesa contra o Estado, contra a opressão do monarca, exigindo do Estado uma abstenção. A segunda geração no final do século XIX propõe a garantia das liberdades positivas, já que os indivíduos almejam uma ação do Estado, aqui englobam-se os direitos sociais, econômicos e culturais. A terceira geração, cujo cenário é o pós guerra no século XX, é composta pelos direitos dos povos, tais como: o direito à paz, direito à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, o direito à saúde, pertence à 2ª geração de direitos fundamentais, integrando o rol dos direitos sociais, os quais apresentam caráter econômico-social, que se destinam a melhorar as condições de vida e de trabalho para todos os cidadãos, consistindo em prestações positivas do Estado em prol dos indivíduos. Ainda, convém mencionar José Afonso da Silva que assim define os direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 286.

A Constituição Federal conferiu aos direitos sociais tratamento de autênticos direitos fundamentais.<sup>14</sup> A tutela do direito à saúde, assim como dos direitos sociais, requer a atuação positiva do Estado, em razão de exigir não uma abstenção, mas uma ação dele. Consoante preleciona Robert Alexy os direitos sociais são direitos a prestação em sentido estrito. Desta forma, o indivíduo é titular do direito, direito esse exigível contra o Estado, que teria que ter meios financeiros para arcar com a prestação e, em último caso, poderia o titular do direito obter a prestação de particulares, dada a relevância de tal direito.<sup>15</sup>

O direito à saúde, igualmente aos demais direitos sociais, admite duas vertentes, a primeira que se refere ao direito de exigir do Estado que este não lhe prejudique a saúde e a segunda que consiste nas prestações positivas ao que o Estado é obrigado para o fim de prevenção e tratamento de doenças.<sup>16</sup>

A esse respeito, cumpre citar crítica elaborada pelo insigne doutrinador Norberto Bobbio que destaca o problema suscitado pelos direitos sociais, que por exigir prestação positiva do Estado, lhe confere uma ampliação de seus poderes, sendo que esta ampliação pode apresentar uma conotação positiva ou negativa, dependendo do contexto em que surgir.<sup>17</sup>

Uma vez compreendido o enquadramento do direito à saúde como direito fundamental social, passa-se à problemática da natureza do art.196 da Constituição Federal e a efetividade dos direitos sociais.

### 2.3 A NATUREZA DO ART.196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O direito à saúde está disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal com a seguinte redação:

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 642.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (tradução Virgílio Afonso da Silva). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.499.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 309.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

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

Aqui cabe a análise do referido dispositivo legal para avaliar sua natureza. Em razão do art. 196 enunciar que a saúde será promovida mediante políticas públicas, medidas essas indispensáveis para a concretização do direito à saúde, mas sem determiná-las, fazendo-as depender de complementação, as classificaria como normas programáticas.

Preliminarmente, no que tange à concretização dos direitos sociais, imperiosa a análise terminológica das palavras que envolvem sua determinação. Para tanto, vale mencionar José Afonso da Silva que define eficácia e efetividade.

A eficácia jurídica pode ser entendida como a capacidade de alcançar os objetivos perseguidos pela norma. Enquanto que a eficácia social ou efetividade, traduz a real aplicabilidade da norma.<sup>18</sup>

A aplicabilidade dos direitos fundamentais é imediata, conforme o que dispõe o art. 5, parágrafo 1 da Constituição Federal e, portanto, o direito à saúde também o é, visto se tratar de um direito fundamental social.<sup>19</sup> Entretanto, referido dispositivo legal não é capaz de resolver todas as questões que envolvem os direitos sociais fundamentais, em virtude de a própria Constituição, por vezes, impor a necessidade de posterior complementação à norma, desses direitos sociais, sendo eles regidos por normas de eficácia limitada. Em regra, as normas que definem direitos sociais e econômicos possuem eficácia contida e aplicabilidade plena, apesar daquelas normas que dependem de uma norma regulamentadora possuírem eficácia limitada de princípios programáticos e aplicabilidade indireta.<sup>20</sup>

Vale destacar que uma norma constitucional programática não é destituída de valia, posto a máxima de que toda norma constitucional possui eficácia jurídica. Os efeitos das normas programáticas se dividem em imediatos e diferidos, sendo que

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66.

<sup>19</sup> A contrario sensu cite-se Virgílio Afonso da Silva que considera os direitos sociais como normas de eficácia limitada. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**, p. 249.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 180. Em sentido semelhante: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 431.

os efeitos diferidos tem sua eficácia postergada, o que implica na fragilidade quanto à efetivação da norma.<sup>21</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet corrobora o entendimento de que as normas programáticas também são dotadas de eficácia, não podendo ser consideradas como meras declarações de aspecto ideológico ou político.<sup>22</sup>

Mencionado autor segue no estudo da eficácia das normas programáticas, já que as mesmas dependem de uma concretização legislativa para que seus efeitos sejam gerados em sua magnitude. Nessa esteira, entende aludido autor que embora o cunho programático das normas que regulam os direitos sociais, as mesmas possuem eficácia e, em certo grau, possuem aplicabilidade imediata. Ressalta ainda, que dentre as cargas de eficácia conferidas às normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as programáticas, as mesmas apresentam determinações impostas ao legislador que o vinculam não somente à concretização dos programas, mas também ao dever de respeitar os parâmetros fixados nas normas de direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Igualmente, os direitos fundamentais sociais de cunho programático são parâmetros para a interpretação e aplicação das demais normas de nosso ordenamento, uma vez que consistem em princípios, apresentam as finalidades que constituem os objetivos condicionantes da atividade estatal, de modo a refletir em todo o sistema jurídico.

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet faz alusão de que o direito à saúde, caso não fosse designado de forma expressa pelo legislador como direito fundamental, teria de ser reconhecido como direito fundamental implícito dado seu vínculo com o bem de maior relevância perseguido por nosso ordenamento jurídico que é a vida humana.<sup>24</sup>

Desta forma, apesar dos poderes públicos alegarem em seu favor que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada, a escassez de recursos, inconsistentes são tais argumentos, posto a relevância que é conferida ao

---

<sup>21</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades na Constituição brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120-121.

<sup>22</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 281.

<sup>23</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 283-284. Com o mesmo entendimento: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**, p. 279-280.

<sup>24</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 315.

direito à vida, e a vedação da pena de morte, sendo que a negativa de prestação dos serviços essenciais de saúde implicaria, em última análise, na aplicação de pena de morte ao indivíduo que não tem condições de arcar com os custos de seu tratamento.<sup>25</sup> Destarte, em relação ao direito à saúde, indispensável se faz o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações materiais, extraído de forma direta da Constituição, ainda que condicionado à garantia das condições mínimas de subsistência.

Tem-se difundido algumas teses que pretendem fundamentar a exclusão do enquadramento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, o que contribui para que tenham aplicabilidade limitada. Essas teses não merecem guarida, posto que excluem os direitos sociais das cláusulas pétreas, tornando-se tão somente normas programáticas, sujeitas ao princípio da reserva do possível e à observância do padrão mínimo social.

A esse respeito, a questão mais difundida para afastar a natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais está relacionada à sua efetividade, posto o fato de os direitos sociais consistirem em normas de caráter programático, fazendo-os depender de regulamentação infraconstitucional, o que lhes retiraria a força de direito público subjetivo. Considerando-se esse contexto que rejeita a observância dos direitos sociais, construiu-se no âmbito doutrinário falsas concepções relacionadas a esses questionamentos, que sustentam que os direitos sociais não têm efetividade, podendo ser atentatórios às liberdades individuais.

O primeiro engano seria a possibilidade de conflito entre direitos sociais e direitos civis e políticos, pois sua implementação iria de encontro com as liberdades individuais e o direito de propriedade. No entanto, esta construção teórica surgiu em um dado momento histórico, o pós guerra, onde havia a preocupação de evitar as condições sociais que embasaram o surgimento de projetos políticos tais como o nazismo.<sup>26</sup>

Outra questão alude à concepção funcional dos direitos sociais, que teriam função reparadora, o que lhes confere caráter subsidiário de aplicação em relação aos direitos civis e políticos. De modo que, os direitos sociais consistiriam em

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 315-316.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

direitos de segunda ordem, submetidos a uma observância eventual, em virtude de responderem a demandas sociais e econômicas.

Na seara das teses arguidas para defender a exclusão da natureza de direitos humanos fundamentais dos direitos sociais são levantados alguns argumentos que prejudicam a efetividade e aplicabilidade desses direitos (sociais). O primeiro argumento sustenta que os direitos sociais são direitos de segunda ordem, em razão da sua não participação no momento fundador do estado de direito. Este argumento é rebatido com a afirmação de que com a passagem do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, houve a incorporação dos direitos sociais ao rol dos direitos humanos fundamentais, o que pressupõe a realização dos direitos sociais.

O segundo argumento defende que os direitos sociais dependem de uma economia forte, razão essa que justificaria a exclusão dos direitos sociais dos direitos fundamentais, mas que não merece guarida. Os recursos públicos não são parâmetros para a implementação ou não de políticas públicas que atendam os direitos sociais, essa implementação consiste em dever estatal, relacionada à função do Estado, que se consubstancia pela tutela do bem comum.

O terceiro, e último, argumento, versa sobre o custo dos direitos sociais, consignando que os mesmos ultrapassam os recursos orçamentários. Este argumento está vinculado à reserva do possível, porém não assiste razão, pelo fato de que todos os direitos fundamentais possuem um custo, a exemplo, cite-se o custo do aparelho estatal indispensável à tutela dos direitos civis e políticos.

Após a análise quanto à efetividade dos direitos sociais, e dos argumentos que são insuficientes para justificar a sua exclusão do corpo dos direitos humanos fundamentais e, por consequência validariam a sua não aplicabilidade imediata, indispensável é o exame da responsabilidade solidária dos entes federados como maneira de garantir a concretização do direito à saúde.

#### 2.4 A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O encargo de garantir a tutela da saúde está disciplinado no art. 23 da Constituição Federal, o qual aborda a competência comum dos entes federados

para a preservação da saúde. Todavia, a competência comum estabelecida, não quer dizer que o objetivo da Lei Fundamental seja a atribuição de competência irrestrita para a atuação dos entes federados, pois o mesmo acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde.

Ainda, a Carta Magna determina no art. 196, caput, que o direito à saúde constitui: “direito de todos e dever do Estado” e, em razão do Estado Brasileiro ser instituído sob a forma federativa, consoante art. 60, parágrafo 4, I da Constituição Federal, todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estão vinculados à imposição de promover a saúde de forma solidária.

A responsabilidade solidária passiva, conceito trazido do direito civil, significa que todos os devedores estão obrigados ao pagamento integral da dívida, abrindo-se ao credor a possibilidade de exigir o pagamento em sua integralidade de qualquer um dos devedores.<sup>27</sup>

Dessa forma, fazendo uso da forma federativa do Brasil e do conceito de obrigação solidária do direito civil, o Poder Judiciário tem consagrado a condenação solidária, como forma de garantir uma efetiva tutela da prestação dos serviços de saúde. A exemplo cite-se Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.<sup>28</sup>

Nessa linha, a jurisprudência pátria tem decidido pela solidariedade passiva dos entes federados (União, Estados e Municípios) na promoção da saúde, também como forma de garantir maior efetividade na tutela desse direito.

---

<sup>27</sup> Convém mencionar conceito doutrinário de solidariedade passiva: “a obrigação solidária passiva é a relação obrigacional, com multiplicidade de devedores, sendo que cada um responde *in totum et totaliter* pelo cumprimento da prestação, como se fosse o único devedor. Cada devedor está obrigado à prestação na sua integralidade, como se tivesse contraído sozinho o débito”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**, p. 136.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AI 550.530-Agr, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26/06/2012, Segunda Turma, DJE de 16/08/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>. Acesso em: 12/09/2013

### 3 O DIREITO À SAÚDE NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL

#### 3.1 A LEI ORGÂNICA DA SAÚDE (LEI 8.080/90)

A lei 8.080/90 dispõe acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços médicos, e institui o Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS tem por objetivo a promoção de condições que assegurem acesso universal, integral e igualitário<sup>29</sup> às ações e serviços prestados pela Administração Pública. Esta lei enaltece o direito fundamental social em apreço, por meio de 5 pontos basilares:

I. a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício; II. o dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos e doenças e outros agravos e ao estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de proteção, defesa, promoção, prevenção, preservação e recuperação da saúde; III. As políticas sociais e econômicas protetoras da saúde individual e coletiva são as que atuam diretamente sobre os fatores determinantes e condicionantes da saúde, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; IV. o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao exercício do direito do cidadão à saúde não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. V. Dizem respeito também à saúde as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.<sup>30</sup>

A lei supracitada em conjunto com a lei 8.142/90 disciplinam o modelo do SUS, levando-se a constatação que a saúde enquanto direito fundamental, possui relação intrínseca com o direito à vida e a integridade física, não podendo sua análise se dar em separado da universalidade inerente a esses direitos. De modo que, o direito à saúde é caracterizado por sua amplitude, e não como mero assistencialismo.

---

<sup>29</sup> São estas as características que informam os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde.

<sup>30</sup>CARVALHO, Guido Ivan; Santos, Lenir. **SUS – Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde – Lei n. 8.080/90 e n. 8.142.** 4 ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006, p.32.

A lei 8.080/90 não apenas dita as atribuições concernentes ao SUS, como também estabelece no art. 7, os princípios que norteiam as políticas públicas de saúde, dos quais destacam-se: o princípio da universalidade e da integralidade.

O princípio da integralidade da assistência, definido no art.7, II da Lei 8.080/90, ressalta a articulação e continuidade de ações e serviços nos diversos níveis de complexidade do Sistema, o que importa no dever do Estado de prestar serviços integrais, independentemente da enfermidade. Assim como o art. 198, II da Constituição Federal, que confere prioridade às atividades preventivas, sem excluir os serviços assistenciais.<sup>31</sup>

O princípio da universalidade assegura o acesso à prestação de serviço público de saúde, que no Brasil guarda relação com a gratuidade na prestação dos serviços. Ao conferir a universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde, assinala Octávio Ferraz que o ordenamento jurídico brasileiro contempla desígnios de “maior coesão social (todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços) e [...] evita ainda a estigmatização e a queda de qualidade que necessariamente acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres”.<sup>32</sup>

Nessa linha, o adimplemento da obrigação de promover o acesso universal aos serviços de saúde, exprime a necessidade de apreciar as desigualdades relacionadas ao aspecto cultural, social, econômico ou geográfico dos indivíduos destinatários desses serviços.

A lei 8.080/90 definiu também a competência dos entes federativos. Observando os arts. 16, XIII; 16, XV; 18, I e III, depreende-se que os Estados e União Federal devem executar as políticas públicas de forma supletiva, quando o Município se abster de sua realização. Cabe destacar que o fato de determinado

---

<sup>31</sup> Pertinente mencionar um óbice para a garantia do atendimento integral consiste na má organização e gestão da rede de saúde, diante da inexistência de planejamento das prestações de serviços que deveriam ser conforme as necessidades enfrentadas pelos indivíduos alvo das políticas públicas, bem como uma organização satisfatória no encaminhamento dos pacientes entre as diversas unidades de saúde. RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania**, p. 108.

<sup>32</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**. disponível em <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.doc>. Acesso em: . No mesmo sentido: MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**, p. 510.

ente da federação ser o titular do fornecimento de um bem, não quer dizer que a ele cabe arcar com o seu custeio sozinho.<sup>33</sup>

Uma vez compreendidos os aspectos relevantes da Lei Orgânica da Saúde, passa-se à análise da política nacional de assistência médica e o fornecimento de medicamentos excepcionais, que constitui o objeto do presente estudo.

### 3.2 A POLÍTICA NACIONAL FARMACÊUTICA E MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS

Os obstáculos impostos à efetivação do direito à saúde, assumem amplitude na atualidade, e, como solução, demandam a implementação de políticas públicas hábeis a conferir efetividade a ações e serviços relacionados com a saúde. As políticas públicas são as ações praticadas pela Administração Pública a fim de atribuir efetividade aos direitos consagrados pela Lei Fundamental.<sup>34</sup>

A tutela do direito à saúde está intrinsecamente relacionada ao dever estatal de fornecer medicamentos. Em relação à distribuição de medicamentos, a repartição de competências é tracejada por atos administrativos proferidos pelos entes federativos, dentre eles, o principal é a Portaria n 3.916/98 do Ministério da Saúde que institui a Política Nacional de Medicamentos, cujas diretrizes são: adoção da relação de fármacos básicos; regulação sanitária de fármacos; reorientação da assistência farmacêutica; promoção do uso racional de fármacos; desenvolvimento científico e tecnológico; promoção da produção de fármacos; garantia da segurança, da eficácia e da qualidade dos fármacos; desenvolvimento e capacidade de recursos humanos.<sup>35</sup>

Posteriormente, em virtude da necessidade de reestruturar a Assistência Farmacêutica referente ao SUS, o Conselho Nacional de Saúde editou a resolução n

---

<sup>33</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades na Constituição brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 16-17.

<sup>34</sup>BOTELHO, Ramon Fagundes. A judicialização do direito à saúde, p. 145.

<sup>35</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n 3.916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 nov. 1998. Seção 1, p. 18-22.

38, de 06 de maio de 2004, a qual aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.<sup>36</sup>

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), enuncia em seu art. 6º, VI, o âmbito de atuação do SUS: “formulação da política de medicamentos [...] de interesse para a saúde”, com o escopo de garantir as condições necessárias para uma efetiva promoção da saúde, através da fornecimento de medicamentos de qualidade de forma efetiva, e da garantia de acesso aos medicamentos essenciais pela população.

### 3.2.1 Conceito de medicamento excepcional e a problemática de sua dispensação

O art. 3º, II do Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977 conceitua medicamento como: “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.<sup>37</sup>

No entanto, a presente pesquisa tem por objeto a análise da dispensação de medicamentos excepcionais pelo poder público, como forma de tutela do direito à saúde.

A esse respeito, convém mencionar o conceito de medicamento excepcional elaborado pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde:

Aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, a despeito de atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados. Por serem, em sua maioria, medicamentos excessivamente onerosos, também são chamados de medicamentos de alto custo.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n 38, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mai. 2004. Seção 1. P. 52-3.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977, que regulamenta a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/Antigos/D79094.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/Antigos/D79094.html). Acesso em: 07/09/2013.

<sup>38</sup> DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 20.

Esses medicamentos são considerados excepcionais, por se tratar de exceção, apesar de nem sempre seu uso ser destinado ao tratamento de doenças raras, atingem um número reduzido de pessoas. Por consequência, tais medicamentos possuem custo elevado em razão de serem produzidos em menor escala.

Pode-se citar que dentre os usuários destes medicamentos estão os portadores de insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, HIV, hepatite viral B e C, epilepsia e esquizofrenia, e os transplantados.<sup>39</sup>

Percebe-se, portanto, que os medicamentos excepcionais são essenciais, posto sua capacidade de assegurar a vida e o bem-estar das pessoas que deles dependem. Nesse sentido, o Ministério da Saúde através da Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, constituiu o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, com o escopo de colocar à disposição medicamentos no âmbito do SUS.

Esta disponibilização de Assistência Farmacêutica ocorre por meio dos seguintes componentes: básico, estratégico e medicamentos de dispensação excepcional.

O componente básico trata-se de financiamento para a promoção básica da saúde e programas de saúde peculiares, introduzidos na rede da atenção básica à saúde, cuja responsabilidade é distribuída aos gestores do SUS.

Os medicamentos que compõem a atenção básica à saúde, denominados de medicamentos essenciais, se destinam à satisfação das necessidades da maior parte da população.

Os medicamentos essenciais integram a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), cuja elaboração é de competência do gestor federal, sendo que seu uso se dá no âmbito do SUS. Insta ressaltar, que a dispensação de medicamentos pelo SUS não está vinculada aos medicamentos que compõe a

---

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de avaliação de programa : Ação Assistência para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais / Tribunal de Contas da União ; Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha. – Brasília, 2004. Disponível em: [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas\\_governo/areas\\_atuacao/sau de/Medicamentos.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/sau de/Medicamentos.pdf). Acesso em: 07/09/2013.

RENAME, dada a existência de outras listas, como a que especifica a dispensação de medicamentos excepcionais.<sup>40</sup>

Os medicamentos excepcionais integram o “Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional”, que é responsável pela aquisição e distribuição de medicamentos conforme os seguintes critérios:

a) doença rara, ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamentos de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e b) doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado, desde que: b.1) haja tratamento previsto para o agravo no nível de atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou b.2) o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.<sup>41</sup>

Em razão do aumento no número de demandas relativas ao fornecimento dos medicamentos de caráter excepcional, o Ministério da Saúde criou o Programa de Medicamentos Excepcionais, para a dispensação de medicamentos de alto custo, em grande parte de uso contínuo para o tratamento de doenças raras e crônicas, cujo financiamento independe da assistência básica à saúde. Cabe ao indivíduo solicitar o fornecimento do medicamento, que dependerá da análise de uma comissão, sendo criados processos individuais.

É nesse ponto que surge a problemática em torno desses medicamentos, que consiste nas objeções dos poderes públicos quanto à sua dispensação. Estas objeções são de caráter econômico (relacionado ao princípio da reserva do possível)<sup>42</sup> ou de caráter técnico. O caráter técnico está relacionado com a exigência de registro e inclusão na lista do Programa de Dispensação de Medicamentos de Caráter Excepcional.

---

<sup>40</sup>NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza Ávila. **O sistema único de saúde em dez anos de desafio**. São Paulo: Sobravime, p. 363.

<sup>41</sup>DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 21.

<sup>42</sup> O princípio da reserva do possível será abordado adiante.

### 3.2.2 A inclusão de novos fármacos no programa de dispensação de medicamentos pelo SUS

Outra dificuldade que surge em torno da questão referente à dispensação de medicamentos é a necessidade de atualização das listas de medicamentos elaboradas pelo Estado, com a inclusão de novos fármacos disponibilizados no mercado, a fim de possibilitar um amplo atendimento às crescentes demandas que surgem na atualidade.

A Portaria n. 1.869, de 04 de setembro de 2008, trouxe a última atualização da relação de medicamentos excepcionais fornecidos pela Administração Pública e nela consta a listagem de 233 medicamentos excepcionais.

A esse respeito, válida a observação que a inclusão de novos fármacos constitui processo demorado, dada a exigência de pareceres técnicos que determinarão a inclusão ou não desse novo medicamento na lista de fornecimento pelo Estado.

Em audiência pública de saúde, promovida pelo STF, José Getúlio Martins Segalla, presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica abordou problemas relacionados ao tratamento do câncer e sua conexão com a política de inclusão de novos fármacos pelo SUS, ao fazer menção a uma substância de eficácia reconhecida no tratamento do linfoma de célula B, que não integrava a lista do Programa de Dispensação de Medicamentos de Caráter Excepcional:

Como é fato público todos sabemos que figura do alto escalão do Governo (Sra. Dilma Rousseff, então Ministra-Chefe da Casa Civil) recentemente foi diagnosticada com linfoma de célula B, fez estadiamento usando exame PET/CT, iniciou o tratamento quimioterápico com a droga Rituximab, que garante 20% a mais de chance de não volta da doença. Seu plano de saúde cobriu todos esses procedimentos . Se fosse realizado pelo SUS, não os faria, o que hoje é a triste realidade para a maior parte da população brasileira. (...) enquanto os governantes não demonstrarem intenção de corrigir o subfinanciamento, de corrigir as tabelas e processos de aprovação e incorporação de novas tecnologias, inclusive fomentando pesquisas clínicas para o SUS, o povo brasileiro continuará contando com a Justiça para fazer valer o seu direito de acesso à saúde.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência pública: saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009. p. 285-291

A inclusão, exclusão ou alteração de medicamentos excepcionais na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, demanda a aprovação de uma equipe técnica, denominada Grupo Consultor, encarregado de emitir parecer sobre qualquer alteração no grupo de medicamentos excepcionais.<sup>44</sup>

Ademais, a Portaria nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde, no item 7 enuncia:

A inclusão de novos medicamentos, a ampliação de cobertura ou de outras necessidades identificadas internamente no âmbito do Componente, a partir da solicitação de gestores, órgãos, instituições das áreas de saúde e outros da sociedade organizada, deverá obedecer aos fluxos e critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico.<sup>45</sup>

Nesse sentido, cabe destacar que o profissional da saúde, em virtude dos princípios norteadores de sua profissão, está vinculado eticamente a fazer uso do fármaco mais eficiente em benefício de seu paciente. Ocorre que muitas vezes o fármaco mais eficiente é também o mais moderno, ainda não disponibilizado pela Administração Pública.

Outro óbice se apresenta na situação em que certo medicamento, já aprovado pela ANVISA, ainda não teve sua inclusão determinada nas listas de fornecimento de medicamento e por esta razão, o Estado se exime da responsabilidade de fornecê-lo.

E, ainda, nos casos em que o fármaco almejado não possui prévio registro na ANVISA, há uma relativização da regra que impõe a necessidade de registro para a sua inclusão na lista de dispensação do SUS, é o que se observa em decisão recente do Supremo Tribunal de Justiça:

Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**, p. 29-30.

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.577/2006. Trata da organização e da execução do componente de medicamentos de dispensação excepcional. Diário Oficial da União, ed.207, seção I, p. 91, publicado em 27 out. 2006.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17/03/2010, p.70. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 12/09/2013.

Cumpra-se destacar que o objetivo do registro perante o Ministério da Saúde é assegurar que sejam disponibilizados à população somente os medicamentos que satisfaçam a indicação terapêutica, sendo que a relativização da exigência de registro se dará somente nos casos de caráter excepcional, a fim de respeitar a supremacia do interesse público.

Nesse aspecto, relevante observar que a negativa de fornecimento de medicamento, sob a alegação de que o fármaco está em fase experimental, requer análise cautelosa do caso concreto, em consonância com suas especificidades. Esta afirmativa ganha relevo, quando o medicamento já vem sendo empregado no sistema privado de saúde, em outros países ou mesmo no setor público por meio de decisões judiciais, com resultados eficientes no tratamento das enfermidades.

Uma vez compreendidas as objeções dos poderes públicos de caráter técnico, passa-se a discorrer sobre as objeções de caráter econômico concernentes à dispensação de medicamentos.

## 4 RESERVA DO POSSÍVEL

De início cabe salientar que todos os direitos fundamentais e, principalmente os direitos sociais, apresentam aspectos de caráter material que são indispensáveis para a sua concretização, demandando a prestação por parte do Estado. Nessa linha, a reserva do possível considera a disponibilidade financeira como limite às prestações indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais.

No que se refere ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, o princípio da reserva do possível tem ganhado relevo no cenário brasileiro, uma vez que o Estado por vezes se utiliza dessa limitação orçamentária como argumento para deixar de cumprir as determinações constitucionais, por exemplo, no tocante aos direitos fundamentais prestacionais. Em decorrência deste óbice na prestação dos direitos fundamentais sociais, imprescindível é o estudo do princípio da reserva do possível.

### 4.1 RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DECRETO Nº 678/92

O Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos inseriu em nosso panorama legislativo a reserva do possível, que propõe a possibilidade de desenvolvimento gradativo em consonância com os recursos disponíveis.

A finalidade da cláusula da reserva do possível se vincula e reflete de modo significativo nos direitos fundamentais, vez que apresenta-se no contexto atual como uma justificativa utilizada pelo poder público para tentar se eximir da responsabilidade de efetivação desses direitos.

Importante destacar que o conceito de reserva do possível está intrinsecamente relacionado ao conceito da progressividade na materialização dos direitos sociais, posto que os direitos sociais são implementados e fornecidos de forma progressiva pelo Estado, e sua prestação não é disponibilizada de forma

única. Assim, a concretização do direito à saúde não se encerra em um dado momento histórico.<sup>47</sup>

Isso porque, a medicina está em constante desenvolvimento, trazendo inovações em resposta aos problemas de saúde, e a população não se utiliza dos serviços de saúde uma única vez. Ocorre que, o acesso à saúde está submetido às restrições decorrentes da escassez de recursos públicos, impedindo a satisfação plena das demandas da sociedade. No entanto, a despeito desta escassez, os recursos existentes devem ser geridos de modo a implementar de forma satisfatória os direitos sociais previstos na Lei Fundamental.

A doutrina concebeu a reserva do possível como mínimo existencial, posto sua feição de princípio constitucional, impondo a necessidade de equilíbrio entre a estrutura administrativa e sua capacidade de atender aos anseios dos indivíduos.<sup>48</sup>

Insta ressaltar, que a natureza jurídica e a admissibilidade constitucional da reserva do possível ainda é questão controvertida no âmbito jurídico. Entretanto, não se pode negar que sua aplicabilidade reflète na dignidade humana, principalmente na atenção às políticas públicas que objetivam a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

A tutela da dignidade é o escopo almejado pelo juiz, quando da análise do caso concreto, não podendo desconsiderar que muitas vezes há a escassez de recursos. A seguir passa-se à análise da escassez de recursos públicos e seu reflexo na efetividade dos direitos sociais, tal como o é o direito à saúde.

## 4.2 A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB O ENFOQUE DO PODER JUDICIÁRIO

Luís Roberto Barroso bem observa que o princípio da reserva do possível determina a limitação orçamentária, sendo imprescindível que os recursos públicos sejam geridos em consonância com a harmonização da economia como um todo.

---

<sup>47</sup> NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98.

<sup>48</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 326.

Há que se considerar que a reserva do possível é um conceito econômico, proveniente da verificação da impossibilidade de atender a todas as pendências e necessidades dos indivíduos em decorrência da escassez de recursos públicos, o que culmina no elevado número de demandas sociais trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Cabendo a ele, somente fazer um juízo de razoabilidade para decidir em favor da concessão do medicamento/ tratamento de saúde.<sup>49</sup>

Nessa linha, vale mencionar o posicionamento de Gustavo Amaral que entende que a Administração Pública ao recusar a efetividade de um direito social, no caso em comento, do direito à saúde, deve comprovar que possui motivos razoáveis para descumprir o mandamento constitucional que assegura as prestações positivas e, uma vez demonstrados esses motivos como ponderáveis, não poderia o Poder Judiciário suprir o papel da Administração.<sup>50</sup>

Isso porque, a limitação orçamentária consiste em contingência que não pode ser ignorada, mas deve ser considerada pelo magistrado quando da determinação da concessão do fornecimento de medicamento pelo Estado.

No Brasil, cabe ao Poder Legislativo definir quais as prioridades dos gastos públicos por meio do sistema orçamentário que serão implementadas a curto e médio prazo. Esta é a chamada discricionariedade do legislador, que representa a possibilidade que o legislador tem de escolher os objetivos de curto e médio prazo cuja implementação busca alcançar os comandos definidos na Constituição.

A reserva do possível deve ser analisada sob duas vertentes: a fática e a jurídica. A reserva do possível fática está relacionada com a inexistência fática de recursos, insuficiência de recursos do Estado para a prestação material. Enquanto que a reserva do possível jurídica é definida pela carência de autorização orçamentária para determinado gasto.<sup>51</sup>

Deste modo, a reserva do possível deve ser estudada em conjunto com a teoria da análise econômica do direito, que no Brasil tomou notoriedade pela obra de Holmes e Sustain, no ano de 1999, que buscou realizar uma análise econômica do

---

<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.** Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, Nov./dez. 2007, p. 24.

<sup>50</sup>AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes, in BOTELHO, Ramon Fagundes. A judicialização do direito à saúde, p. 116.

<sup>51</sup>Classificação adotada por Ana Paula Barcellos, que possui relevância para maior compreensão do tema. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 278.

custo dos direitos, o que conduziu ao entendimento que não se pode analisar o direito de forma isolada, principalmente os direitos que dependem do custeio do Estado.

Nessa seara, percebeu-se que não somente os direitos sociais possuem um custo, igualmente os direitos individuais e os políticos o possuem.

Assim, pode-se afirmar a existência de três tipos de custos lato sensu suportados pelo Estado, são eles: os custos vinculados à existência do Estado, que se materializam pelo dever de defesa da pátria, ou ainda, o funcionamento da máquina administrativa; os relacionados ao funcionamento do Estado, que se concretizam nos direitos de participação política; e os pertinentes à tutela dos direitos fundamentais.<sup>52</sup>

Portanto, a relevância da análise econômica do direito consiste na negação ao argumento que afasta o cumprimento dos deveres relacionados aos direitos sociais, por estes demandarem ações estatais e custeio ao Estado, pois mesmo que os direitos sociais reclamem mais recursos que os direitos individuais, não quer isso dizer que os últimos não apresentam custo algum.

A reserva do possível, enquanto elemento condicionante da existência de recursos materiais para a concretização dos direitos, pode ser considerada como elemento externo aos direitos fundamentais. E em se tratando de direitos sociais, mais especificamente do direito à saúde, não caberia a distinção dos tratamentos médicos assegurados de forma abstrata.

Apenas no caso concreto, se torna possível a determinação desse direito, adequando a tutela almejada com os recursos disponíveis. Desta forma, a reserva do possível como elemento externo, permitiria a redução maior ou menor da esfera normativa do direito, redução esta que sujeita-se ao controle de constitucionalidade, principalmente pela análise da proporcionalidade.<sup>53</sup>

Destarte, a reserva do possível é elemento exterior ao direito, e portanto, não define o seu conteúdo, não reflete na sua existência jurídica, porém pode afetar sua eficácia. Uma vez que, a escassez de recursos pode comprometer a exigibilidade de um direito social, de cunho prestacional, nesse contexto está a relevância do Poder

---

<sup>52</sup> BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 119.

<sup>53</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserve do possível.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 193.

Judiciário, que dispõe da ponderação, tomando por critério a proporcionalidade, com o objetivo de verificar se a escassez é contornável ou não.

Robert Alexy afirma que a teoria externa tem como escopo a distinção e separação dos direitos fundamentais de suas restrições, sendo criada uma relação “a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.<sup>54</sup>

A reserva do possível enquanto elemento externo, consiste em restrição à efetividade dos direitos prestacionais e deve considerar a ponderação norteada pela proporcionalidade e a obrigação de motivação da utilização dos recursos públicos. A ponderação deve considerar a distinção entre a impossibilidade concreta da realização do direito e a impossibilidade contingencial.

Nesse sentido, a alegação do Estado de que não possui recursos para uma prestação em uma demanda judicial, deve ser analisada sob o enfoque da proporcionalidade. Da mesma forma, a alocação de recursos para uma determinada finalidade e não para outra, deverá ser motivada. Igualmente, há necessidade de motivação quando o Judiciário é provocado para determinar a exigibilidade de um direito social, seja para decretar a incidência ou não da reserva do possível.

Embora passível de ponderação, inadequado é conceber a reserva do possível como princípio, pois não corresponde a um mandado de otimização e a ponderação por si só não justifica considerá-la como princípio, pelo fato de que bens jurídicos são passíveis de ponderação. Na realidade, a escassez de recursos demonstrada pela reserva do possível é objeto de ponderação. Assim, a terminologia adequada seria conceber a reserva do possível como “cláusula” ou “postulado”, que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais.<sup>55</sup>

A reserva do possível exerce influência sobre os direitos fundamentais como elemento externo, permitindo a redução, ou mesmo, eliminação do acesso a um determinado direito fundamental social, configurando verdadeira restrição, restrição essa que não é absoluta, pois se submete a razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade na medida que não permite um excesso injusto na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, o que implica que a exigibilidade da atuação

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (tradução Virgílio Afonso da Silva). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277.

<sup>55</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserve do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 200.

estatal está condicionada a padrões de razoabilidade, considerando o provimento adequado, indispensável e proporcional.

A proporcionalidade, se expressa pelo contexto fático da realização dos direitos em consonância com as possibilidades em acordo com a proporcionalidade. Em virtude da vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais sociais, a alegação proferida pelos entes públicos de que não possuem recursos suficientes à prestação demandada, deverá se submeter à apreciação da proporcionalidade.

Há que se destacar que a problemática da escassez de recursos envolve as “escolhas trágicas”<sup>56</sup> que devem ser feitas pela Administração Pública, uma vez que o emprego de recursos em determinada área provoca o desamparo de outras. Assim, deve-se estabelecer as prioridades e os critérios de escolha conforme o caso concreto em atenção às necessidades particulares.

Indispensável destacar o entendimento de Andreas Krell que discorda de Gustavo Amaral ao afirmar que, não se trata de uma escolha por parte da Administração Pública de empregar os recursos disponíveis para a cura de milhares de indivíduos vítimas de doenças comuns ou para um número reduzido de pessoas portadoras de doenças raras. O cerne da questão reside na principiologia da Constituição Federal, pela qual todos aqueles que necessitam deveriam ter acesso a prestação estatal dos serviços de saúde. E, caso haja a insuficiência de recursos, deveria se retirar recursos de outras áreas que não estão intrinsecamente vinculadas aos direitos mais essenciais, tais como a vida, a integridade física e a saúde.<sup>57</sup>

Há que se salientar, que a Constituição define seus objetivos fundamentais, a defesa da dignidade por meio da garantia do mínimo existencial, onde o gasto público deverá ser empregado. Desta forma, a reserva do possível não pode servir de argumento quando se tratar da tutela do mínimo existencial, mas além desses elementos jurídicos deve-se considerar as circunstâncias fáticas que determinam os recursos disponíveis pelo Estado, pois a ele cabe o dever de garantia das condições materiais indispensáveis à dignidade.

---

<sup>56</sup> Termo utilizado por Antonio José Avelãs Nunes. NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**, p. 106

<sup>57</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Entretanto, no âmbito das demandas subjetivas, quando o particular postula em juízo uma prestação e o órgão público alega a reserva do possível, o juiz terá que ignorar a limitação orçamentária ou aceitá-la sem a definitiva comprovação dela, vez que o juiz não pode determinar a realização de perícia no orçamento do ente público. De modo que, a existência de parâmetros para a determinação das prestações materiais essenciais à dignidade humana conduz à presunção de que a Administração Pública possui recursos ao menos para atender as necessidades atinentes ao mínimo existencial, dispensando o magistrado de apreciar a alegação da reserva do possível.<sup>58</sup>

No Brasil, o questionamento reside na análise de quem possui legitimidade para determinar o “possível”, em se tratando de direitos que demandam prestações, considerando a escassez dos recursos do Estado. Nesse contexto, condicionar a concretização dos direitos sociais às possibilidades orçamentárias do Estado, acaba por reduzir a sua eficácia de maneira significativa, uma vez que implicaria a relativização da sua universalidade.

Desse modo a realidade brasileira apresenta peculiaridades que não podem ser desconsideradas pela discussão relativa à redução das prestações estatais. E, em se tratando do direito à saúde, fazendo-se um paralelo com os demais países da América Latina, percebe-se que sua problemática envolve de modo específico vontade política e organização administrativa, devendo a insuficiência de serviços públicos dos entes federados ser suprida e forçada por parte dos tribunais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>59</sup> firma entendimento assentado na premissa de que a despeito da alegação de ausência de recursos do Estado, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que a prestação dos serviços de saúde, bem como o fornecimento de medicamentos, está intrinsecamente relacionada à preservação da vida, sendo que o direito à vida recebe ampla tutela em nosso ordenamento jurídico. A recusa da prestação de serviços essenciais de saúde, pode se equiparar a imposição de uma pena de morte ao indivíduo que não possui condições de prover o seu próprio tratamento. Assim, a reserva do possível não constitui um obstáculo intransponível à concretização dos direitos sociais.

---

<sup>58</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 289.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 315.

Nesse sentido, convém citar posicionamento jurisprudencial abaixo transcrito:

A cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>60</sup>

Por conseguinte, impõe-se a necessidade de uma deliberação responsável da destinação dos recursos públicos, que está diretamente relacionada ao aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão burocrática do orçamento público, e a conscientização dos órgãos Poder Judiciário, que ao tutelar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, por meio da concessão ou não de um direito subjetivo a uma prestação, deverão fazê-lo com cautela e responsabilidade.

Importante destacar a conscientização do magistrado do impacto econômico de suas decisões. Não quer isso dizer que o juiz deva negar princípios jurídicos, mas sim que suas possibilidades de escolha sejam ampliadas no caso concreto, considerando o plano econômico-social que se apresenta.

Uma vez compreendida essa limitação orçamentária há que se analisar a relevância do Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, na efetivação dos direitos sociais.

---

<sup>60</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Relator: Min. Celso de Mello. DJU 04 de maio de 2004. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 16/09/2013.

## 5 A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como já defendido anteriormente em seção oportuna (1.3), os direitos fundamentais prestacionais constituem direitos de aplicabilidade imediata, embora disciplinados em normas programáticas, cabendo ao Estado o dever de garantir as medidas necessárias à sua satisfação.

Entretanto, na atualidade observa-se a crescente demanda judicial para a concretização desses direitos diante da inércia do Estado no cumprimento de sua obrigação. Logo, os administradores são compelidos a cumprir as ordens judiciais, de modo a garantir o direito às prestações positivas do Estado.

O Sistema Constitucional é silente em relação ao fornecimento de medicamentos, sendo a repartição dos mesmos, definida por atos administrativos. A título de exemplo, cite-se a Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que determina a Política Nacional de Medicamentos, bem como a Portaria nº 2.577/GM, que estabelece a parceria na aquisição e fornecimento de medicamentos de caráter excepcional da União, Estados e Distrito Federal.

Considerando esta inércia constitucional, no que se refere à distribuição de medicamentos, e à omissão ou negativa do Estado para tanto, o Poder Judiciário vem se destacando, por meio do ativismo judicial, que busca a efetivação e confere eficácia a norma constitucional, realizando a concretização do direito à saúde, chamando para si a responsabilidade por esta omissão estatal.

O Poder Judiciário enfrenta na atualidade o dilema trazido por cada demanda levada à sua apreciação que pugna por uma prestação do Estado e, em razão da aplicação imediata dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário extrai da norma constitucional a resolução dos conflitos que lhe são apresentados.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Nesse sentido: “A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3768. Relatora: Min Carmen Lúcia. Julgamento em 19/09/2007. Ement. 2295-04, p. 597. RTJ 202-203, p. 1096. Diário da Justiça, ed. 207, seção I, publicado em 26 out 2007.

Nessa direção, os atos jurisdicionais estão vinculados aos direitos fundamentais, figurando como verdadeiras decisões de cunho material, determinando e norteando as decisões judiciais.

A ampliação do poder de interpretação dos juízes não é resultado de uma politização exacerbada do Judiciário. Pelo contrário, o controle de constitucionalidade compreende uma atitude política do julgador, sendo que no Brasil há a prevalência do controle difuso, pelo qual qualquer julgador pode declarar a inconstitucionalidade de um ato ou omissão estatal.

Andreas Krell atenta que muitos juízes resistem em assumir a sua “corresponsabilidade na prestação estatal”, pelo que o Judiciário deve assumir um papel intervencionista que lhe permita controlar de maneira efetiva a qualidade das prestações dos serviços de saúde e a implementação de políticas públicas eficientes.<sup>62</sup>

Surge, então, a discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas, a qual passa a ser abordada.

## 5.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE E INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A separação de poderes se apresenta como um princípio de organização política, que implica nos três poderes, os quais podem ser determinados por três funções estatais. Nessa esteira, surge o questionamento concernente à legitimidade do Poder Judiciário quando determina a prestação dos serviços públicos e a concessão de medicamentos.

O Poder Judiciário carece de meios compulsórios para obrigar o legislador a cumprir o seu dever de legislar, quando da execução de sentenças que determinam a prestação positiva do Estado. E em certos casos, esse descumprimento dos mandamentos constitucionais relacionados aos direitos sociais, acaba por desencadear uma inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>62</sup>KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 195.

A omissão legislativa se caracteriza pelo descumprimento legislativo ou administrativo da sua obrigação de dar efetividade aos preceitos constitucionais e, por consequência, o resultado pode ser uma inconstitucionalidade permanente, que conduz à desestabilização política. De modo que, a decisão judicial assume relevante valor político ao declarar que o Estado está em mora com suas obrigações, e consiste em meio para atender a reivindicações sociais.

Inocência Mártires Coelho, se posiciona favoravelmente ao ativismo judicial, afirmando que embora o Poder Judiciário não tenha originalmente a função de produzir normas jurídicas “de certa maneira têm-na adquirida com a aprovação social do seu comportamento; ou, ainda, com a constatação de que, sem a participação vivificadora dos seus intérpretes, as leis permanecem textos frios e inacabados”.<sup>63</sup>

Contudo, não se pode desconsiderar que, em várias situações a Constituição determina que o conteúdo dos direitos fundamentais sociais são opções políticas, de competência do legislador, havendo uma legitimidade política, sendo que a concretização dos mandamentos caberá primeiramente ao legislador, devendo o Tribunal, em princípio, respeitar o poder da maioria, condicionado às restrições impostas pela Constituição.<sup>64</sup>

Na tutela dos direitos sociais, o magistrado não pode decidir somente a respeito da legitimidade ou não de forma estática, mas sim é de sua responsabilidade a decisão acerca da atividade estatal, mesmo que seja de ampla discricionariedade, ou frente à omissão dos órgãos públicos, sendo assegurada a reserva de competência do legislador, que somente será relativizada em caso de omissão estatal e violação dos preceitos constitucionais.

Desta forma, entende-se que a separação de poderes representa distribuição das várias funções dos órgãos estatais, de modo a limitar a arbitrariedade do Poder, e garantir eficiência da prestação estatal, em atenção aos direitos e liberdades fundamentais. O Poder Judiciário deve atuar até o limite de sua competência, ou seja, quando houver omissão do legislador ou administrador, ocorrerá a relativização

---

<sup>63</sup>COELHO, Inocência Mártires. **Elementos de Teoria da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 95.

<sup>64</sup>BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 129.

desses limites de modo a admitir uma expansão da esfera de atuação constitucional dos magistrados.

Em sentido semelhante, Eduardo Appio atenta que a intervenção do Judiciário não pode ser entendida como invasão da função legislativa e administrativa, quando não houver a reserva da lei ou quando não haja reserva constitucional ao Administrador de discricionariedade indispensável ao exercício de sua atividade, visto que referida intervenção se apresenta compatível com a democracia, desde que haja a observância da comunicação entre a instância judicial e a sociedade.<sup>65</sup>

Ademais, a separação de poderes não constitui óbice à função judicial de controle de legalidade das ações ou omissões inconstitucionais e determinação de prestações positivas que buscam o cumprimento do mandamento constitucional.

A contrario sensu Andreas Krell elabora crítica concernente à aplicação de regras abstratas sobre a separação de poderes e a subsistência radical do modelo de Montesquieu, da recíproca independência dos poderes, para evitar sua concentração. Referido modelo não condiz com a realidade do Estado Social moderno, posto que a mesma demanda uma reinterpretação funcional dos poderes para que haja uma destruição que lhes confira efetividade no plano material, com ênfase aos valores constitucionais da moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade.<sup>66</sup>

O autor censura a resistência no cenário brasileiro de controle de mérito por parte do Judiciário aos atos da Administração Pública, visto que ela apresenta ampla atuação, sendo incontestáveis sua conveniência e oportunidade. O princípio da separação de poderes produz efeito paralisante às reivindicações sociais, devendo haver uma releitura afim de que continue cumprindo seu objetivo de origem, qual seja, o de garantir os direitos fundamentais em face do arbítrio e omissão estatal.<sup>67</sup>

Portanto, percebe-se que o Judiciário possui legitimidade para o controle de legalidade das políticas públicas, mas não interfere no mérito dos atos administrativos, e é nesse ponto que reside a crítica de Andreas Krell.

---

<sup>65</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 150.

<sup>66</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 90.

<sup>67</sup> KRELL, KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

Dentre os argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade material feito pelo Poder Judiciário, cite-se o fato de que as decisões judiciais são motivadas, e por esta preocupação com a persuasão dos destinatários, a decisão adquire legitimidade democrática.

O segundo argumento refere-se ao inadimplemento das obrigações do Estado, que somente será compelido a cumpri-las pelo Judiciário, tornando possível a participação política dos grupos marginalizados e dos cidadãos avaliados individualmente.

Outro argumento consiste na concreta possibilidade de participação no provimento jurisdicional pelas partes, posto que a delimitação da lide, a produção de provas, são por elas realizadas, promovendo a participação direta da população no processo decisório, o que está condicionado ao efetivo acesso ao judiciário.

O último argumento se caracteriza pela concretização dos direitos fundamentais, posto que a garantia constitucional desses direitos depende de juízes voltados à tutela deles, sendo encargo do Judiciário e também dos demais órgãos estatais a sua implementação.

De modo que, em se tratando de direitos fundamentais sociais, quando o Estado descumpra sua obrigação, não resta outra solução ao cidadão que não recorrer ao Poder Judiciário, para obter o provimento jurisdicional que lhe assegure a realização dos seus interesses.

## 5.2 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

Por vezes, o executivo justifica sua omissão com base na insuficiência de recursos, sob a alegação da reserva do possível. Questiona-se, então, a possibilidade do Judiciário invadir a esfera discricionária referente a alocação de recursos.

Gustavo Amaral nega tal possibilidade sob o argumento de que a alocação de recursos é norteada pela necessidade, e constitui decisão política orientada pela opinião pública e clamor popular. Diante disso, o Judiciário não está legitimado a controlar as políticas públicas e as decisões alocativas de recursos, embora haja o

receio em torno da discricionariedade do Executivo e da realidade econômica do Brasil, ele é suscetível de ponderação.<sup>68</sup>

Em virtude da concretização dos direitos fundamentais estar relacionada à realização da dignidade da pessoa humana, a discricionariedade política na alocação de recursos pode ser relativizada, a partir da consideração de que a atividade administrativa está subordinada a um pressuposto anterior ao princípio da supremacia do interesse público, que consiste na supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

De sorte que, a premissa é a efetivação dos direitos fundamentais, que constitui dever do Estado, e ele somente poderá se eximir da responsabilidade de cunho prestacional pela comprovação da escassez natural dos recursos.

Ou seja, incumbe ao Judiciário a análise da natureza da impossibilidade fática de concretização do direito constitucionalmente assegurado, caso seja uma impossibilidade relativa decorrente de escolha política, não pode o poder público alegá-la afim de justificar o inadimplemento de sua obrigação, mas caso se trate de impossibilidade absoluta, não pode o Judiciário compelir o cumprimento.

Percebe-se o ativismo judicial atuando em defesa dos direitos fundamentais sociais, impondo ao Estado o dever de adotar as medidas indispensáveis à concretização das normas constitucionais. Nessa toada:

O Judiciário ativista, adstrito aos ditames materiais da Constituição, com o escopo de concretizar os mandamentos ali contidos, pretende superar os óbices que impedem a realização dos direitos sociais. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao Tribunal Constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha, apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais, p. 287.

<sup>69</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**, p. 59.

A esse respeito Anderson Schreiber elabora crítica a ser considerada que exprime preocupação acerca da atuação indiscriminada do Judiciário como forma de garantir a justiça:

Com efeito, a falência das políticas públicas gerou um crescente anseio por soluções assistenciais da parte do Poder Judiciário, para que as vítimas dos danos não fossem deixadas aos cuidados sabidamente insuficientes do poder estatal. Sobretudo em países como o Brasil, marcados por uma cruel desigualdade social, os tribunais passaram a simbolizar a única esperança de solução dos dramas humanos, e as ações de responsabilidade civil passaram gradativamente a representar menos o recurso a uma técnica de solução de conflitos individuais e mais uma oportunidade, quiçá a única, de realização da justiça distributiva.<sup>70</sup>

Na mesma linha crítica, de que o Judiciário não pode atender de maneira efetiva todas as demandas que envolvem direitos fundamentais sociais, Gustavo Amaral<sup>71</sup>, a partir da definição de microjustiça e macrojustiça, defende que o Poder Judiciário apenas pode fazer microjustiça, pois somente poderia impor as prestações positivas ao Estado, desde que a mesma medida seja assegurada a todos que se encontrem em situação semelhante, caso contrário violado estaria o princípio da isonomia. Enquanto que a macrojustiça é realizada pelos órgãos políticos que decidem sobre a alocação de recursos.

Ademais, o autor afirma a impossibilidade do Judiciário atender a todas as demandas que envolvem direitos fundamentais sociais, pois há o perigo de ocasionar injustiças aos demais cidadãos. Por exemplo, a determinação judicial que estabeleça o emprego de recursos públicos para a prestação de determinado serviço de saúde em um determinado caso concreto, poderia afetar a eficácia de políticas públicas que abrangeriam a um número maior de indivíduos.<sup>72</sup>

Outra corrente sustenta que os direitos fundamentais sociais são direitos coletivos, cuja proteção se dá de maneira diversa dos direitos individuais e, por conseguinte o Poder Judiciário não poderia interferir nas políticas públicas, sob pena

---

<sup>70</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 232.

<sup>71</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**, p. 287.

<sup>72</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**, apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**, p. 287.

de violação da isonomia por meio de decisões conflitantes, em matérias que deveriam receber tratamento uniforme.<sup>73</sup>

A isonomia norteia a prestação jurisdicional, mas não é o único princípio a ser considerado, nem o deve ser de forma absoluta.

Uma vez identificada a omissão dos poderes públicos que implica na ofensa a direito fundamental social do cidadão, o juiz não pode apenas se ater que a decisão proferida no caso concreto poderia se estender a todos os demais casos semelhantes, pois a inércia do Judiciário determina que sua atuação se dá mediante provocação e, conseqüentemente o Judiciário pode acabar por não julgar, por se declarar inapto a realizar essa tarefa.

Portanto, negar a tutela jurisdicional não configura a opção correta, ainda que uma decisão semelhante não possa ser estendida a todos aqueles que se encontram nas mesmas circunstâncias, o que conduz à possibilidade do Judiciário passar a denunciar as omissões praticadas reiteradamente pelos poderes públicos, que violam os direitos fundamentais sociais.

Revela-se, assim, a relevância da atuação do Judiciário, que ao evidenciar o inadimplemento da obrigação estatal referente aos direitos fundamentais sociais, possibilita a modificação ou implementação das políticas públicas pelo Estado.

A partir desta consideração percebe-se o perigo para a separação dos poderes. No entanto, do outro lado se apresenta um Judiciário passivo em relação aos direitos fundamentais sociais preocupado tão somente com o aspecto econômico da satisfação desses direitos, que igualmente é inaceitável em um Estado Democrático de Direito. O Judiciário deve buscar a concretização desses direitos constringendo o Estado a adotar as medidas necessárias que confirmem efetividade aos preceitos constitucionais, que no caso em comento concerne à dispensação de medicamentos pelo Estado, de modo a concretizar o direito à saúde constitucionalmente tutelado.

Cabe destacar que conquanto a atenção dispendida às necessidades sociais, o juiz não pode ser servo incondicional de suas exigências.

Nesse sentido, deverá determinar o fornecimento de prestações de saúde que constituem o mínimo existencial, que apresenta dificuldade de aferição no caso concreto. A primeira reside no aspecto psicológico e social do magistrado, que não

---

<sup>73</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais**, p. 126-127

pode deixar de ser analisado, pois quando há perigo de morte de um paciente, demandando uma prestação essencial à vida, que ultrapassa o mínimo existencial ou que não possui autorização legal, tal prestação jurisdicional é encarada de forma diversa de quando se trata da abstrata contingência orçamentária frente às necessidades da população como um todo.

O problema reside nessa busca ao Judiciário para toda prestação de saúde, que pode levar a autoridade pública a se eximir da responsabilidade de cumprir suas obrigações constitucionais, aguardando decisões judiciais sobre a matéria ou mesmo que alegue a insuficiência de recursos, considerando que há gasto para cumprir as decisões judiciais.

Ana Paula de Barcellos atenta que certos tratamentos de saúde básicos, não são levados ao Judiciário, o que não significa que estejam sendo prestados de maneira satisfatória pelo poder público. Isso porque, a questão não chega ao crivo do Judiciário e a doutrina não discute o tema. Desta forma, a saúde básica não é prestada nem pelo poder público, apesar de constituir obrigação imposta pela Constituição, e nem pelo Judiciário.<sup>74</sup>

Por vezes, o juiz pode supor que a negativa a um pedido de prestação, em razão de não se tratar de prestação básica, não acarreta qualquer reflexo prático, através da presunção de que é preferível a garantia da saúde de um indivíduo real, posto que não possui controle sobre o restante. Fato é que ao determinar prestações que ultrapassem o mínimo existencial, sem tomar por base uma decisão política pública, o Judiciário não estará colaborando para a generalização da saúde básica.

Ao contrário, estas decisões judiciais se tornam meios, pelo quais se faz uma distribuição de renda pouco justa, vez que todos custeiam certas demandas de alguns, que tiveram a possibilidade de buscar o Judiciário e conseguiram uma decisão favorável. Há que se observar que diverso é o caso do mínimo existencial, que determina uma decisão política fundamental, ante o comprometimento da sociedade como um todo para custear e assegurar a dignidade de todos os indivíduos.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 323.

<sup>75</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 324.

Outra dificuldade diz respeito à impossibilidade de determinar qual é um nível mínimo de saúde, já que a saúde não suporta gradações, ou se promove a cura da enfermidade, ou o indivíduo morre.

O mínimo configuraria a prestação disponível que seja indispensável à preservação da vida, desconsiderando as condições melhores ou piores de saúde do indivíduo, posto que inexistente controle sobre o resultado final almejado da prestação de saúde ao paciente. De modo que, o mínimo existencial compreende as prestações de saúde que poderão ser demandadas pela via judicial para que o poder público as cumpra.

A determinação de quais são essas prestações que compreendem o mínimo existencial, configuram uma escolha trágica<sup>76</sup>, por exemplo a negação de fornecimento de medicamento importado indispensável à preservação da vida da pessoa, em razão destas prestações não representarem o mínimo existencial ou decisão política do Legislativo ou Executivo.

Ou ainda, a problemática global que envolve o tema, que consiste na falta de investimento em determinadas áreas da saúde que poderiam promover um atendimento satisfatório à população. Por conseguinte, ambos os casos envolverão uma preferência por tutelar de forma mais incisiva determinadas necessidades do que outras.

Logo, partindo-se da premissa que todos são iguais, não podendo-se realizar qualquer distinção em razão de critérios pessoais, as prestações de saúde se diferenciariam das demais levando em consideração aquelas que possuíssem menor custo e fossem hábeis a promover a saúde de forma eficaz ao maior número de pessoas. Esse critério recebeu crítica da doutrina utilitarista, que o considera eficaz conforme o parâmetro essencialmente majoritário ante uma situação de escassez de recursos, mas que não condiz com a igualdade essencial de todos os indivíduos.

Ainda, cite-se o ponto de vista que defende a inclusão prioritária no mínimo existencial das prestações de saúde que consistem em necessidade de todos os indivíduos. Por este critério todos os indivíduos possuem direito subjetivo a esse conjunto básico de prestações de saúde como decorrência imediata do princípio da dignidade humana, prestações essas que poderão ser exigidas do Judiciário, caso o

---

<sup>76</sup> NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**, p. 106

poder público deixe de prestá-las. Da análise desse conjunto básico de prestações em consonância com a escassez de recursos, depreende-se que ainda que os efeitos isolados almejados possuíssem maior amplitude, somente um núcleo básico de efeitos apresentava eficácia jurídica. Podendo o particular exigir por meio de determinação judicial que o sistema de saúde público, e o juiz, no caso concreto, deverá observar os princípios da razoabilidade e isonomia, ao determinar o tratamento por força de decisão judicial, que poderá se dar em instituição pública ou privada.

Por fim, a implementação de políticas públicas está condicionada a previsão na lei orçamentária anual, votada pelo Legislativo. É prerrogativa do Legislativo o poder de emenda no projeto orçamentário, para o fim de alocação de recursos nas áreas que julgar relevantes. Caso essa alocação de recursos ficasse a cargo do juiz, o Judiciário acabaria por concentrar as funções legislativa, executiva e judicial, tornando-se um “superpoder”, o que conduz a uma sobreposição de esferas, ensejando a erosão dos valores precípuos de cada um dos Poderes da República, e por consequência haveria uma grave ofensa à democracia.<sup>77</sup>

Em relação a esse papel atuante do Poder Judiciário, crescentes são as críticas que se tecem quanto à judicialização excessiva, sendo elas enumeradas por Luís Roberto Barroso<sup>78</sup>, sobre as quais se passa a discorrer.

### 5.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, elabora-se crítica em decorrência do artigo 196 da Constituição ser uma norma de conteúdo programático, já que estabelece que o direito à saúde seria assegurado através da realização de programas sociais e econômicos e, portanto não teriam obrigatoriedade de efetivação.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso<sup>79</sup>, esclarece que não há norma constitucional desprovida de eficácia, sendo reconhecido às normas programáticas o

---

<sup>77</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 156.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, Nov./dez. 2007, p. 21-27.

mesmo valor vinculante das demais normas constitucionais. Contudo, a peculiaridade que tais normas apresentam é que as mesmas estão atreladas a um fim especificado no texto constitucional, faltando regulamentação do meio pelo qual se alcançará este escopo.

Eduardo Appio enfatiza que apesar da regulação dos direitos sociais na Constituição de 1988 seja insuficiente, não cabe ao Judiciário intervir indevidamente na atividade legislativa, porquanto a vinculação de ambos (Legislativo e Judiciário) à Constituição, cada qual com sua parcela de poder político, não havendo superioridade das escolhas do juiz às do administrador. O autor considera que essa ingerência do Judiciário nos demais Poderes provém da desconfiança no sistema atual, mas que deixa-se de avaliar que a limitação reside na desigualdade social presente em nosso país e ampliar a esfera de atuação do Judiciário, não altera as restrições econômicas de nosso país, podendo resultar na erosão constitucional, proveniente das limitações intrínsecas a sua atividade.<sup>80</sup>

A outra corrente crítica, defende que deveria ser conferida ao Poder Executivo a tomada de decisão no que se refere aos gastos públicos, pois o mesmo possui ampla visão das necessidades atinentes ao direito à saúde e os recursos disponíveis para alcançar a efetividade de tal finalidade.

Uma terceira crítica, diz respeito a reserva do possível, que já foi abordada anteriormente.

Igualmente, faz-se a ressalva da impossibilidade do ativismo judicial em razão da questão da legitimidade democrática, uma vez que o voto popular legitima os representantes eleitos, que são os responsáveis por decidir como os recursos serão empregados, que poderão, por exemplo, optar por políticas protetivas e programas de proteção à saúde.

Deve-se atentar sobre o perigo e as consequências da adoção de um modelo no qual o Judiciário teria poder ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação de políticas públicas. Isso porque, o juiz ao exercer a função do legislador/administrador não teria a legitimação conferida a eles, que foram eleitos

---

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades na Constituição brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

<sup>80</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 154.

por voto universal para determinar as prioridades de implementação de políticas públicas.

Outra vertente, que se opõe ao crescente número de decisões judiciais que conferem ao indivíduo a possibilidade de ter acesso aos medicamentos, afirma que estas decisões promovem a desorganização da Administração Pública, pois quando há a concessão imediata de medicamentos em obediência a uma determinação judicial, o remédio é retirado do programa prejudicando aquele paciente que fazia seu uso regular.

Outro viés crítico se refere a “análise econômica do direito”, porque é mais proveitoso o investimento em políticas públicas do que os benefícios decorrente do fornecimento de medicamentos.<sup>81</sup>

Também critica-se o desconhecimento técnico do Judiciário para determinar se o medicamento é indispensável a efetividade da saúde e da vida. Há falta de aparato técnico do Judiciário para estabelecer quais são as necessidades sociais, requerendo a prestação de informações pela Administração Pública.

E, considera-se também, que somente parte da população tem acesso ao Poder Judiciário, a parte privilegiada que pode demandar em juízo com boa qualidade de representação e arcar os custos processuais, crítica essa que merece menção apenas a título de exposição dos posicionamentos diversos a respeito do tema. Nesse sentido, convém mencionar o escólio de Antonio José Avelãs Nunes:

A despeito de todos terem o direito de acesso à Justiça, na prática, ele não é igualitário, pois pessoas de maior renda e educação o acessam com maior facilidade. Sendo o SUS um sistema universal de acesso à saúde, conforme previsto na Constituição, é preciso agora fazer valer essa opção, incentivando (e não o contrário) os mais ricos a utilizar o SUS pela porta da frente, e não pela via judicial. Esse é o caminho mais curto para um serviço público de qualidade.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Corroborando esse entendimento Antonio José Avelãs Nunes afirma: “Torna-se imprescindível, portanto, fazer cessar esta verdadeira “captura” de recursos públicos, destinados à implementação de políticas públicas, por aqueles que, utilizando-se do Poder Judiciário, tomam para si nacos do orçamento social, em proveito próprio, e não da sociedade. É como se, ao invés de haver um financiamento público dos direitos sociais passa-se a haver um financiamento público da saúde do indivíduo “X”, por ordem judicial. Verbas públicas são utilizadas para custeio de planos de saúde individuais estabelecidos por decisões judiciais. Por certo não é esse o entendimento que deve prevalecer na interpretação das normas constitucionais sobre o financiamento dos direitos sociais. O tesouro público não é um poço sem fundo, de onde jorram recursos a mancheia” NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**, p. 109.

<sup>82</sup> NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 111.

Além disso, o Judiciário tem por função a revisão dos atos praticados pelos demais Poderes, não podendo substituí-los. Já, a função da Administração é determinar as prioridades de execução das políticas públicas, sendo que sua execução se dará mediante critérios políticos, dotados de discricionariedade, havendo uma reserva de competência.<sup>83</sup>

Outrossim, essa substituição da Administração pelo Judiciário, implicaria no seu desgaste, pois certamente haveria críticas em virtude da adoção de avaliações equivocadas.

Ainda, e não menos importante, o Judiciário tem por função a fiscalização dos demais poderes, não lhe cabendo essa substituição indevida para o fim de fiscalizar a execução, pois implicaria na autorização de intervenção dos demais Poderes na atividade judicial.

Embora haja críticas a respeito dessa postura intervencionista atuante do Poder Judiciário, percebe-se sua competência para buscar os ideais democráticos de forma equitativa em detrimento a democracia majoritária tradicional, afim de tutelar de maneira mais efetiva os grupos desfavorecidos.

---

## 6 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

De acordo com o que foi discorrido nos capítulos anteriores do presente estudo, o direito à saúde consiste em direito fundamental social, e como tal está intrinsecamente relacionado à tutela da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Assim, o fornecimento de medicamentos indispensáveis à cura ou tratamento de determinadas doenças pelo Estado, consiste em garantia do exercício do referido direito fundamental social, indissociável do direito à vida, não podendo o Estado se abster de cumpri-la.

A despeito da natureza programática do art. 196 da CF, sua interpretação não pode transformá-la em mera promessa constitucional inconsequente. Isso porque, a coletividade deposita na Administração pública suas expectativas, que não podem ser frustradas de forma ilegítima pelo descumprimento do seu dever que lhe é imposto pela própria Constituição, de modo que o fornecimento gratuito de medicamentos às pessoas que não apresentam condições socioeconômicas de arcar com o custo do seu tratamento, se mostra como medida que garante efetividade aos preceitos constitucionais.

A repartição de competências em relação à distribuição de medicamentos não está disciplinada no texto constitucional e nem em Lei específica, encontrando menção apenas em atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo que a Portaria 3.916/98 que enuncia a Política Nacional de Medicamentos figura como o ponto central referente a esta matéria.

Desta forma, o ente federal é responsável pela formulação da Política Nacional de Medicamento, bem como da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). A União em conjunto com os Estados e o Distrito Federal é encarregada da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, consoante as Portarias 2.577/GM, de 27/10/2006 e 1.321, de 05/06/2007. Aos Estados cabe a elaboração da lista de medicamentos a serem adquiridos diretamente por eles, principalmente aqueles de caráter excepcional. Por sua vez, o Município recebe a incumbência de definir a relação de medicamentos essenciais.

Nessa seara, surge o questionamento acerca da responsabilidade solidária dos entes federados pela distribuição de medicamentos, como forma de concretizar

o direito à saúde, não sendo aceito o argumento utilizado pelo gestor municipal que cabe ao gestor estadual ou federal o fornecimento de determinado medicamento.

Outra questão se refere à concessão de medicamentos que não integram as listas elaboradas pelo Poder Público, caso em que o indivíduo poderá procurar o Poder Judiciário para que determine o seu fornecimento, em atenção ao princípio da dignidade humana, princípio este que norteia nosso ordenamento jurídico e que permite tal relativização do contido nas Portarias.

Insta ressaltar o argumento da reserva do possível, por vezes utilizado como forma de eximir a responsabilidade do Estado de fornecer medicamentos, em razão da escassez de recursos.

Ainda, em relação ao tema, pertinente é a observação do papel do Poder Judiciário, que por meio do ativismo judicial garante a concretização do direito à saúde, e mesmo a alegação de que estaria invadindo a esfera de atuação dos demais poderes, sendo questionada sua legitimidade para o controle e intervenção nas políticas públicas, não deve prosperar, visto que os casos levados à sua apreciação são aqueles nos quais os demais poderes não se mostraram eficientes no dever de tutelar o direito à saúde.

E por fim, há de se destacar que mesmo que hajam críticas concernentes a esse papel atuante do Judiciário, ele figura como a maneira mais eficiente de garantir e concretizar o direito à saúde, por meio da determinação da distribuição de medicamentos pelo Estado.

Feitas essas considerações, passa-se à análise de julgados afim de bem explicitar o exposto acima.

## 6.1 A CONCESSÃO DE MEDICAMENTO COMO OBRIGAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA SAÚDE

O art. 196 da CF consagra o direito à saúde como dever do Estado, que através de políticas sociais e econômicas, deverá oferecer àqueles que não tenham condições socioeconômicas, o tratamento mais apropriado, de modo a garantir ao paciente a redução de agravos, melhor qualidade de vida e o tratamento mais efetivo da enfermidade apresentada.

A saúde é direito público subjetivo, intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, tutelado no Diploma Constitucional, que impõe ao Estado o dever de implementar políticas sociais que atendam aos cidadãos que não tenham condições financeiras de arcar com os custos de seu tratamento.

No que tange ao dever do Estado de garantir efetividade ao direito à saúde, através da distribuição de medicamento, a jurisprudência é pacífica, a exemplo cite-se julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>84</sup>, onde o Estado do Paraná recorre da decisão que determinou sua condenação para o fim de conceder à autora o medicamento Lucentis – Ranibizumab, para o tratamento de degeneração macular em ambos os olhos, conforme prescrição médica. A Corte decidiu pela manutenção da sentença a fim de conceder o medicamento, posto que a saúde é direito constitucionalmente assegurado e, por consequência o direito à vida também é tutelado, sendo que o direito à saúde é informado pelo princípio de que todos têm direito igual à saúde e, nos casos de enfermidades, a todos é assegurado um tratamento digno, conforme os meios à disposição da medicina atual, independentemente de sua condição financeira.

Ou seja, constitui dever do Estado a concessão de medicamentos, inclusive de forma gratuita, desde que o cidadão apresente a prescrição pelo profissional da saúde e não tenha recursos para custear seu tratamento.

Há que se observar a orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ – RMS 30746/MG – Segunda Turma – Ministro Castro Meira – Dje 06/12/2012), que em se tratando de mandado de segurança que tenha por escopo a dispensação de medicamento pelo Estado, mesmo que se apresente laudo médico que confirme a necessidade do fármaco, este laudo não é meio hábil de se comprovar o direito líquido e certo do impetrante, uma vez que há a necessidade de submeter esta prova ao contraditório para que haja a comprovação da ineficácia ou impropriedade do tratamento ofertado pelo SUS.

Isso porque, o STF no julgamento da SL. 47/PE considerou que o reconhecimento do direito à aquisição de determinados medicamentos deve ser analisado caso a caso, de acordo com as peculiaridades apresentadas, sempre

---

<sup>84</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 1.089.468-3. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 02/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11538552/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1089468-3>. Acesso em: 16/10/2013.

privilegiando o tratamento concedido pelo SUS em detrimento daquele de preferência do paciente, quando não houver comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde promovida pelo poder público.

A exemplo disso, convém mencionar julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>85</sup>, que no caso concreto, onde a impetrante pleiteava o a autorização para a realização do procedimento de quimioembolização, foi decidido que em razão do tratamento da enfermidade ser ofertado pelo SUS, o laudo médico que recomenda tratamento diverso, deve ser submetido ao contraditório. Sendo que, a prescrição de médico particular, não configura direito líquido e certo, não podendo servir de fundamento para impetração de mandado de segurança que exige direito líquido e certo, o que resultou na extinção do mandado de segurança em questão.

Em contrapartida, o mesmo Tribunal<sup>86</sup> decidiu em sentido contrário, concedendo a segurança a mandado de segurança impetrado para obter medicamento utilizado no tratamento de Arterite de Takayasu, pois entendeu que a prescrição de fármaco por médico habilitado no CRM, é prova suficiente para demonstrar o direito líquido e certo, sendo dispensada a dilação probatória para demonstrar a eficácia do tratamento.

Ainda, por meio de mandado de segurança é possível pleitear o bloqueio de verbas públicas, bem como a imposição de multa diária, a fim de compelir a Administração Pública a cumprir ordem judicial. Nesse sentido convém mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>87</sup>, que apesar de não determinar o bloqueio no caso concreto, reconheceu a possibilidade de haver bloqueio das verbas públicas, destacando que consiste em medida excepcional, necessitando da devida comprovação que o Estado está deixando de fornecer o medicamento pretendido e a demora dessa prestação pode acarretar risco à saúde e vida do impetrante.

---

<sup>85</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1138217-9. Relator: Des. Nilson Mizuta. Curitiba, 26/09/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11537446/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1138217-9>. Acesso em: 16/10/2013..

<sup>86</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº730.522-4. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 20/06/2011. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11122043/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-730522-4>. Acesso em: 16/10/2013.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº31.351/GO. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 17/09/2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1265212&sReg=201000110248&sData=20130925&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1265212&sReg=201000110248&sData=20130925&formato=HTML) . Acesso em: 16/10/2013.

Nessa toada, demonstra-se que a Constituição, no seu art. 196 impõe ao Estado o dever de garantir a saúde, por meio da implementação de políticas públicas, e quando essas não cumprem o seu papel, o Judiciário assume relevante atuação como meio de garantir o acesso à saúde, que no caso se perfaz pela concessão de medicamentos, aqueles que não apresentem condições financeiras para custear seu tratamento.

## 6.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUE NÃO CONSTA DAS LISTAS DO PODER PÚBLICO

No que se refere à dispensação de fármaco que não consta das listas formuladas pelo poder público há que se destacar que cabe ao Estado promover a saúde, independentemente das dificuldades orçamentárias e regulamentos concernentes ao Sistema Único de Saúde. De modo que, o cidadão tem direito a pleitear medicamento mesmo que não conste das listas elaboradas pelos entes federativos. Assim, atos administrativos não podem constituir óbices meramente burocráticos que impeçam a garantia do direito à saúde. Portanto, não se pode fazer depender a tutela do direito à saúde de previsão anterior em Portarias do Ministério da Saúde.

Relevante ponderar, que o médico é profissional apto a prescrever o medicamento mais apropriado no tratamento da enfermidade, o que culmina na preservação da saúde do paciente. Desta forma, o alto custo do medicamento não pode constituir empecilho no atendimento ao direito fundamental à saúde, visto que é o meio hábil de preservar a vida e a saúde do paciente, cabendo ao Estado o dever de fornecê-lo.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>88</sup>, reconhecendo a obrigação do Estado constante no art. 196 da CF, pelo que a

---

<sup>88</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 1004050-7. Relator: Des<sup>a</sup>. Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543224/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1004050-7>. Acesso em: 16/10/2013.. Na mesma toada: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 362.016/RJ. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 25/09/2013. Disponível em:

negativa de fornecimento de medicamento, mesmo que não constante na lista do Ministério da Saúde, no caso o medicamento Infiximabe, usado no tratamento de psoríase em placa severa, constitui ato ilegal e abusivo que viola o princípio da dignidade humana. Ademais, a necessidade da concessão é demonstrada pela apresentação do receituário médico, cuja veracidade deverá ser verificada pelo poder público, ao qual cabe fornecer o medicamento ao paciente que não apresenta condições financeira para adquirir o medicamento.

Igualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>89</sup>, firmou entendimento no sentido de que em razão da Constituição assegurar o direito à saúde a todos os cidadãos, cabe ao Estado fornecer medicamentos, ainda que não façam parte das listas por ele elaboradas, pois os pacientes não podem ficar a mercê da vontade política dos governantes, nem à burocracia excessiva para a distribuição dos fármacos. No caso em tela, o medicamento pleiteado (Simfoni destinado ao tratamento de artrite reumatóide) foi orçado em mais de R\$ 4.000,00, custo este incompatível com a situação econômica do interessado, e mesmo a alegação de que a administração não possui recursos, não merece prosperar por se tratar de uma imposição constitucional, a prestação da saúde, pelo fornecimento do referido medicamento.

Ainda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>90</sup>, assegurou a dispensação de medicamento que não integra a lista, qual seja, Maleato de Timolol, para tratar glaucoma, em consonância ao dever imposto ao Judiciário de conferir efetividade às políticas públicas, quando as mesmas deixam de ser concretizadas pelo Poder Executivo e Legislativo, promovendo o acesso universal e igualitário às

---

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1262304&sReg=201301908797&sData=20130925&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1262304&sReg=201301908797&sData=20130925&formato=HTML). Acesso em: 16/10/2013.

<sup>89</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº1.0702.12.044353-7/001. Relator: Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 01/10/2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=121&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=fornecimento%20medicamento%20pelo%20estado&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=23272036&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 16/10/2013.

<sup>90</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70045068244. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 14/10/2013. Disponível em: [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70045068244%26num\\_processo%3D70045068244%26codEmenta%3D5500817+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70045068244&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=16-10-2013&relator=Eduardo+Kraemer](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045068244%26num_processo%3D70045068244%26codEmenta%3D5500817+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70045068244&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=16-10-2013&relator=Eduardo+Kraemer). Acesso em: 16/10/2013.

prestações dos serviços de saúde. Cabendo ressaltar, que ao conceder o medicamento individualmente, não se está privilegiando o interesse individual em detrimento do interesse da coletividade, e sim de prover suporte mínimo que assegure a implementação da política social prevista na Carta Maior, em atenção ao direito fundamental à saúde e à vida.

Portanto, concluiu-se que o fato de um medicamento não integrar a lista de medicamentos fornecidos pelo poder público, não constitui óbice para sua obtenção, sendo exigido apenas um comprovante de que o paciente tem necessidade do medicamento para o tratamento que precisa, que se perfaz por um laudo médico, e a demonstração de que o paciente não tem condições de arcar com o tratamento por seus próprios recursos.

### 6.3 RESERVA DO POSSÍVEL

A tutela jurisdicional para a dispensação de fármacos se destina a conferir efetividade para o direito à saúde do paciente. É certo, que não se pode deixar de considerar a limitação orçamentária, dada a realidade que se apresenta. No entanto, o Estado não pode sustentar que meras dificuldades orçamentárias constituam óbice à dispensação de medicamentos. Ademais, a reserva do possível não pode ser alegada para afastar a responsabilidade do Estado, porquanto a norma constante no art. 196 disciplina um direito fundamental e, como tal, possui aplicabilidade imediata, vinculando o Estado.

Corroborando este entendimento, convém fazer alusão à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>91</sup>, que determinou a concessão dos medicamentos Lyrica, Tramal, Frontal, Donaren ao paciente, desconsiderando a alegação do Município de que não possuía recursos. Com o fundamento de que a saúde constitui direito público subjetivo e, não pode estar condicionada às políticas públicas, pois o estado atual reflete o notório descaso com a saúde pública. Assim, o

---

<sup>91</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0004480-44.2012.8.26.0505. Rel: Peiretti de Godoy. São Paulo, 10/10/2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7096453&vICaptcha=ttdbe>. Acesso em: 16/10/2013.

fornecimento dos medicamentos requeridos consiste em ato vinculado e não meramente discricionário, em razão do art. 196 impor o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que estão impossibilitados de custeá-los com recursos próprios.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>92</sup>, consignou que não assiste razão à alegação do poder público de que apresenta limitações orçamentárias que lhe impedem de cumprir a obrigação de tutela da saúde que lhe é imposta, pois em se tratando de direitos fundamentais, como ocorre no caso em comento, cujo escopo é a preservação da dignidade humana, que consiste em elemento informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser aceito o princípio da reserva do possível.

A esse respeito, convém mencionar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná<sup>93</sup>, que rejeitou a tese sustentada pelo Estado de que não dispõe de recursos para prover o medicamento almejado, considerando que este não é um argumento hábil a afastar a responsabilidade do Estado. A decisão ponderou que não se pode ignorar as limitações orçamentárias, mas a tutela jurisdicional tem por função a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. No caso em comento, o princípio da proporcionalidade embasou a ideia de que a solução para este entrave, não pode importar na supressão do direito fundamental, mas também não pode inviabilizar a prestação de serviços do Estado. Foi determinado que o Estado para que pudesse se ausentar do dever que lhe é imposto, deveria fazer prova da existência de escassez de recursos, não sendo aceita a sua mera alegação.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça<sup>94</sup>, decidiu em demanda que pretendia a dispensação de medicamentos, que a alegação da reserva do possível

---

<sup>92</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70056587447. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 14/10/2013. Disponível em: [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056587447%26num\\_processo%3D70056587447%26codEmenta%3D5498378+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70056587447&comarca=Comarca+de+Santo+%C2ngelo&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056587447%26num_processo%3D70056587447%26codEmenta%3D5498378+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70056587447&comarca=Comarca+de+Santo+%C2ngelo&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal). Acesso em: 16/10/2013.

<sup>93</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 1.089.821-0. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543359/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089821-0>. Acesso em: 16/10/2013.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.179.366/SC. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 11/06/2013. Disponível em:

não pode ser oposta quando se tratar de direitos fundamentais, dentro do conceito de mínimo existencial, podendo o Judiciário determinar o fornecimento do medicamento a ser incluso no plano orçamentário do ente político, sobretudo quando este não fizer prova que de fato não possui recursos suficientes à satisfação de seu dever constitucionalmente imposto.

Esse entendimento encontra arrimo em vários precedentes, podendo-se citar por exemplo julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, EXAME OU PROCEDIMENTO. REEXAME NECESSÁRIO. CONHECIMENTO. O Superior Tribunal de Justiça entende estarem sujeitas ao reexame necessário as sentenças ilíquidas. Inteligência da Súmula 490. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE. A Constituição da República prevê o dever de prestar os serviços de saúde de forma solidária aos entes federativos, de modo que qualquer deles tem legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento. A divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular. Precedentes do STJ. ACESSO À SAÚDE. PROTEÇÃO SUFICIENTE. **O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade.** PROVA DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. DESNECESSIDADE. MEDICAMENTOS PREVISTOS NAS LISTAS DE DISPENSAÇÃO DO SUS. ACESSO UNIVERSAL. Não é necessária a prova de insuficiência de recursos quanto ao medicamento postulado que integra a lista de dispensação do SUS. MEDICAMENTO NÃO INTEGRANTE DAS LISTAS DE FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONDIÇÕES ECONÔMICAS DE CUSTEIO DO TRATAMENTO. Conquanto o SUS tenha acesso universal às políticas por ele instituídas, o deferimento de fornecimento de medicação não constante da lista pressupõe que a necessidade da medicação e a impossibilidade de a parte obtê-la por seus meios. Caso dos autos em que verificada a suficiência econômica da autora para custeio do fármaco que não consta das listas públicas. ERRO MATERIAL. Correção de equívoco relativo a medicamento constante no dispositivo da sentença. HONORÁRIOS AO FADEP. ESTADO. DESCABIMENTO. MUNICÍPIO. ADMISSIBILIDADE. Descabida a condenação do Estado, sob pena de operar-se o instituto da confusão. Cabível a condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. Minoração do valor em que fixados os honorários advocatícios, para que guardem conformidade com o entendimento desta Câmara, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. APELAÇÃO A QUE SE DA PARCIAL PROVIMENTO.

SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE, EM REEXAME NECESSÁRIO.  
DECISÃO MONOCRÁTICA.<sup>95</sup>

Percebe-se, portanto, que o argumento utilizado pela Administração Pública que não é possível fornecer determinado medicamento pela falta de previsão orçamentária e a escassez de recursos não é aceito pelos Tribunais. Uma vez que a reserva do possível não pode ser alegada quando se tratar de direito à saúde e a vida, dado o fato que nosso ordenamento jurídico conferiu ampla proteção aos direitos fundamentais, bem como é norteado pelo princípio da dignidade humana.

#### 6.4 SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Poder Judiciário ao compelir o Estado a fornecer um medicamento ao paciente – que buscou anteriormente o ente federativo, o qual negou-lhe a assistência – não está invadindo o mérito administrativo, tampouco a competência do Poder Executivo. O Judiciário quando concede o medicamento impede que haja lesão ou ameaça ao direito, nos termos do art. 5º, XXV da Lei Maior. Está, portanto, agindo em atenção ao princípio da legalidade e a fim de resguardar o direito à vida.

Nessa linha cite-se, decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>96</sup>, onde o Estado do Rio Grande do Sul, sustentou que não pode o Judiciário interferir na esfera de discricionariedade e conveniência da Administração Pública para o fim de forçá-lo a cumprir a obrigação que lhe imposta, sob pena de afrontar o princípio da separação dos poderes. A Corte declarou que referido

---

<sup>95</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70051387405. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 14/01/2013. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/-448198914>. Acesso em: 16/10/2013.

<sup>96</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70056682081. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 13/10/2013. Disponível em: [http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056682081%26num\\_processo%3D70056682081%26codEmenta%3D5498374+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70056682081&comarca=Comarca+de+Erechim&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056682081%26num_processo%3D70056682081%26codEmenta%3D5498374+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70056682081&comarca=Comarca+de+Erechim&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal). Acesso em 16/10/2013. Em sentido semelhante: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 0014308-07.2011.8.26.0309. Rel: Luciana Almeida Prado Bresciani. São Paulo, 10/10/2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7087666>. Acesso em: 16/10/2013.

princípio tem por função impor limites à discricionariedade e conveniência da Administração, pois as mesmas não são absolutas, devendo o Judiciário exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos. E, aferiu que nesse caso concreto, no qual a parte pleiteia a dispensação de medicamento pelo poder público, em havendo (e de fato houve) negativa pelo ente político, há afronta aos preceitos Constitucionais. Impondo-se ao Judiciário o dever de exercer o controle dos atos administrativos, que no caso em tela se consubstancia pela determinação de fornecimento do medicamento pleiteado pelo Estado.

Em sentido semelhante, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>97</sup>, que assere a relevância do Poder Judiciário, como responsável pelo controle de legalidade da atividade administrativa, sendo que a alegação da Administração Pública que estaria o Judiciário violando o princípio da separação dos poderes, seria verdadeira contradição, pois referido princípio foi concebido inicialmente com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais, não podendo servir de arrimo para se opor a realização dos direitos sociais.

Desta forma, pode-se afirmar que não há violação do princípio da separação dos poderes quando o Judiciário determina a concessão de determinado fármaco. Isso porque, não há discricionariedade da Administração Pública frente aos direitos constitucionalmente consagrados, mas sim uma vinculação da atuação de todos os entes estatais para a realização de um direito fundamental, como no caso, o da saúde.

## 6.5 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A responsabilidade solidária dos entes federados na dispensação de medicamentos decorre do “dever do Estado” instituído no art. 196 da Constituição Federal. De sorte que é atribuição tanto da União, como do Estado e do Município a

---

<sup>97</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1256237/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 13/08/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1230627&sReg=200902358209&sData=20130510&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1230627&sReg=200902358209&sData=20130510&formato=HTML). Acesso em: 16/10/2013.

garantia do direito à saúde, através do fornecimento de medicamentos indispensáveis à vida digna e à saúde.

Merece atenção decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal<sup>98</sup>, que negou provimento ao agravo regimental, reconhecendo a legitimidade do Estado para figurar no polo passivo da demanda que pugna pela concessão de medicamentos e, portanto a solidariedade dos entes federados no dever de prestação da saúde. Isso porque, o poder público, independentemente do âmbito de atuação no plano da organização federativa, não pode se mostrar alheio à promoção da saúde da população, conduta esta que configuraria censurável omissão.

Ainda, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>99</sup> asseverou a responsabilidade solidária dos entes federados, a despeito da legislação infraconstitucional distribuir as competências entre eles, determinando que União, Estados e Municípios são solidariamente responsáveis pela gestão do Sistema Único de Saúde. De maneira que todos eles têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo da demanda. Logo, pode aquele que necessita, pleitear junto a qualquer desses entes o fornecimento gratuito de medicamento, pelo que não foi acolhida a alegação de ilegitimidade sustentada pela União.

Ademais, a responsabilidade de fornecimento de medicamentos é concorrente entre os entes federados, pois são solidariamente responsáveis pela prestação de assistência farmacêutica, o que não importa na possibilidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, podendo o paciente acionar cada um dos entes estatais. Destarte, não cabe o chamamento ao processo – alegado muitas vezes pelos entes que compõem a Federação como forma de se eximir ou abrandar

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 808.059 AgR/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 02/12/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618577>. Acesso em: 16/10/2013. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 627.411/SE. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 18/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857471>. Acesso em: 16/10/2013.

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.102.254/RS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 30/08/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1255905&sReg=200802618419&sData=20130830&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255905&sReg=200802618419&sData=20130830&formato=HTML). Acesso em: 16/10/2013. Na mesma toada: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0439.080910-6/002. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 11/10/2013. Disponível em:

sua responsabilidade – que é característico nas obrigações solidárias de pagar quantia. Na verdade consiste em litisconsórcio passivo facultativo, pois não abrange as obrigações solidárias de entrega de coisa certa.

Na mesma toada, do que é exemplo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Embora todos os entes tenham responsabilidade em prestar assistência à saúde da população, bem como fornecer medicamentos, é possível o pleito de medicação perante cada um deles, não sendo necessário que os demais entes componham o polo passivo da demanda.<sup>100</sup>

Portanto, apesar de haver uma hierarquia interna estabelecida por leis infraconstitucionais, não pode ela embasar a exclusão de responsabilidade dos entes políticos, uma vez que lhes é imposto constitucionalmente o dever de tutelar o direito à saúde, sendo solidariamente responsáveis por sua concretização.

---

<sup>100</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 1021145-5. Relator: Des<sup>a</sup>. Lélia Samardã Giacomel. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543247/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1021145-5#>. Acesso em: 16/10/2013.

## 7 CONCLUSÃO

Com o advento do Estado Social, ao Estado passou a ser imposto o dever de assegurar diversos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à saúde, que recebeu status de direito fundamental com a Constituição de 1988, que ganhou destaque quando da criação da Organização Mundial da Saúde em 1945, pois a partir de então todos indivíduos passaram a ter a garantia do direito a um completo bem-estar físico, mental e social, e não restrito ao conceito anterior de saúde que a entendia tão somente como ausência de doença.

A redação do art. 196 da Constituição Federal não representa apenas um expediente de propostas, mas sim um mandamento constitucional, que não pode depender de complementação pela legislação infraconstitucional. O referido dispositivo legal é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, posto que se enquadra como direito fundamental, sendo regido pela norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Por conseguinte, o direito constitucional à saúde é direito universal e gratuito, a ser concretizado pelo Estado através da implementação de políticas públicas, políticas essas que abarquem não somente a dispensação de medicamentos pelo Estado, mas também a prevenção de doenças.

Quanto à alegação da escassez de recursos, concluiu-se que a mesma não justifica a abstenção do Estado na promoção da saúde, não fundamentando a não implementação de políticas públicas, devendo o Estado promover uma realocação dos recursos a fim de conferir efetividade ao direito à saúde, dada sua relação intrínseca ao direito à vida.

No tocante à Reserva do Possível, observou-se pelos julgados colacionados, que não pode ela embasar a não observância do texto constitucional que determina o dever estatal de promoção da saúde, não pode ela justificar esse comportamento omissivo do Estado. Nesse sentido, há que se analisar cada caso concreto, tomando por base os critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, para que a decisão seja justa, observando sempre a prevalência do direito à vida, por meio da concessão do medicamento almejado pelo indivíduo que busca a tutela jurisdicional, objetivando a garantia do mínimo indispensável à existência com dignidade.

Nesse contexto, percebe-se que longe estamos do ideal da plena concretização do direito à saúde, mas algumas ponderações são feitas a fim de conferir maior efetividade a esses direitos, tais como: o entendimento que há de fato responsabilidade solidária dos entes federados, posto que por vezes, o Município ou o Estado alega que não é de sua competência o fornecimento de determinado medicamento em razão da lista elaborada por ele não prever tal medicamento, sendo que este argumento não é aceito pelos tribunais pátrios.

No mesmo sentido, o ativismo judicial, apesar das críticas que lhe são suscitadas que foram apresentadas no decorrer do trabalho, se apresenta como instrumento de elevada relevância à concretização do direito à saúde, posto que supre a deficiência da prestação estatal, quando o Estado se mostra alheio às necessidades individuais no tocante à saúde, assim percebe-se o avanço jurisprudencial no cumprimento e efetivação desse direito, de modo a cumprir os preceitos constitucionais relacionados a ele, por meio do fornecimento de medicamento de forma cogente.

Portanto, enquanto não há um maior comprometimento de todas as esferas do poder com a concretização do direito à saúde, de modo a oferecer serviços de saúde de qualidade e dispensação de medicamentos de forma satisfatória, a atuação jurisdicional se mostra imprescindível ao menos aqueles que buscam a tutela jurisdicional para usufruir do direito que lhes é conferido constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (tradução Virgílio Afonso da Silva). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. HERRERA, Luiz Henrique Martim. **Tutela dos direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Boreal, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

BARBOZA, Estefânia Maria de queiroz. **Jurisdição consitucional: entre constitucionalismo e e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, Nov./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades na Constituição brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977**, que regulamenta a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/Antigos/D79094.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/Antigos/D79094.html). Acesso em: 07/09/2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF , 10 nov. 1998. Seção 1, p. 18-22.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.577/2006**. Trata da organização e da execução do componente de medicamentos de dispensação excepcional. Diário Oficial da União, ed.207, seção I, p. 91, publicado em 27 out. 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n 38, de 06 de maio de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mai. 2004. Seção 1. P. 52-3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 362.016/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 25/09/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1262304&sReg=201301908797&sData=20130925&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1262304&sReg=201301908797&sData=20130925&formato=HTML). Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº31.351/GO**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 17/09/2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1265212&sReg=201000110248&sData=20130925&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1265212&sReg=201000110248&sData=20130925&formato=HTML) . Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.179.366/SC**. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 11/06/2013. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1241950&sReg=201000261780&sData=20130618&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1241950&sReg=201000261780&sData=20130618&formato=HTML) . Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AI 550.530-Agr**, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26/06/2012, Segunda Turma, DJE de 16/08/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>. Acesso em: 12/09/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1256237/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 13/08/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1230627&sReg=200902358209&sData=20130510&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1230627&sReg=200902358209&sData=20130510&formato=HTML). Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.102.254/RS**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 30/08/2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1255905&sReg=200802618419&sData=20130830&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255905&sReg=200802618419&sData=20130830&formato=HTML). Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 808.059 AgR/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 02/12/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618577>. Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 627.411/SE**. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 18/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857471>. Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3768. Relatora:** Min Carmen Lúcia. Julgamento em 19/09/2007. Ement. 2295-04, p. 597. RTJ 202-203, p. 1096. Diário da Justiça, ed. 207, seção I, publicado em 26 out 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **ADPF 45**. Relator: Min. Celso de Mello. DJU 04 de maio de 2004. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 16/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . **Audiência pública:** saúde. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17/03/2010, p.70. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 12/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de avaliação de programa : Ação Assistência para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais / Tribunal de Contas da União ; Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha. – Brasília, 2004. Disponível em: [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas\\_governo/areas\\_atuacao/saude/Medicamentos.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/saude/Medicamentos.pdf). Acesso em: 16/09/2013.**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

CARVALHO, Guido Ivan; Santos, Lenir. **SUS – Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde – Lei n. 8.080/90 e n. 8.142**. 4 ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de Teoria da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CZERESNIA, D. **Promoção da saúde: Conceitos, reflexões, tendências**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 20.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**. Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.doc>, em 14.09.2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. In: José Eduardo Faria (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº1.0702.12.044353-7/001**. Relator: Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 01/10/2013. Disponível em:

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº1.0439.080910-6/002**. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 11/10/2013. Disponível em:

NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza Ávila. **O sistema único de saúde em dez anos de desafio**. São Paulo: Sobravime, 2002.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserve do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZACAO DAS NACOES UNIDAS (ONU). **Constituição da organização mundial de saúde**: preâmbulo. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <http://www.onu.org>. Acesso em: 12/09/2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível n.º 1004050-7**. Relator: Des<sup>a</sup>. Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543224/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1004050-7>. Acesso em: 16/09/2013..

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível n.º 1021145-5**. Relator: Des<sup>a</sup>. Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543247/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1021145-5#>. Acesso em: 16/09/2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível n.º 1.089.468-3**. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 02/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11538552/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1089468-3>. Acesso em: 16/09/2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Mandado de Segurança n.º 1138217-9**. Relator: Des. Nilson Mizuta. Curitiba, 26/09/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11537446/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1138217-9>. Acesso em: 16/09/2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Mandado de Segurança n.º 730.522-4**. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 20/06/2011. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11122043/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-730522-4>. Acesso em: 16/09/2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível n.º 1.089.821-0**. Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 01/10/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11543359/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089821-0>. Acesso em: 16/09/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70051387405**. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 14/01/2013. Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/-448198914>. Acesso em: 16/09/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70056682081**. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. Porto Alegre,

13/10/2013. Disponível em:  
[http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056682081%26num\\_processo%3D70056682081%26codEmenta%3D5498374+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70056682081&comarca=Comarca+de+Erechim&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056682081%26num_processo%3D70056682081%26codEmenta%3D5498374+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70056682081&comarca=Comarca+de+Erechim&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal). Acesso em 16/09/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70056587447**. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 14/10/2013. Disponível em:  
[http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056587447%26num\\_processo%3D70056587447%26codEmenta%3D5498378+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70056587447&comarca=Comarca+de+Santo+%C2ngelo&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056587447%26num_processo%3D70056587447%26codEmenta%3D5498378+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70056587447&comarca=Comarca+de+Santo+%C2ngelo&dtJulg=14-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal). Acesso em: 16/09/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70045068244**. Relator: Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 14/10/2013. Disponível em:  
[http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70045068244%26num\\_processo%3D70045068244%26codEmenta%3D5500817+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml\\_no\\_dtd&oe=UTF8&numProc=70045068244&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=16-10-2013&relator=Eduardo+Kraemer](http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70045068244%26num_processo%3D70045068244%26codEmenta%3D5500817+fornecimento+de+medicamento+pelo+estado&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70045068244&comarca=Comarca+de+Caxias+do+Sul&dtJulg=16-10-2013&relator=Eduardo+Kraemer). Acesso em: 16/09/2013.

RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. 2 ed. São Paulo: Atheneu, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0014308-07.2011.8.26.0309**. Rel: Luciana Almeida Prado Bresciani. São Paulo, 10/10/2013. Disponível em:  
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7087666>. Acesso em: 16/09/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0004480-44.2012.8.26.0505**. Rel: Peiretti de Godoy. São Paulo, 10/10/2013.

Disponível em:  
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7096453&vICaptcha=ttdbe>.  
Acesso em: 16/09/2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.