



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO OESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS DA SOCIEDADE
PROGRAMA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO**

LUDIMILLA DAYARA PACHECO PELEJA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS POR VIA JUDICIAL**

SANTARÉM - PARÁ
2014

LUDIMILLA DAYARA PACHECO PELEJA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS POR VIA JUDICIAL**

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Programa de Direito, do Instituto de Ciências da Sociedade, da Universidade Federal do Oeste do Pará.

Orientador: Profa. Msc. Cynthia Soares

SANTARÉM - PARÁ
2014

LUDIMILLA DAYARA PACHECO PELEJA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS POR VIA JUDICIAL

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Programa de Direito, do Instituto de Ciências da Sociedade, da Universidade Federal do Oeste do Pará.

Data: ____/____/____

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Msc. Cynthia Soares (Orientador)

Prof. _____

Prof. _____

Aos meus pais, Conceição Pacheco Peleja e Hilton Azevedo, e ao companheiro Marcelo Goes, pelo incentivo e carinho durante esta trajetória acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, pelo dom da vida e por ter iluminado meu caminho e me dado forças suficientes para seguir em frente.

Aos meus pais, em especial a minha querida e amada mãe, que nunca desistiu de lutar, mesmo em meio às dificuldades que a vida lhe impõe.

Aos meus irmãos Filipe e Hilton, os quais em constante amor e união contribuíram para o meu crescimento. Agradeço aos demais familiares, principalmente aqueles que me acolheram no seio do seu lar para buscar essa trajetória.

Não poderia esquecer do noivo e companheiro Marcelo Goes, pelo incentivo e presença constante.

A todos os meus amigos, em nome de Ilza Goes, que sempre me apoiaram nos momentos de dificuldade, e por me ensinarem o verdadeiro sentido de amizade.

À minha orientadora Profa. Msc. Cynthia Soares, pela atenção fornecida, apesar de todas as dificuldades.

Ainda, aos profissionais da UFOPA, e em da Profa. Msc. Lidiane Leão, que sempre estiveram dispostos a atender.

Aos meus colegas da 9. Vara de Execução Penal da Comarca de Santarém, por toda compreensão.

Por fim, agradeço à inesquecível turma Direito 2005 da UFPA, pelas amizades conquistadas e pelas as dificuldades superadas.

“Nós adquirimos virtudes quando primeiro as colocamos em ação. Tornamo-nos justos ao praticar ações justas, equilibrados ao exercitar o equilíbrio e corajosos aos realizar atos de coragem”.

Aristóteles

RESUMO

Este trabalho dedica-se a fomentação de análise e reflexão em torno do intrigante problema da possibilidade e da necessidade do Poder Judiciário intervir nas garantias plenas de saúde. O direito à saúde, aqui configurado o direito à assistência farmacêutica, encontra-se previsto no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental, desta forma merece a devida atenção. O estudo foi realizado utilizando-se do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica. E precede-se de uma abordagem sobre a afirmação histórica dos direitos humanos no âmbito internacional, e dos direitos fundamentais dispostos na Constituição da República, mas especificamente o direito à vida e o princípio da dignidade humana; também será analisada a criação e a consolidação do Sistema Único de Saúde, suas atribuições, competências e o fornecimento de medicamentos, bem como os elementos envolvidos no complexo fenômeno da Judicialização da Saúde na prestação da assistência farmacêutica. Fenômeno este que vem sendo entendido como a provocação e a atuação do Poder Judiciário em determinar o cumprimento e efetivação da referida prestação. Levantando-se os seguintes itens: separação dos poderes, mínimo existencial e reserva do possível; bem como serão analisados critérios para quando o magistrado obrigar o Estado a fornecer determinado medicamento ao indivíduo; devendo fazê-lo com cautela, a fim de não ferir a Constituição da República e a legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Saúde. Medicamentos. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário. Critérios.

ABSTRACT

This work is dedicated to fostering analysis and reflection on the intriguing problem of the possibility and necessity of the Judiciary intervene in full health guarantees. The right to health, the right to set up here pharmaceutical care is provided in Brazilian law as a fundamental right in this way deserves due attention. The study was performed using the deductive method, by means of literature. And above is an approach to historical affirmation of human rights internationally, and fundamental rights under the Constitution, but specifically the right to life and the principle of human dignity; also analyzes the creation and consolidation of the Unified Health System, its functions, powers and the supply of drugs as well as those involved in the complex phenomenon of Health Judicialization in the provision of pharmaceutical services. This phenomenon has been understood as a provocation and the role of the judiciary in determining compliance with and enforcement of that provision. The following arose: separation of powers, existential minimum and reserve for contingencies; and will be analyzed criteria for when the judge compel the State to provide certain drug to the individual; and must do so with caution in order not to harm the Constitution and the constitutional legislation.

Keywords: Health Drugs..Fundamental Rights.Judiciary.Criteria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE.....	12
1.1 Breve Histórico dos Direitos Humanos.....	12
1.2 Evolução Histórica das Políticas Públicas de Saúde no Brasil.....	18
1.3 Conceito de Saúde.....	22
2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL.....	24
2.1 O Direito a Saúde na Constituição da República de 1988 e à Dignidade Da Pessoa Humana.....	24
2.2 Lei 8.080 de 1990 e Outras Providências Legais.....	26
2.3 SUS – Sistema Único de Saúde.....	27
2.3.1 Conceito.....	27
2.3.2 Objetivos e atribuições.....	29
2.3.4 Princípios doutrinários.....	29
2.4 Da Assistência Farmacêutica.....	31
3 A JUDICIALIZAÇÃO E AS AÇÕES PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	36
3.1 Considerações Acerca da Judicialização da Política.....	37
3.2 Fatores Relevantes ao Fornecimento de Medicamentos Por Via Judicial.....	41
3.2.1 Separação dos poderes.....	41
3.2.2 Mínimo existencial X reserva do possível.....	46
3.2.3 Observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS.....	49
3.2.4 Observância do Princípio ativo – presença pericial.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a Judicialização das políticas públicas de saúde, especialmente a obtenção de medicamentos.

O direito à saúde é um dos direitos garantidos aos cidadãos no nosso ordenamento jurídico, tendo como alicerces da República Federativa do Brasil à dignidade da pessoa humana e o direito à vida, que é o maior dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o direito à saúde, também garantido pela Carta Magna, é indispensável e constituem-se pré-requisito para o exercício desses demais direitos.

A competência para a efetivação desse direito foi atribuída ao Estado, o qual, por intermédio de políticas públicas, deve proporcionar os meios suficientes para que, de forma universal e igualitária, o direito à saúde possa ser usufruído em sua plenitude.

Posteriormente, em complemento as políticas já desenvolvidas ditadas pela Carta Magna, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), pela Lei Federal 8.080/90. As ações e serviços de saúde que compõem o SUS, inclusive a assistência farmacêutica, devem ser pautadas em políticas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, o Estado deve fornecer todas as medidas capazes de garantir o direito à saúde.

No entanto, a prestação de assistência farmacêutica ou, melhor dizendo, a falta ou a falha na prestação dessa assistência é um fator que evidencia a insatisfação da população frente à estrutura e atuação deste Sistema de Saúde brasileiro, o acaba por caracterizar suposta afronta ao direito fundamental à saúde instituído na Carta Magna.

Na realidade, a atual ordem jurídica não permite que os interesses de cunho econômico e puramente patrimonial venham se sobrepor a direitos fundamentais, principalmente quando se trata do direito à preservação da saúde.

Em contrapartida, a ofensa “individual” do direito a saúde, no sentido de proporcionar a ela a satisfação de um bem fundamental, encontra-se o lado do Estado, que ao atender as demandas de cunho judicial sofre um imprevisto no orçamento público o que pode acarretar prejuízos, mesmo que imediatos, a coletividade, haja vista que os direitos sociais assegurados na Constituição, bem

como a saúde devem ser implementados mediante políticas públicas de saúde. A fim de assegurar a realização de todos os direitos fundamentais e a plenitude da cidadania.

De outro lado, é possível compreender que o cumprimento dos comandos judiciais por parte do Estado, nas suas funções mais limitantes, como a promoção da saúde e a distribuição de medicamentos, não descaracteriza a função dos três poderes constituídos, tampouco fere seu poder discricionário, com fulcro sim de promover a finalidade social que o Direito impõe.

Observada a complexidade móvel desse trabalho, o tema tornou-se evidente na comunidade jurídica, na comunidade médico-farmacêutico, na Administração e na imprensa, principalmente, como já citado, após a promulgação da Constituição da República de 1988. Quando a população passou a realizar a Tutela Jurisdicional para obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que a Constituição lhe impõe, a garantia da prestação de saúde pública a todos.

É tão grande a quantidade de ações judiciais com esse intuito, que o fato vem sendo chamado de “Judicialização da Assistência Farmacêutica”, “Judicialização da Saúde” ou “Fenômeno da Judicialização dos medicamentos”.

E a partir dessa intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, surgiu uma discordância doutrinária. O primeiro posicionamento dos doutrinadores entende que esse é um problema de políticas públicas e não compete ao Judiciário, portanto não cabe a ele intervir, se assim o fizesse estaria infringindo na competência do Executivo, ferindo os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

O segundo posicionamento compreende que essa é uma violação a direitos fundamentais e compete ao Judiciário viabilizar o acesso aos direitos garantidos pela Constituição Federal.

Nesse contexto, e baseado nos arts. 5º 6º e 196º da CFB/88, o presente trabalho remete-nos as seguintes indagações: qual é o dever do Estado na garantia constitucional do direito ao acesso à saúde? O Poder Judiciário pode ou não intervir nas ações onde é pleiteado o fornecimento de medicamentos? Quais os critérios que devem ser observados quando ocorre a possível intervenção do Judiciário nessas ações?

Deste modo, o objetivo proposto no trabalho visa ao esclarecimento quanto à forma pela qual vem sendo efetivada a atuação do Poder Judiciário no que

tange as Ações para obtenção de Medicamentos, bem como a análise e exposição de critérios a serem observados quando essas ações forem atendidas pelos magistrados.

Desta feita, este trabalho utiliza o método de pesquisa dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica feita em livros, jurisprudências, artigos doutrinários publicados em revistas e na *internet*, a fim de viabilizar condições para se traçar critérios e avaliar a Judicialização das Políticas Públicas de saúde que envolve o fornecimento de medicamentos.

Nesse sentido, buscou-se primeiramente tratar-se efetivamente do direito à saúde, desde as suas bases na segunda geração dos direitos humanos, na composição do “estado de bem-estar social”, demonstrando toda a sua importância dentro da sociedade como um direito fundamental, por conseguinte, a afirmação das Políticas Públicas de Saúde no Brasil, como explorar o conceito de saúde e os dispositivos constitucionais que versam sobre o assunto.

Num segundo momento, optou-se por tratar da legislação infraconstitucional que dispõe sobre o direito a saúde, dando a devida importância a Lei 8.080 de 1990, atrelado a isso as disposições que regem a assistência farmacêutica no Brasil, bem como das competências administrativas acerca do direito à saúde.

Por derradeiro, o trabalho apresenta às questões que envolvem o fornecimento de medicamentos por via judicial, as correntes e posicionamentos contra, a favor e os que vêem o assunto com determinada cautela, todas sob o contexto dos princípios da separação dos poderes, reserva do possível e mínimo existencial. E ainda estabeleceram-se tímidos critérios para que sejam propostas essas demandas judiciais.

1 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Breve Histórico dos Direitos Humanos

Desde as épocas mais remotas, busca-se explicar e compreender a complexidade da pessoa humana, as suas relações e especialmente os direitos e obrigações a ela inerentes. Ao longo da história o homem é destinatário da busca pela dignidade, pela liberdade, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes.

E para abarcar propriamente o direito à saúde, assegurado no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, é mister que se faça uma análise sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (1992, p.07).

Isso revela a importância desse estudo histórico para a compreensão do mundo jurídico, ainda mais por se tratar de direitos essenciais à pessoa humana. Já que os mesmos mostram-se extremamente necessários nas previsões de todas as Constituições e tratados.

O direito à saúde, um dos temas a serem abordados nesse estudo e, por sua vez, configurado um direito fundamental que cabe aos indivíduos, está inserido no nosso ordenamento jurídico, e é fruto dessa evolução histórica. Principalmente após os percalços da primeira guerra mundial e com a concepção da segunda dimensão dos direitos humanos.

Sob essa ótica, posiciona-se Sueli Gandolfi Dallare:

A reivindicação do "Direito à Saúde" é moderna, não obstante ela esteja, hoje, agregada ao rol dos "Direitos Humanos", cuja reivindicação é antiga. Imemorial mesmo. Não existe uniformidade na enumeração dos chamados direitos humanos, uma vez que a saúde, por exemplo, só foi incluída no elenco contemporâneo desses direitos. É indispensável, portanto, conhecer-

se a evolução da idéia de direitos humanos para que se possa compreender a reivindicação moderna do "Direito à Saúde" (1998, p.327).

Os direitos humanos foram identificados ao longo da história como os valores mais importantes a convivência entre os homens, sem os quais as sociedades passariam por um estado de caos e desagregação. Nesse sentido, para essa compreensão, preliminarmente, é necessário frisar que,

O Código de Hammurabi (1690 a. C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. (MORAES, 2007, p. 24).

É correto que, desde o seu nascimento, a aplicação e a doutrina dos direitos humanos vem sofrendo alterações e vem se desenvolvendo com intuito de aumentar o espectro de proteção do homem.

Com a vinda da forte concepção do Cristianismo, que idealizava a igualdade de todos os homens, sem distinção de raça, cor, sexo ou credo, teve-se considerável influência para a consagração dos direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana (MORAES, 2007).

Nesse primeiro momento, o rol dos direitos humanos consistira exclusivamente em direitos voltados para a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do Estado e de suas autoridades constituídas.

Porém, adota-se no contexto deste trabalho uma concepção contemporânea de proteção dos direitos humanos. E um dos principais antecedentes históricos das declarações modernas de direitos humanos encontra-se na Inglaterra, onde se destaca a *Magna Charta Libertatum*, a grande carta, pacto firmado no século XIII, em 1215.

Trata-se de um documento que, apesar de trazer mínimas garantias a população em geral, e de prever apenas alguns privilégios aos nobres feudais, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis, tais como o *Habeas Corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade (SARLET, 2007).

Em outro contexto, Fábio Conder Comparato (2011), aponta grande importância a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a qual foi o primeiro documento político moderno a afirmar princípios democráticos

reconhecendo a legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, religião, cultura ou posição social.

Posterior a essa etapa, é necessária, pois, uma breve incursão pelas gerações de direito. Pela sua relevância, impõe-se uma abordagem panorâmica sobre as principais características de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais.

Como bem afirma Alexandre de Moraes:

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais coube a França, quando em 26-08-1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão. (2007, p. 28).

Tal documento previu dentre outros, o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade e algumas garantias no âmbito processual.

Conforme ensina COMPARATO (2011), a Declaração de 1789 representou uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos, foi, aliás, o primeiro elemento constitucional de um novo regime político contra as desigualdades, que visava à queda da monarquia absoluta e dos privilégios feudais.

Essa fase dos direitos humanos, produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, e influenciada pela doutrina iluminista e jusnaturalista (como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), foi denominada como de primeira geração, segundo a qual surgia e firmavam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, o que se pode chamar de direitos de defesa frente ao declínio do absolutismo monárquico e do feudalismo. Foi um período demarcado pela não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder (SARLET, 2007).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 56), esses direitos são ainda apresentados como de cunho “negativo”, isso porque visava uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição ao Estado”.

Sob tal influência, posteriormente, o grande marco dos direitos individuais foi estabelecido na Constituição Portuguesa de 1822, consagrando, dentre outros, os direitos à igualdade, liberdade, segurança. Nesse sentido firmaram-se também a

independência dos três poderes políticos (legislativo, executivo e judicial), o que contrariava os princípios básicos do absolutismo, o qual concentrava os três poderes na figura do rei (MORAES, 2007).

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge sob o contexto do pós primeira guerra mundial e o final da Revolução Industrial, no final do séc. XIX. Momento no qual desenvolveu-se a segunda fase dos Direitos do Homem, a dos Direitos Sociais.

Também denominados direitos de segunda dimensão, estes surgiram do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que acompanharam essa fase, ficou constatado que as doutrinas socialistas e a consagração dos direitos de liberdade e igualdade não mais geravam garantias e segurança a população. O que acabou gerando no decorrer do século XIX, amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2007).

Essa nova constitutiva de direitos obtém uma dimensão positiva, uma vez que, não mais busca-se evitar a intervenção do Estado, mas, sim, de estabelecer o direito de participar do bem-estar social. Esses direitos, semelhantes a primeira dimensão, se reportam à pessoa individual e não aos de cunho coletivo.

De acordo com Sueli Dallari, buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da idéia moderna de democracia, e continua:

Tratava-se, portanto, de reconhecer a existência de desigualdades materiais que inviabilizavam o gozo dos direitos liberais e de responsabilizar o Estado pelo oferecimento – inicialmente aos trabalhadores e, em seguida, a todos aqueles que necessitassem – daquelas condições que permitissem a igualdade real de oportunidades. Caracterizam as conquistas desse período, a adoção do sufrágio universal, a inclusão de um capítulo nas Constituições garantindo direitos trabalhistas e a implementação do chamado “Estado do Bem-Estar Social”, que presta serviços públicos para garantir direitos, entre outras (1995, p. 02).

Com efeito, surgiram a Constituição alemã de Weimar e a Constituição Mexicana que passavam a garantir direitos fundamentais com fortes tendências sociais, tal como a efetivação da saúde, educação e dos direitos trabalhistas.

Como ensina Comparato (2011, p.190), “a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”.

A Constituição do México firmou o princípio da igualdade entre a classe trabalhadora e os empresários na relação trabalhista, lançando, portanto, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, com fortes tendências sociais.

Por conta disso, os direitos sociais e econômicos, estavam garantidos e reconhecidos ao lado dos direitos individuais. Porém, conforme Afonso da Silva:

Foi a Constituição de Weimar que exercera maior influência no constitucionalismo pós Primeira Guerra Mundial, gerando reflexos até na Constituição Brasileira de 1934. (2005, p.47).

A Constituição de Weimar, apesar de suas fraquezas e contradições, ora causadas pela tentativa de se construir um novo Estado sobre as ruínas do antigo, e considerada sua breve vigência, exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo continente. As linhas de um Estado democrático e social, já traçadas pela Constituição Mexicana, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, por ter como objeto a organização do Estado e a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de cunho social (COMPARATO, 2011).

Como ensina Sueli Gandolfi Dallari,

Desse modo, o conceito de Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e incorpora as conquistas representadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social de Direito, mas soma, à igual possibilidade de participação na elaboração das normas gerais que devem reger a organização social, o controle de sua aplicação aos casos particulares. Trata-se, enfim, de instaurar a cidadania, onde o “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária”, como ensina Aristóteles. (1998, p.04).

Outro momento importante na história dos Direitos do Homem é o pós Segunda Guerra Mundial. Em 1945, os Estados tomam consciência das tragédias e atrocidades vividas durante a Guerra, o que marcou a criação a Organização das Nações Unidas (ONU) em prol de estabelecer e manter a paz no mundo. Foi o surgimento de uma nova ordem internacional, um modelo de conduta preocupado além da manutenção da paz, com a segurança nas relações internacionais e com a

adoção de um plano econômico, social e cultural que vislumbre proteção a saúde, meio ambiente, economia e direitos humanos. (PIOVESAN, 2012).

Foi através da Carta das Nações Unidas, assinada a 20 de Junho de 1945, que os povos exprimiram a sua determinação em preservar as gerações futuras da guerra; proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas; em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade (PIOVESAN, 2012).

Igualmente, deve-se prestar destaque especial no século XX à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Este documento estabeleceu um amplo rol de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial a saúde. Vejamos:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Este documento salienta a democracia como único regime político compatível com o pleno respeito dos direitos humanos, sendo a solução legítima para a organização do Estado. (COMPARATO, 2011).

Posteriormente, surgiram os direitos fundamentais da terceira dimensão, e sua notável peculiaridade reside basicamente na titularidade coletiva e difusa, trazendo consigo princípios de solidariedade e de fraternidade.

A terceira dimensão destina-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação). E dentre os direitos mais citados, cumpri referir à paz, à autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, o meio ambiente e a qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (SARLET, 2007).

Esses direitos são na verdade resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, instituídas dentre outros fatores, ao impacto tecnológico, bem como ao processo de descolonização do segundo pós-guerra e

suas expressivas conseqüências, acarretando intensos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2007).

É oportuno ressaltar que essa evolução dos direitos humanos, a partir da segunda geração foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Com essa afirmação, os Estados nacionais buscaram garantir internamente os direitos humanos consagrados no plano internacional.

O Brasil, sob tal influência, acentuou o compromisso da saúde com o povo, tendo como apogeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual apresenta em sua redação relevantes dispositivos que tratam expressamente desse direito.

1.2 Evolução Histórica das Políticas Públicas de Saúde no Brasil

O sistema de saúde brasileiro é marcado ao longo da história por uma evolução que acompanhou tendências políticas e econômicas de cada momento. E por se tratar de um dos direitos sociais, atrelados ao movimento pós-revolução industrial remete à necessidade de uma análise, também no âmbito nacional.

A saúde pública sob a ótica da era capitalista nacional, influenciada pelo capitalismo internacional, não constituía prioridade dentro da política estatal brasileira. Nesse quadro, apenas os estados de epidemias e endemias que afetavam o país, recebiam atenção da área econômica e social do modelo adotado (AGUIAR, 2011).

Até o final do século XIX, o trabalhador assalariado do Brasil não possuía qualquer direito que lhe amparasse quando se encontrava impedido de trabalhar. Não existiam hospitais públicos, apenas entidades filantrópicas, mantidas por contribuições e auxílios governamentais.

A assistência à saúde passou a desenvolver-se a partir da evolução da previdência social, porém, com ênfase na medicina curativa e lucrativa, serviços esses adquiridos de cunho privado. Na mesma época, consolidou-se a dicotomia entre as ações preventivas e de caráter coletivo e as ações curativas de caráter individual, sendo a primeira de responsabilidade do Estado e a segunda, cuidada pela Previdência Social e Medicina Liberal. (AGUIAR, 2011).

O perfil sanitário do Brasil colonial e imperial foi caracterizado pelas assustadoras doenças endêmicas e epidêmicas tais como, tuberculose, hanseníase, malária, entre outras. Nesse momento ainda não se pode falar em política pública de saúde. Eram apenas tomadas medidas que visavam amenizar as moléstias de saúde que afetavam as altas produções econômicas e do comércio internacional (AGUIAR, 2011).

A assistência médica, advinda raramente da Europa, limitava-se às classes dominantes, basicamente constituídas pelos coronéis do engenho e do café e seus agregados.

Encerrado esse período, marcado pelo término da monarquia, a sociedade Brasileira inicia a organização de seu Estado moderno, portanto, a Primeira República.

Dentre outros fatores importantes, daremos relevância à situação da saúde, a qual apresentava o mesmo panorama do período anterior. Predominavam as doenças endêmicas e as condições de saneamento básico eram precárias. As ações e programas de saúde visavam o controle dessas doenças e as de saneamento e infra-estrutura eram realizadas, a priori, nos espaços de circulação de pessoas e mercadorias (AGUIAR, 2011).

Em 1920, esse modelo adotado por Oswaldo Cruz deu vez a nova gestão de Carlos Chagas, o qual iniciou a implantação de programas de propaganda e educação sanitária, com vistas a promover a prevenção de doenças junto à população. Nessa ocasião:

Observa-se nesse período o nascimento da saúde pública, cujo modelo de intervenção chamado de sanitarismo campanhista estrutura-se sob a influência dos saberes fundamentados pela bacteriologia, contrapondo-se à concepção tradicional baseada na teoria miasmas que era utilizada para explicar o processo saúde-doença. Por outro lado surge a Previdência Social que vai incorporar a assistência médica aos trabalhadores como uma de suas atribuições a partir de contribuição com as Caixas de Aposentadorias e Pensões (AGUIAR, 2011, p. 21).

Esse cenário acontece em 1923, quando o governo preocupado com a insatisfação do operariado urbano, regulamentou a Lei Eloi Chaves, que dispunha da criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões. Foi a primeira vez que o Estado criou um mecanismo destinado a garantir alguma assistência ao trabalhador.

A partir de 1930, inicia-se uma nova fase, as oligarquias perdem sua hegemonia, dando início a revolução de 1930, sob o comando de Getúlio Vargas. Na época foi promovida uma ampla reforma administrativa, econômica e política que culminou com a Constituição de 1934, iniciando-se o governo constitucional até 1937 e a ditadura do Estado Novo de 1937 a 1945 (AGUIAR, 2011).

Esta fase foi marcada por uma forte centralização política e participação do Estado nas políticas públicas populistas, característica do governo Vargas. A economia cede grande investimento no setor industrial e urbano, o Estado como Regulador das políticas e da relação capital- trabalho estabelece o salário mínimo e promulga algumas leis trabalhistas.

Foram criados em várias empresas e indústrias os Institutos de Aposentadorias e Pensões, os quais eram organizados por categorias profissionais, considerados marco na medicina previdenciária do país (PERES, 1998). Esses institutos, que eram geridos gradativamente pelo Estado tinham seu financiamento tripartite, sendo, empregados, empregadores e Estado.

O período de 1945 a 1964 caracterizou-se pela crise do regime Vargas e pela tentativa de implantação de um projeto de desenvolvimento econômico industrial. No país as condições de saúde da população pioravam e surgiam propostas por parte dos movimentos sociais reivindicando reformas de bases imediatas (PERES, 1998).

Nesse contexto, a saúde pública obtém modestas conquistas de forma paliativas, sob influência dos padrões americanos de saúde, foram construídos grandes hospitais, sendo colocadas em segundo plano as políticas de saúde pública, como a construção de postos de saúde e ambulatórios. Situação esta que serviu como forte tendência para implantação de serviços médicos particulares, ampliando o modelo médico – assistencial.

Já em 1975, a crise do setor saúde foi discutida na V Conferência Nacional de Saúde, levantadas questões de má distribuição, insuficiência, ineficácia e falta de gestão dos serviços de saúde. Nessa ocasião o Governo propõe a criação de um sistema Nacional de Saúde através da lei 6.229, que define as atribuições dos diversos ministérios envolvidos na saúde, bem como as atribuições das esferas federal, estadual e municipal.

Já em 1977, efetivou-se uma nova reordenação burocrática e administrativa no sistema de saúde, ocorreu à unificação dos Institutos Assistenciais,

com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. Encarregado da prestação de assistência médica individual e curativa por meio de serviços contratados e conveniados aos trabalhadores urbanos e rurais. Esse fato dificultou ainda mais o controle do orçamento previdenciário, haja vista ausência de fiscalização (PERES, 1998).

Surge então uma crise no setor de saúde brasileiro, os Institutos não dispunham mais dos recursos necessários para manter a assistência médica nem as aposentadorias e pensões. Portanto, os recursos da Previdência não eram mais suficientes para cobrir os gastos com assistência médica.

No início da década de 80, junto a esse fator ocorreu à crise econômica no Brasil, e a população começava a se organizar e lutar pela democratização do país, exigindo que o governo reconhecesse a necessidade de mudar o sistema de saúde que só era, até então, assegurada aos contribuintes da Previdência Social. E buscasse soluções para os problemas de saúde.

No Brasil em 1986, a tônica era a saúde. Nesse cenário de redemocratização da sociedade, a sociedade e as diversas entidades e movimentos sociais se mobilizavam a participar do processo de discussão da nova Carta Constitucional.

E em meio a estas propostas de Reforma, reuniram-se em Brasília mais de quatro mil delegados de todas as regiões e classes sociais, para um marco que foi a Oitava Conferência Nacional de Saúde, com esta ampla participação, discutiu-se a situação da saúde no país, sendo aprovado um relatório com recomendações de descentralização, participação popular e eficiência da gestão local.

Uma proposta de reforma que visava reorientar o sistema de saúde e implantar o Sistema Único de Saúde – SUS, que seria posteriormente regulamentado e implantado pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 8.080 de 1990.

Desta feita, observa-se no Brasil que a saúde pública passou por diversas fases, marcadas por lutas e reivindicações para tornar-se hoje um direito fundamental, instituído na Constituição da República. Não obstante, antes de prosseguir ao ponto judicialização das políticas públicas de saúde, faz-se necessário entender o conceito de saúde, bem como sua devida importância dada no art. 5. da Constituição Federal de 1988, já que foi nela onde se definiram os conceitos que vêm norteando as ações de saúde na atualidade.

1.3 CONCEITO DE SAÚDE

Um dos primeiros conceitos de saúde foi estabelecido por Christopher Boorse no ano de 1977, que a definiu como “a simples ausência de doença” (BOORSE *apud* FILHO, 2002, p. 02).

O estudioso, baseado na teoria saúde-doença, enfrentou inúmeras críticas, no entanto, este conceito constituiu importante ponto de partida para uma reflexão sobre a complexidade da saúde humana.

Todavia, atualmente a definição mais citada compete aquela atribuída pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que trouxe uma definição de saúde que incluiria fatores como alimentação, atividade física e acesso ao sistema de saúde.

Em 1948, a Organização Mundial de Saúde define saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidade ou invalidez” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p. 10).

Salienta-se que tal conceituação destaca a relação entre saúde e cidadania, estendendo o campo da saúde para outras esferas que transponham as biológicas, levando em consideração os determinantes sociais do adoecimento (PIOVESAN, 2012).

Entende-se também, que este conceito apresentado pela OMS, vigorar de forma genérica, haja vista que o estado de saúde é resultado de um processo complexo e dinâmico que se produz na sociedade.

É difícil medir o nível de saúde da população, isso porque as pessoas não permanecem constantemente em completo bem-estar. Também, porque os níveis de bem-estar dependem de inúmeras variáveis existentes no ambiente sócio-econômico, físico, mental e social do indivíduo. Esses fatores podem interferir de forma considerável nos níveis de saúde individual e coletiva (KAWAMOTO, 2004).

Os fatores sócio-econômicos devem ser considerados quando, os grupos populacionais economicamente privilegiados estão menos sujeitos a ação dos fatores ambientais que estimulam a ocorrência de doenças, cuja incidência é mais elevada nos grupos economicamente desprivilegiados.

Quanto aos fatores sócio-políticos devem-se considerar as decisões políticas, a participação consentida do cidadão, participação efetiva da comunidade

nas políticas públicas de saúde, a transparência das ações, bem como o acesso as informações que interessem a saúde da população (KAWAMOTO, 2004).

Nesse sentido devem ser observados os fatores sócio-culturais, que se referem à possível alienação do cidadão em relação aos seus direitos e deveres, e a transferência de suas responsabilidades de interesse social para os governantes.

Por conseguinte, os fatores psicossociais, relacionados à marginalidade, ausência de relações familiares estáveis, condições de trabalho extenuantes ou estressantes, e fatores gerados pela instabilidade econômica, social e pessoal comuns nos grandes centros urbanos (KAWAMOTO, 2004).

Contudo, ensina Sueli Ganfolfi Dallari,

Atualmente, a saúde não tem apenas um aspecto individual que respeita apenas a pessoa. Não basta que sejam colocados à disposição dos indivíduos todos os meios para promoção, manutenção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contrato dos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde "pública" tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. (1998, p.327).

Nesse contexto, há que se destacar que o direito à saúde não abrange apenas a assistência médico-hospitalar, limitado os pressupostos de oferta de procedimentos e medicamentos. Implica entender que ao Estado não cabe apenas promover medidas curativas com ofertas de procedimentos e medicamentos, mas também de oferecer as ações preventivas como políticas de saneamento básico, vigilância sanitária, desenvolvimento de áreas de lazer, até mesmo segurança pública.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL

2.1 O Direito a Saúde na Constituição da República de 1988 e à Dignidade da Pessoa Humana

O marco histórico relacionado aos direitos fundamentais no Brasil ocorreu com o advento da Constituição da República de 1988, foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, esta que passou a ser de maneira explícita direito fundamental.

De acordo com Sueli Dallari (1995), “Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988”.

A mesma, por sua vez, está intimamente ligada ao princípio da dignidade humana. Tal princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República.

A dignidade da pessoa humana vem reconhecida desde 1948, no artigo I da Declaração Universal dos Direitos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A dignidade é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, que se manifesta no gozo da própria vida e que traz consigo a pretensão de não prejudicar ninguém, considerando um mínimo invulnerável que deve ser assegurado em todo estatuto jurídico (MORAES, 2007).

No mais, devido à dignidade está fundamentada ao direito à vida, no direito de viver. Ela abrange a existência biológica e física, pressupostos para utilização de todos os direitos fundamentais. Essa proteção abrange à vida individual, não apenas à vida humana em geral (SARLET, 2009).

A saúde, por sua vez, é componente da vida, o bem principal do ser humano, e com esta nasceria à dignidade. O direito a vida, está amparado no caput do artigo 5º da Constituição da República: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

Assim, presume-se, que o ser humano ao ter uma vida honesta, sem sacrifícios, contempla a dignidade humana, princípio base da saúde.

Com efeito, ensina Lidiane Leão,

A Constituição Republicana não só contemplou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, garantindo uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria (p.07, 2008)

Portanto, o direito à saúde na Constituição da República de 1988 ficou configurado tanto como um direito fundamental, como um direito que recebeu destaque, pois para o cumprimento dele foram estabelecidos princípios a serem seguidos na construção e execução das políticas públicas de saúde (LEÃO, 2008).

Não se pode falar em concretização de direitos fundamentais se o Estado, que os contemplou em sua Carta Magna, não planejar e implementar políticas públicas eficazes.

Em suma, complementa Ingo Sarlet (2004, p.84) “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Em seu artigo 6º a Constituição determina a saúde como um direito social. E o conteúdo implícito desta disposição pode ser visto como o atendimento médico, o atendimento hospitalar, o atendimento fisioterápico, a realização de exames, o tratamento necessário e eficaz, bem como o acesso a assistência farmacêutica.

Nesse sentido, tem-se a saúde, especialmente, regulamentada no art. 196 da Constituição da República de 1988, conforme segue:

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

Fica assinalado, portanto, que saúde é direito de todos, indistintamente, constituindo-se em dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, observado o papel de Cada esfera dos poderes.

O poder Legislativo, apto a legislar e conceber o orçamento; o Executivo, oferecendo os serviços de saúde pública e promoção de políticas públicas, bem como o fornecimento de medicamentos, por fim o Poder Judiciário, ao qual cabe a

administração da justiça, mediante a aplicação das normas e neste novo contexto a judicialização da saúde.

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema e das polícias de saúde pública, reconhecendo a saúde como direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário.

2.2 Lei 8.080 DE 1990 e Outras Providências Legais

As diretrizes, princípios e as competências administrativas do Poder Público, ao que diz respeito do direito a saúde estão contidos, principalmente, na Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Para essa lei, 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, entre outros, são fatores condicionantes e determinantes da saúde, contemplados em seu art. 3º.

Em seu artigo 4º, por sua vez, explicita que o sistema de saúde compreende “o conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, de administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público”, incluída a participação da iniciativa privada de modo complementar.

No mais, cabe citar alguns dos conjuntos de ações e serviços que dispõe sobre a atuação do SUS, referidos na Lei 8.080:

[...] Atividades dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, voltadas para a promoção da saúde e prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação de agravos e doenças;
Serviços prestados no âmbito ambulatorial, hospitalar e nas unidades de apoio diagnóstico e terapêutico geridos pelos governos (quer seja pelo governo federal, quer seja pelos governos estaduais ou municipais), bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar;
Ações de distintas complexidades e custos, que variam desde a aplicação de vacinas e consultas médicas nas clínicas básicas até cirurgias cardiovasculares e transplantes;
Instituições públicas voltadas para o controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos para a saúde [...].

A fim de complementar o estudo infraconstitucional do direito à saúde é válido citar algumas Legislações e Normatizações do SUS.

A Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990 – Lei orgânica do SUS, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. A Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

As ações e prestações de saúde são estabelecidos por uma rede devidamente organizada que constituem um sistema único.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 29, de setembro de 2000, que altera e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Com a emenda ficou previsto que o orçamento federal para a saúde teria reajustes automáticos conforme variação nos índices de valor.

Assim, Estados e Municípios devem aplicar imediatamente 7%, no mínimo de seus recursos, devendo chegar a 12% (doze) para os Estados e 15% (quinze) para os Municípios. Os objetivos dessa emenda são estabilizar e ampliar os recursos, comprometendo todos os entes com o financiamento público.

Contudo, destaca-se que os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, tem um conteúdo de relevância protetiva do direito à saúde e suas interpretações tem motivado o crescente número de demandas judiciais. Em um país de dimensões geográficas continentais como o Brasil, cujos recursos financeiros são escassos para abranger com plenitude todos direitos fundamentais, são comuns os debates e demandas.

2.3 SUS – Sistema Único de Saúde

2.3.1 Conceito

O Sistema Único de Saúde é um modelo de ação social integrada e descentralizada de matiz constitucional, que visa um novo ordenamento dos serviços e ações das políticas públicas de saúde. Esse sistema não é similar nem substituto de qualquer outra organização política e organizacional já existente no Brasil (DALLARI, 2008).

O texto constitucional, já mencionado anteriormente, deixa bem claro a concepção do SUS, baseado em um modelo de saúde voltado para as demandas da população, resgatando o compromisso do Estado com o “bem-estar Social”, principalmente ao que se refere à saúde coletiva e a cidadania (AGUIAR, 2011).

Ele é um sistema único porque segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo território nacional, sob a responsabilidade das três esferas de Governo: Federal, Estadual e Municipal. É um conjunto de ações, serviços e unidades que se integram visando atividades de promoção, proteção e recuperação (KAWAMOTO, 2004).

E nesse sentido, o conceito do Sistema Único de Saúde é obtido na legislação ordinária como sendo:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. (Lei 8.080/90, art. 4º).

A população deve ter acesso à rede do SUS através dos serviços de atenção primária, que correspondem à promoção da saúde, e precisam estar aptos para acolher, atender e resolver as principais necessidades do cidadão. As necessidades que não forem ou não puderem ser resolvidas deverão ser encaminhadas aos serviços de média e alta complexidade, que correspondem à proteção e recuperação da saúde.

Ressaltam-se, ainda, as seguintes determinações:

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (Lei 8.080/90, art. 4º).

O Sistema Único é representado como símbolo da saúde na área da Administração Pública, e esta se ver obrigada a cuidar de tudo aquilo que possa ser considerado como fatores que condicionam e interferem com a saúde individual e coletiva.

2.3.2 Objetivos e atribuições

A Lei n. 8.080/90 que, em seus arts. 5º e 6º, cuidou dos objetivos e das atribuições do SUS. Esse sistema tem por objetivos a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco doença de outros agravos, o acesso universal e igualitário as ações e serviços de saúde e a prevenção, proteção e recuperação.

Com vistas à redução do risco doença e de outros agravos, o SUS deve identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde. (art. 5º Lei 8.080/90).

Em que pese o fornecimento de medicamentos, a Lei Orgânica da Saúde regulamenta ainda os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, dispõe no artigo 6º, inciso I e VI alínea "d":

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

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

Vê-se, portanto, nessa citação, a devida importância que a legislação infraconstitucional garante expressamente à assistência farmacêutica. Ponto a ser percorrido durante o trabalho.

2.3.4 Princípios doutrinários

Quanto aos princípios doutrinários que regem as políticas do SUS, destacam-se o princípio da *universalidade*, que determina atendimento a todas as pessoas, independentemente, de raça, cor, religião, moradia, emprego ou renda; o princípio da *integralidade*, que são as ações de saúde em todos os níveis: preventivos e curativos; individuais e coletivos; de baixa, média e alta complexidade; e o princípio da *equidade*, que assegura a disponibilidade de serviços de saúde consideradas as diferenças entre os grupos populacionais e indivíduos; *descentralização*, entendido como uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde; *regionalização e hierarquização* do sistema que

refere-se a forma de organização do sistema e a *participação e controle social* que garante a participação da população nas formulações das políticas. (LEI 8.080/90).

O princípio da universalidade é a garantia constitucional de acesso de todo cidadão aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer natureza. O direito à saúde vai além do acesso à assistência e farmacêutica, engloba o conjunto de políticas públicas que visam a melhoria das condições de vida da população.

A integralidade é um princípio do SUS compreendido a partir da Lei 8.080/90, “como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigido para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema”. Para que haja integralidade da assistência, se faz necessária a articulação entre a prevenção, a promoção e a recuperação no cuidado da saúde, além de ações intersetoriais para a obtenção de melhores níveis de assistência.

De acordo com o Ministério da Saúde (p.20, 1990), a equidade significa “assegurar ações e serviços de todos os níveis de acordo com a complexidade que o caso requeira, mais o cidadão onde morar, sem privilégios e sem barreiras”. O princípio da equidade assegura que a disponibilidade de serviços de saúde dê relevância às diferenças entre os grupos populacionais e indivíduos, de modo a priorizar aqueles que apresentam maior necessidade em função de situações e condições de risco.

A descentralização, considerado o princípio organizativo do SUS é compreendido como uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços entre as três esferas de governo, federal; estadual e municipal. A Lei 8.080/90 estabelece uma descentralização político-administrativa, com direção em cada esfera, com ênfase na municipalização, regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. Esse princípio deve ser considerado ainda no processo de transferência de gestão de recursos dos Estados e, especialmente dos municípios, que assumem as atribuições de promoção, ações e serviços de saúde.

O princípio da regionalização refere-se à forma de organização do sistema de saúde. Conforme a Lei Orgânica do SUS 8.080/90, visa uma apropriada distribuição de serviços para a promoção da igualdade de acesso, otimização de recursos e racionamento de gastos.

A hierarquização dita que o sistema deve organizar-se por níveis de atenção de complexidade, com fluxos assistenciais estabelecidos entre os serviços, de forma a garantir assistência integral e resolutiva à população. O acesso deve iniciar no nível da atenção básica, que deve estar qualificado para o fim, e os casos não solucionados devem ser referenciados aos demais níveis de complexidade.

Ainda de acordo com a lei 8.080/80, e com base na Constituição da República, a participação popular e das suas entidades representativas, compõe o processo de formulação das políticas públicas de saúde, do controle e de sua execução, nos diversos níveis de governo. Esse princípio implica na democratização e efetivação da construção das políticas públicas de saúde.

Assim, compete aos entes federativos, de forma compromissada e solidária, por meio de seu sistema de saúde, assegurar ao cidadão a promoção, proteção e recuperação da saúde. Cabendo a união a normatização e coordenação do sistema; aos Estados a criação de condições para que o município implemente a gestão do seu território.

2.4 Da assistência farmacêutica

Como já se acentuou, é dever do Estado assegurar aos indivíduos o direito à saúde, o qual abrange, evidentemente, a sua obrigação de fornecer medicamentos indispensáveis à vida. Portanto, é parte integrante das políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, em 1971 deu início a implantação de assistência farmacêutica no Brasil com a CEME (Central de Medicamentos), que distribuía fármacos aos mais necessitados e que não tinham condições de adquiri-los.

Porém, foi em 30 de outubro de 1998, através da portaria nº 3.916 do Ministério da saúde que o Brasil instituiu a Política Nacional de Medicamentos e definiu assistência farmacêutica:

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

Tal política dispõe que, além da acentuada utilidade dos medicamentos, a comercialização e sua produção devem se enquadrar em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais que direcionem com eficácia a segurança e a qualidade do fármaco, seguindo uma série de requisitos necessários.

E com o objetivo de promover o abastecimento de medicamentos no âmbito do SUS, o Ministério da Saúde, com amparo na legislação infraconstitucional, formulou uma lista para dispensação farmacêutica regulada e fiscalizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A lista leva em consideração diversos critérios para que sejam estabelecidos os fármacos que devam integrá-la, tais como:

[...] Art. 2º A Rename ora aprovada foi atualizada de acordo com os seguintes critérios:

I - seleção de medicamentos registrados no Brasil, em conformidade com a legislação sanitária;

II - consideração do perfil de morbimortalidade da população brasileira;

III - existência de valor terapêutico comprovado para o medicamento, com base na melhor evidência em seres humanos quanto a sua segurança, eficácia e efetividade;

V - identificação do princípio ativo por sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou na sua falta pela Denominação Comum Internacional (DCI);

VII - menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle;

VIII - menor custo por tratamento/dia e custo total do tratamento, resguardada a segurança, a eficácia e a qualidade do produto farmacêutico;

IX - consideração das seguintes características quanto às concentrações, formas farmacêuticas, esquema posológico e apresentações:

a) comodidade para a administração aos pacientes;

b) faixa etária;

c) facilidade para cálculo da dose a ser administrada; [...]

A listagem de medicamentos deve estar disponível em toda rede de atenção a saúde do Brasil, à qual foi atribuída o nome de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). É a prioritária para o tratamento das doenças mais relevantes e prevalentes no país, e serve para orientar a prescrição, padronização e abastecimento de medicamentos. A mesma tem aplicação gratuita e universal, respeitadas as diferenças regionais do país.

Em complemento, cabe ressaltar alguns desses critérios estabelecidos na Portaria GM/MS 3.916 de 30 de outubro de 1998 que dispõe:

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar

continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País. O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Para melhor organização e disponibilidade dos recursos e orçamento de cada ente federativo, foram criadas listas, dividindo a competência de cada esfera de governo.

Conforme disposto no artigo 23, inciso II da Constituição da República, “É competência comum da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência”.

Assim, a responsabilidade dos entes federativos é solidária, não podendo, portanto, nenhum se eximir da obrigação de prestações na área da saúde, inclusive, de fornecimento de medicamentos, alegando ilegitimidade.

Nesse sentido, há inclusive, Súmula Vinculante nº 04, a fim de firmar o entendimento sobre a responsabilidade solidária dos entes no que refere à prestação da saúde. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. Esta corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional tem fixado entendimento no mesmo sentido, impondo responsabilidade linear a todos os

entes federados na proteção do direito à saúde. Constante na decisão judicial do Ministro e relator Gilmar Mendes de 15 de abril de 2010.

Outra contribuição legal para a assistência farmacêutica no país é a Portaria n. 204/GM de 29 de janeiro de 2007, que regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle e dispõe, sobre os seguintes quesitos:

Art. 2º O financiamento das ações e serviços de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde.

Art. 4º Estabelecer os seguintes blocos de financiamento:

I - Atenção Básica;

II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar;

III - Vigilância em Saúde;

IV - Assistência Farmacêutica; e

V - Gestão do SUS.

Do Bloco de Assistência Farmacêutica

Art. 24. O bloco de financiamento para a Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes:

I - Componente Básico da Assistência Farmacêutica;

II - Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e

III - Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Este primeiro componente destina-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da atenção básica.

O segundo, por sua vez destina-se aos programas de saúde estratégicos, tais como controle de endemias, os anti-retrovirais, de sangue, hemoderivados e imunobiológicos.

Ademais, o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, o qual se destina para aquisição e distribuição do grupo de medicamentos de custo elevado, conforme critérios estabelecidos e regulamentados atualmente pela Portaria n. 2577, de 2006.

Em conformidade, o Município responsabiliza-se pela aquisição dos “medicamentos essenciais”, de acordo com o RENAME, assegurando o atendimento básico à saúde e os Estados, por sua vez, incumbidos de prestar a distribuição dos medicamentos excepcionais, em consonância com a portaria supracitada.

Ressalta-se, face à taxatividade da legislação constitucional e infralegal que a saúde é direito e dever fundamental do Estado. A complexidade do sistema que lhe é peculiar, e de tamanha relevância reforça as expressivas e numerosas demandas intentadas no Poder Judiciário debatendo o caráter prestacional de tal direito, mormente no que tange à distribuição de medicamentos, cuja disciplina será abordada em separado no capítulo posterior.

3 A JUDICIALIZAÇÃO E AS AÇÕES PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A judicialização do direito à saúde, aqui compreendida a assistência farmacêutica, gera questões pertinentes no âmbito constitucional e da Administração Pública e assume um papel marcante na atualidade.

Isso porque, não é raro um usuário do sistema precisar de um medicamento o qual esteja em falta no serviço público; ou que não estar sendo fornecido pelo Sistema Único de Saúde ou ainda por não adquiri-lo devidas condições financeiras próprias.

Com fulcro de buscar a satisfação desse direito fundamental, ou melhor, a cessação da violação desses direitos, a população busca no Judiciário o cumprimento desse bem jurídico.

Em contrapartida, esse fato traz consigo um grande embate, isso porque quando o Estado fornece de forma indiscriminada, um medicamento, por exemplo, que não conste na relação proposta pelas políticas de saúde, acaba por acarretar impacto financeiro no âmbito das secretarias de saúde, conseqüentemente no orçamento público, como esse fulcro.

A discussão em tela já se arrasta por vários anos, como aponta uma pesquisa realizada por Vieira e Zucchi no ano de 2007, e demonstra que:

Das ações propostas contra o município de São Paulo, em 2005, visando ao fornecimento de medicamentos, constatou-se que, dos medicamentos solicitados, 62% fazem parte da lista de medicamentos do SUS, 28% possuem substitutos na lista do SUS e apenas 10% não fazem parte nem possuem substitutos na lista do SUS. Estes, por serem, geralmente, de alto custo, foram equivalentes a mais de 75% do gasto total com a aquisição de medicamentos em decorrência de ações judiciais (2007, p.05).

É difícil estabelecer critérios fixos a determinar a essencialidade dos serviços de saúde. Principalmente quando se trata de fornecimento de medicação, pois é necessário empreender um juízo específico, sobre o quanto poderá ser disponibilizado e o potencial de necessidade do beneficiado.

Segundo Cláudia Callucci (2009, p. 03), em uma reportagem disponível no jornal Folha de São Paulo, constatou que “Entre 2003 e 2009, o Ministério da

Saúde respondeu a 5.323 demandas judiciais com solicitações de medicamentos, o que provocou um gasto de R\$ 159, 03 milhões aos cofres públicos [...]”.

Ainda sob essa ótica, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apontou dados recentemente publicados, e constam as seguintes informações:

União, Estados e municípios têm respondido a uma avalanche de ações para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não listados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que tem afetado os cofres públicos. Só para o governo federal, o impacto de uma derrota em todos os processos seria de R\$ 3,93 bilhões - o equivalente a 4% do orçamento deste ano do Ministério da Saúde (cerca de R\$ 106 bilhões). O valor está no anexo "Riscos Fiscais" da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) - Lei nº 12.919, de dezembro de 2013 .

De acordo com o mesmo artigo, em todo Brasil, cerca de 25,7 mil ações foram ingressadas para obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde contra o Estado e foram proferidas neste mesmo ano uma média de 18 mil decisões judiciais divulgadas pela Advocacia- Geral da União (AGU), incluindo tratamentos de saúde, e tendo como parte o governo federal

Neste contexto, a realidade brasileira das demandas por esta espécie de direito, merece ser norteadada, reiterar-se, pela dignidade humana, pois é fundamento garantido na Carta Magna. E o cidadão deve ter garantido os meios necessários para se levar uma vida digna.

Dessa forma o fornecimento de medicamentos por via judicial esbarra-se em um complexo fenômeno chamado Judicialização da Política, o qual já foi estudado por renomados doutrinadores do âmbito jurídico e será melhor discutido a seguir.

3.1 Considerações Acerca da Judicialização da Política

Para se firmar um conceito de direitos fundamentais, dentro de uma concepção de democracia pautada no bem comum e na cidadania, o Poder Judiciário acaba por assumir um papel decisivo, na medida em que representa o espaço público de participação democrática, principalmente após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual permitiu uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias desse poder.

A crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política, reflete diretamente nas relações entre Estado e sociedade civil, permitindo maior participação da população ao Poder Judiciário, haja vista maior abertura e acesso às demandas individuais e coletivas (VERBICARO, 2008)..

E no Brasil, a partir da Constituição da República, como consequência desses fatores, observou-se também uma expressiva inserção do Poder Judiciário em questões essencialmente políticas, o que se convencionou denominar, mesmo no âmbito internacional como judicialização da política.

Vários foram os conceitos atribuídos a judicialização da política, Torbjörn Vallinder, que conceituou a expressão, apontou as duas mais notáveis. A primeira, e mais difundida foi denominada *from without*, “que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição” (VALLINDER *apud* CARVALHO, 2004, p. 116).

O conceito de *from without* resultaria da atuação dos tribunais por meio da revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo, baseada na Constituição, avaliando-se uma ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos. Representando uma expansão do poder dos tribunais ou dos juízes em detrimento da esfera política ou administrativa.

A segunda, *from within*, “é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam” (VALLINDER *apud* CARVALHO, 2004, p. 116).

Esse conceito se daria através da introdução ou expansão dos métodos de tomada de decisão utilizados pelos tribunais para fora da esfera propriamente judicial. Em outras palavras, pode-se dizer que a judicialização da política corresponde a expansão do poder judicial e decorre da relação entre direito e política (BORGES, 2009).

No contexto brasileiro, dentre as condições propiciadoras ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição da República de 1988; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a modificação da base econômica do Brasil e a ineficiência das instituições políticas.

O advento da Constituição da República trouxe significativas mudanças ao direito. Segundo Loiane Verbicaro (2008, p. 393) “este fato atribuiu crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito”.

Fatores como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, o reconhecimento de direitos individuais e sociais, foram contemplados como garantias de proteção jurídica. Essas amplas garantias de cunho individual, social e democrático, resguardaram aos indivíduos uma proteção estatal, bem como a possibilidade de apelar para o Judiciário o cumprimento de seus direitos, quando lesados.

Quanto à ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a resolver conflitos no âmbito constitucional através do controle de constitucionalidade dos atos normativos, apresentou posição de destaque para efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e condição para o surgimento da judicialização da política no Brasil (VERBICARO, 2008).

Outro fator propiciador e facilitador do fenômeno judicialização, foi à mutação da base econômica do país, fato já discorrido anteriormente, onde as classes dominantes da década de 40 migraram de forma relevante para a sociedade industrializada, influenciada pela concepção capitalista. Nesse sentido, esse novo modelo do Estado brasileiro, construído em bases instáveis, viabilizou uma desestruturação social pela precariedade de políticas públicas e crescentes crises e conflitos sociais. Tais conseqüências refletiram, portanto, na demanda por justiça na sociedade brasileira (VERBICARO, 2008).

O último ponto a ser exposto, diz respeito à crescente ineficácia do sistema político na implementação de políticas públicas, esse fato refere-se à incapacidade dessas instituições dar provimento às demandas sociais. Seja pela insuficiência de recursos as questões que agregam altos custos, seja pela inércia dos entes políticos, o Judiciário acaba abrigado a interferir nesses conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político (CARVALHO, 2004).

Esses fatores, ora apresentados acabam por gerar reflexos na população, fato que os levam a buscar ainda mais o seu papel de cidadania e inclusão social. E resulta no fenômeno do Judiciário adquirir novas atribuições e responsabilidades, com o intuito de proporcionar uma via de acesso nas instâncias de poder a esses cidadãos.

E o resultado desses reflexos, seja ele a complexa idéia de Judicialização da Política, vem sendo estudado por vários autores no Brasil, e destaca-se o estudo de caráter divergente de Rogério Arantes e de Werneck Vianna. Nesse sentido, ensina o autor,

O Judiciário, assim, não substituiria a política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder “consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio. (VIANNA, 1999, p. 258).

Dessa forma, a expressão foi ganhando o debate público e doutrinário, com isso, adquiriu vários usos e sentidos, por vezes contraditórios. E dentre doutrinadores que também esboçaram um estudo acerca da Judicialização, agora no caso específico das Políticas Públicas de Saúde no Brasil, além de Vianna, destacam-se os seguintes posicionamentos:

Para Ingo Sarlet, ao se tratar de direitos fundamentais, no caso em tela a saúde representa:

[...] a presunção a favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, de tal sorte, o pleno exercício dos direitos [...] (2007, p. 254).

Sob esse posicionamento, o direito à vida e à saúde como princípio fundamental, devem ser obrigatoriamente observado pelo Estado, independente de quaisquer condicionantes. Os doutrinadores entendem tratar-se de um direito inegável e universal, não havendo como se estabelecer reservas para o direito à saúde.

Outro posicionamento, defendido por Ana Paula de Barcellos, visualiza o fornecimento de determinado medicamento ou tratamento não disponível no SUS, de forma mais cautelosa e criteriosa.

Sob esse prisma, a autora questiona a competência do Poder Judiciário para intervir em questões que fogem a sua alçada. Para ela, é delicada a questão dos juízes poderem intervir no mérito administrativo, ou seja, na escolha feita pelo administrador público sobre os medicamentos que seriam distribuídos e sobre a verba destinada para a saúde, sob pena de ferir, por exemplo, o princípio constitucional da separação dos poderes (BARCELLOS, 2008).

Sob esse ponto de vista, entende-se que o Poder Judiciário não dispõe de informações técnicas suficientes para decidir essas questões, o executivo por sua vez teria um vasto corpo técnico que abalizam políticas públicas, porém não tem legitimidade política. Esses doutrinadores questionam a competência do magistrado para intervir em questões que fogem a sua alçada (RAMOS, 2010).

Portanto, em meio a esse embate doutrinário, ao qual será difícil tecer conclusões, tampouco esgotar-se-á assunto. Serão feitas algumas considerações a respeito deste direito fundamental que é à saúde, entrelaçado a judicialização.

3.2 Fatores Relevantes ao Fornecimento de Medicamentos Por Via Judicial

3.2.1 separação dos poderes

Ao retomar o texto do art. 2º da Constituição da República: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A finalidade da divisão tripartite das funções ocorre para que o Estado não concentre demasiado poder a ponto de colocar em risco direitos, garantias e liberdades individuais.

Ocorre também para que um poder não se sobreponha a outro, foram, portanto, pensadas algumas medidas que, em conjunto, a doutrina tem chamado de sistema de freios e contrapesos.

O Poder Legislativo exerce a função de criar normas gerais e abstratas que entrarão em vigor no nosso ordenamento jurídico. Bem como, cabe a esse Poder o importante privilégio de inovar as normas jurídicas (HARADA, 2007).

O Poder Executivo é aquele encarregado de aplicar as leis e administrar os negócios públicos, isto é, governar, bem como planejar as políticas públicas e a prestação de serviços essenciais, ainda uma competência ímpar que seria a inovação dessas normas, fato que foge a alçada dos demais poderes (HARADA, 2007).

Já o Poder Judiciário é aquele voltado para a administração da justiça, mediante aplicação das hipóteses legais aos conflitos de interesses existentes em concreto, objetivando a sua composição de forma imparcial. Não participa do processo legislativo, mas cabe-lhe a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis, deixando-as de aplicar nestes casos (HARADA, 2007).

No entanto, a competência do Poder Judiciário, parte-se da premissa que muito já se estudou sobre o papel do juiz como intérprete do Direito ou também como seu criador.

Num primeiro momento, entre os séculos XVIII e XIX, a atividade do juiz era tida como a de mero aplicador da lei ou “boca da lei”, sem espaço para criações fora daquilo que não estivesse previsto pelo Direito (BONFATE, 2009).

Já, com a expansão do papel do Poder Judiciário no século XX, o papel dos juízes se modificou, passando a se reconhecer que na interpretação do Direito está implícito certo grau de discricionariedade. Com esse entendimento, as lacunas existentes na lei devem ser preenchidas pelos juízes.

Segundo Bonfate (2009), com essa transformação do Estado, do Direito e com a conseqüente adoção de normas cada vez mais abertas, verifica-se uma transferência de atribuições entre os poderes. Se antes era ao Legislativo que cumpria a detalhada previsão normativa de regras fechadas e inflexíveis, de modo que era dispensável qualquer atividade do julgador, agora, atribui-se a este o papel de uma atuação intelectual maior do Poder Judiciário, que considere aspectos valorativos e políticos concernentes a cada caso que configura a lide no direito.

Como exposto anteriormente, dentre outros fatores, foi justamente sob essa nova estrutura do Estado Republicano, que a teoria da separação dos poderes passou a ser interpretada de maneira mais flexível, devendo o Judiciário zelar não só pelas liberdades individuais, mas também garantir os direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nesse sentido, relembra-se o posicionamento de Werneck Viana:

O Judiciário, assim, não substituiria à política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio (1999, p. 258).

Sob esse prisma, o poder judiciário, ao determinar, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde específicos, não fere o princípio da separação dos poderes, pois não invade a esfera de atuação do poder executivo, mas apenas impõe ao mesmo o cumprimento de uma obrigação já estipulada pela lei e pela própria Constituição.

Nessa linha, é inegável que o Poder Judiciário tem um papel mais relevante e ativo no seio da sociedade.

Entretanto, Ana Paula de Barcellos, questiona se o princípio da separação dos poderes pode ser tido como obstáculo ao conhecimento e ao deferimento de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público, com fundamento nos princípios ligados à dignidade humana. A mesma autora elenca os seguintes argumentos:

O judiciário estaria invadindo competência do Legislativo e do Executivo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os poderes; apenas o executivo e o legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos etc., atributo que não caberia ao Poder Judiciário, a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que os recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas etc. (2008, p. 239).

Isso porque, não há dúvida de que, quando o Judiciário concretiza determinado comando constitucional negligenciado pelo administrador, observa-se uma espécie de interferência de um poder em detrimento de outro.

Apesar das colocações, que se mostraram por vezes, tratar-se de preocupações, a autora deixa claro que a não satisfação ou a violação ao princípio da dignidade humana, abre margem para que se exija judicialmente a prestação equivalente (BARCELLOS, 2008).

Contudo, sustenta-se o posicionamento que o Judiciário tem a obrigação de garantir os direitos sociais assegurados constitucionalmente, refutando os obstáculos que impedem o desenvolvimento das políticas públicas, no entanto, devam ser atendidos com cautela pelo Poder do Judiciário, uma vez que há dúvidas quanto à aptidão dos magistrados para enfrentar questão de cunho, a princípio administrativo.

Em se tratando do fornecimento de medicamentos, deve-se atentar para o texto do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República de 1988, o qual define que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

E a efetividade e concretização desse direito são entendidas por Lidiane Leão da seguinte forma:

[...] entendo que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata conforme prescreve o § 1º, do art. 5º da CF/88, e que, portanto, pode-se dizer que referido direito gera para o cidadão (individualmente) o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, junto ao Estado, o custeio de um tratamento médico hospitalar na rede pública ou mesmo o fornecimento de medicamentos gratuitamente (2008, p.18).

Com base na legislação vigente, este dispositivo traz questões de relevante valor, pois o direito à saúde é um direito fundamental e deveria ter aplicabilidade imediata, porém, a cada dia que passa, a sociedade se encontra mais carente de medicamentos básicos. Seja pela deficiência da sociedade brasileira reivindicar seus direitos, por meio da seguridade social, seja pela deficiência do Estado custear toda e qualquer prestação de saúde, considerando o vasto rol de tratamentos, procedimentos e medicamentos cada vez mais sofisticados, acaba por buscar no magistrado a solução para esses conflitos.

Com fulcro nessas deficiências temos que:

Essa busca ao Judiciário, mesmo em meio às dificuldades, vem demonstrando que os indivíduos o provocam visando alterar as políticas pública de saúde em seu benefício e, nesse aspecto, as decisões judiciais que deferem o fornecimento dos medicamentos produzem bons resultados, já que ocorre a efetivação do direito individual mediante a utilização de meios processuais.

Todavia, a solução individualizada de uma situação, que deveria ser tratada de forma coletiva, alocação de recursos e fornecimento de medicamentos, e pelos órgãos competentes, acaba por realizar justiça para o caso concreto, desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (BORGES, 2009).

Conforme aponta Lidiane Leão,

O juiz quando concede uma prestação específica a um cidadão individual, o fornecimento de medicamento, não está implementando uma política pública que tem a finalidade de atender uma coletividade. No entanto, mesmo nas hipóteses de pedidos individuais, as decisões devem pautar-se pelo razoável e possível. O direito social à saúde há de ser ponderado especificamente de acordo com o caso concreto. Tal juízo de ponderação vai variar de acordo com a opção política de quem decide e da sua eleição de prioridades (1998, p.09).

O que se sabe é que a realização do direito à saúde integra um dos programas políticos a serem concretizados pelo Estado e, nesse sentido, a omissão deste acaba gerando uma série de demandas judiciais, pois se, de um lado, há o

dever do Estado de construir uma sociedade justa, desenvolvida, com redução de desigualdades e promoção do bem de todos; de outro, o Judiciário deve conhecer de todas as ameaças e violações de direito, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo legítima sua atuação para intervir em políticas públicas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assista a todas as pessoas – representa conseqüência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua proteção no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda por censurável omissão, em grave comportamento institucional (2007, p. 05).

Importante, também mencionar a decisão monocrática nos autos da Suspensão de Segurança n. 3158, proferida pela Ministra Ellen Gracie, em 21 de maio de 2007:

[...] Assim, diante da hipossuficiência econômica da impetrante, da necessidade de tratamento contínuo da doença que a acomete e da natureza e do custo dos fármacos em questão, entendo que a ausência do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente.

Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária. 6. Ante o exposto, indefiro o pedido [...]

Trata-se, em suma, de ação individual sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos que não se encontram na lista oficial organizada pelos órgãos públicos. Havia prescrição médica acentuando a necessidade do remédio para a manutenção da saúde do autor, que pode ser interpretada como eficácia do tratamento. A Administração discordava do pedido alegando, em síntese, no mérito, lesão à ordem econômica, impossibilidade da unidade da federação em arcar com os custos do medicamento imposto.

Verifica-se, então, que no entendimento dessa decisão, não há violação da discricionariedade administrativa devido a intervenção judicial que determina o fornecimento de medicamentos que não constam da relação oficial, pois segundo o julgado, o direito à saúde não pode ficar a mercê de programas de governo.

Prevaleceu a garantia fundamental e novamente se acentuou a obrigação solidária de todos os entes federativos na sua prestação.

Portanto, o que se pretende com a Judicialização da Saúde é aumentar a participação do Judiciário na garantia desse direito, não se objetiva, dessa forma transformar o juiz em profissional da saúde ou gestor público, o que se pretende é que o magistrado atue como operador do direito. Garantido o que já está previsto em nossa Carta Magna e normativas do SUS.

3.2.2 mínimo existencial x reserva do possível

Outros fatores a serem considerados, no tocante do tema, são as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

O chamado mínimo existencial teve como objetivo a possibilidade de o indivíduo garantir seu direito subjetivo contra o Poder Público quando houver diminuição da prestação de direitos básicos, garantidores da existência digna do ser humano. Essa menciona a necessidade da dignidade estar condicionada com o espaço e com o tempo do padrão socioeconômico de cada Estado (SARLET, 2007).

Em síntese, consiste nas condições materiais básicas para a existência e a dignidade da pessoa humana, condições estas que devem ser prestadas pelos poderes governamentais por força principalmente da Constituição Federal, no tocante da saúde, especialmente tendo em conta o art. 196, o qual corresponde à situação de que todas as pessoas têm acesso a todas as prestações necessárias e suficientes para preservar, manter ou restabelecer a saúde.

Conforme ensina Barcelos:

O mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso a justiça, e continua: Educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente (2008, p. 288)

Com esse entendimento, compete ao Judiciário determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana e sobre a saúde.

No Brasil, apesar desse conceito não vir expresso na Carta Magna, pode ser interpretado a partir do que consta no seu artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*”.

Não se pode deixar de efetivar os direitos sociais, no caso, à saúde, pois deve ter o mínimo para garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, cabe ao judiciário corrigir as distorções que ocorrerem contra a sociedade.

No entanto, opõe-se ao atendimento do “mínimo existencial” a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização. Essa insuficiência vem sendo mencionada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal como “reserva do possível”. É assim designada à impossibilidade financeira do Estado, no que toca a disponibilidade de recursos materiais para o eventual cumprimento de condenação do Poder Público na prestação de assistência de medicamentos.

A reserva do possível abrange três dimensões, de efetiva disponibilidade de recursos; de disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e de proporcionalidade da prestação, em especial à sua razoabilidade (SARLET, 2007).

A ótica e o argumento da reserva do possível somente deverão ser observados quando de fato o Poder Público demonstrar de forma convincente que a decisão judicial causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais.

O administrador tem a obrigação de observar as autorizações e limites constantes em leis orçamentárias, sob pena de crime de responsabilidade, sendo vedado realizar despesas que excedam o orçamento, conforme dispõe o artigo 167, II, da Constituição da República.

Para aplicação dessa teoria, deve ser considerado aquilo que é desejado, dentro do possível economicamente. Importante salientar, que se o Poder público a invocar, a fim de não cumprir sua obrigação constitucional, caberá a ele o ônus da prova que não há recursos.

Há quem defenda tese que privilegia os entes federativos, em que pese à possibilidade de se deixar de assegurar um direito fundamental, no caso à saúde, em virtude de insuficiência de recursos.

Entretanto, destacam que o julgador, ao fazê-lo, deve ter a máxima cautela e responsabilidade, analisando as provas, a prescrição médica e as alegações trazidas pela gestão responsável da negativa de prestação.

Nestes termos, o princípio da razoabilidade é mensurador fundamental para a intervenção do Judiciário em políticas públicas, pois “estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada” (GRINOVER, 2011, p.137).

O princípio da razoabilidade é considerado um critério de avaliação do ato dessa prestação, na perspectiva das conseqüências que recaiam sobre a esfera pessoal de quem foi atingido. Ficando vedada a exagerada garantia do direito fundamental, protegendo-se, por conseguinte, os direitos de outrem, constituindo-se em verdadeiro limite material para a intervenção do Judiciário em sede de políticas públicas.

Há de se reconhecer que tanto as ações individuais como as coletivas são legítimas para se questionar as políticas públicas diante do Judiciário, existindo, ainda, senão limite, uma necessidade de proposta para direcionar a intervenção do Judiciário em sede de políticas públicas na seara do direito à saúde.

Sob esse prisma, manifestou-se em o Supremo Tribunal Federal, através de Decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos da Suspensão de Tutela 378, julgado em 22 de outubro de 2008:

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

[...] é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão [...] no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portando, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

[...] Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para solução da controvérsia [...]

Contudo, existe cautela ao se falar da teoria da reserva do possível como limite para concretização do direito fundamental à saúde, uma vez que a

Constituição protege e não autorizaria a ofensa à vida e à dignidade humana, em detrimento das despesas e da organização da Administração Pública.

3.2.3 Observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS

Como já mencionado, o fornecimento de medicamentos deve observar a política nacional instituída pela portaria n° 1.555, de 30 de julho de 2013, sendo certos que os medicamentos constantes da RENAME são aqueles que todas as pessoas têm direito de receber dos órgãos do Poder Público sem a necessidade de contraprestação imediata. Isso porque está contemplado como política pública de saúde.

No entanto, ao retornar a pesquisa feita por VIEIRA e ZUCCHI (2007), onde se observou que grande parte de ações judiciais solicitando medicamentos fazem parte da lista do SUS, ou seja, constatou-se que, dos medicamentos solicitados, 62% fazem parte da lista de medicamentos do SUS, sugere-se que muitas dessas ações poderiam ter sido evitadas, caso os médicos prescritores estivessem atentos às listas de medicamentos do SUS, ou ainda se o Poder Judiciário estivesse consultado o RENAME antes de ordenar a aquisição dos medicamentos.

Pode ocorrer ainda, que o medicamento prescrito, e solicitado perante o Poder Judiciário, não conste da RENAME, mas figure na listagem de algum programa do Ministério da Saúde ou do Governo do Estado.

Tomemos como exemplo o programa de medicamentos de dispensação excepcional, cuja listagem atende aos critérios da Portaria MS 2.777, de 27 de outubro de 2006. Essa norma prevê a inclusão do denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional na Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde.

Considerando a obrigação do Estado de assegurar a saúde a todos os cidadãos e a possibilidade e intervenção do Poder Judiciário, vale destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de março 2010, que determinou que o Poder Público tem o dever de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos SUS. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, concluiu que a questão da judicialização do direito à saúde pode ocorrer não apenas por ausência de

políticas públicas, mas também pela necessidade de determinação judicial para cumprimento de políticas já existentes.

Além disso, a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Supremo Tribunal Federal trouxe algumas limitações quanto a interferência do judiciário.

Primeiramente, deve-se verificar a existência de política estatal, Protocolos Clínicos ou Listas Oficiais, que abranja a prestação pleiteada. Caso positivo, não há dúvida quanto ao direito.

Se a falta do medicamento decorre de vedação legal (por exemplo, não registrados pela ANVISA), o autor não tem direito. No entanto, se a causa da ausência de política decorrer da omissão legislativa ou administrativa a decisão de fornecer ou não aquele medicamento passa a depender de outros critérios.

Assim, nesse caso, não havendo tratamento disponível ou específico para aquela doença, impõe o ônus da prova ao autor que a pleiteou. Desse modo, o cidadão ao requerer o medicamento deve comprovar a relevância do tratamento para sua patologia, além da urgência, essencialidade e eficácia. Essa prova de ser bem fundamentada em evidências científicas disponíveis, podendo inclusive o juiz valer-se da perícia para esclarecimento e elucidação das dúvidas.

Dessa forma, não só os magistrados, mas também os advogados, defensores públicos e promotores de justiça devem estar atentos a todas as listagens de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica do SUS. Sendo indispensável que o Judiciário faça uso desta padronização ao decidir pedidos que versem sobre o fornecimento de medicamentos, verificando a adequação do medicamento pleiteado à lista de fármacos proposta pelo Ministério da Saúde (BORGES, 2009).

3.2.4 Observância do princípio ativo – presença pericial

Em alguns casos os medicamentos de alto custo são prescritos independentemente da existência, e disponibilidade no âmbito do SUS, em detrimento de outros medicamentos que podem produzir os mesmos resultados no tratamento da doença.

É relevante observar que os médicos do Brasil, rotineiramente, prescrevem medicamentos mediante a indicação do respectivo nome comercial.

Entretanto, a Lei n 9787/99, ao estabelecer o medicamento genérico e dispor sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, proibiu a prescrição pelo nome comercial, no seu art. 3º.

Dessa forma, as aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (YARYD, 2008).

Esse fato deve ser exigido em qualquer pedido judicial, uma vez que a condenação do Estado no fornecimento de medicamento prescrito pelo nome comercial pode acarretar grandes prejuízos, ao usuário e à Administração Pública, uma vez que é possível que o Poder Público disponibilize regularmente o mesmo remédio, embora ele não detenha a designação prescrita pelo fato de ter sido fabricado por laboratório diverso.

Nesse contexto, observa-se a necessidade de uma formulação de pedido baseada no princípio ativo do medicamento e, na impossibilidade desta, é imprescindível que o magistrado atente novamente para a possível presença do medicamento na listagem do Ministério da Saúde.

Nesse sentido, e com base na ponderação de direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais, e para que seja concretizado um juízo razoável nas demandas judiciais requerendo o fornecimento de medicamentos há uma necessidade de análise de elementos importantes ao adentrar-se em sua consideração de matéria técnica que vai além do conhecimento jurídico.

Pertinente ao trabalho e ao intenso debate sobre a judicialização do direito à saúde e os limites da intervenção judicial nas políticas públicas atinentes, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, fixando alguns parâmetros para solução das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde.

Dentre as recomendações constantes do inciso I da Recomendação n. 31 do CNJ, observa-se, resumidamente: a instrução das ações deve vir acompanhada de relatórios médicos que especifiquem a doença, indiquem a prescrição de medicamentos adequados; deve ser evitado o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental; os gestores deverão ser ouvidos; deve ser verificado junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas se os

requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento.

No entanto, ao analisar o teor de tais dispositivos nos leva a concluir que o âmbito do Conselho Nacional de Justiça para expedir tal ato administrativo, mostra-se incoerente, na sua competência, tendo em vista que não abrange atribuição de controle do Estado. Nesse sentido, entende-se, que não foi conferido a tal órgão a possibilidade de dispor, ainda que em sede de recomendação, parâmetros de cunho processual e material para a atividade jurisdicional.

Assim, em caráter conclusivo, faz-se imprescindível considerar e apontar os principais paradoxos que envolvem a Judicialização da Política Pública de Saúde no Brasil, discorridos no percurso do trabalho. Fatores como a Reserva do Possível; o mínimo existencial; a discricionariedade e a limitação de competência do Poder Judiciário e a limitação orçamentária do Estado determinam as divergências entre um ou todos os entes do pólo da ação.

Apesar de todos os fatores apontados, é evidente a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, devendo prevalecer a concretização do direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais encontram-se amparados na Constituição da República de 1988 e, no caso da saúde, mais especificamente no seu artigo 196, passou a ser de maneira explícita, direito fundamental social, ficando assinalado que é direito de todos, indistintamente, constituindo-se em dever do Estado assegurar o sua promoção, proteção e recuperação.

As ações e serviços de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num Sistema Único de Saúde, organizado de acordo com as diretrizes de um atendimento integral, igualitário e universal. O qual satisfaça o bem-estar e a consolidação plena do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho propôs analisar a Judicialização da Saúde, quanto ao fornecimento de medicamentos por via judicial.

E nesse contexto, há que se destacar que o direito à saúde não está resumido à assistência médico-hospitalar, o qual se limita aos pressupostos de oferta de procedimentos e medicamentos. O conceito de saúde não atinge apenas a ausência de enfermidade, mas consiste num estado de completo bem-estar físico, mental e social, nos termos da definição construída pela Organização Mundial da Saúde. Isso implica entender que ao Estado não cabe apenas promover medidas curativas com ofertas de medicamentos, mas também as políticas preventivas.

Em que pese esse dever do Estado de garantir o acesso a serviços e ações de saúde, em empreender ações positivas no sentido de viabilizar e aperfeiçoar o direito à saúde, de forma a disponibilizar tratamento médico, exames, internações, fornecimento de medicações e todos os outros serviços inerentes ao direito à saúde refletem a legitimidade da pessoa, estão ocorrendo demandas judiciais incontáveis.

Tais litígios, gerados pela insatisfação tanto individuais quanto coletivas, acabaram por desmoronar-se no Poder Judiciário, o qual muitas vezes é acionado para intervir nos impasses desta natureza, para que decida se, neste ou naquele caso, o Poder Público deveria ser obrigado a prestar o atendimento nos moldes dos pleitos formulados.

A separação dos poderes é cláusula pétrea de nossa Constituição. De fato, com a noção de freios e contrapesos, segundo o qual se entende que um Poder exerça controle sobre o outro, a fim de evitar a supremacia de um deles e garantir a democracia. Porém, pode-se afirmar que poderia o judiciário garantir a efetivação do direito a saúde, não podendo ser afastada da sua apreciação, tendo em vista sua obrigação de cumprir o disposto na Carta Magna.

Noutra senda, reserva do possível e o mínimo existencial são protagonistas nessa discussão. Haja vista, necessidade de considerar-se a interpretação da inexistência de recursos públicos para a realização do direito à saúde, bem como as condições sócio- econômicas do indivíduo em questão.

Essa competência, aqui conferida ao Poder Judiciário, com intuito de aplicabilidade a determinadas normas legais, não poderá assumir a tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial, face à inexistência de condições materiais capazes de viabilizar sua eficaz implementação.

A precipitação em querer implementar tais medidas, sem a observância de qualquer tipo de limites, pode acarretar que dada prestação social gere o efeito contrário, e inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas, para as quais já havia um prévio planejamento/orçamento. Nesse sentido, devemos estar atentos para que não haja um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processual postos pela lei à disposição da sociedade.

Contudo, é inegável que em muitos momentos o Estado, vem se mostrando ineficaz, como já mencionado, e enquanto o direito à saúde estiver sendo negligenciado pelo poder público, em virtude da não obtenção gratuita de medicamentos ou da não realização do tratamento médico necessário, o “remédio” é acionar o poder judiciário para a obtenção do direito assegurado constitucionalmente. A função jurisdicional contemporânea do Estado está vinculada à realização de todos os comandos constitucionais, ainda que isso implique, excepcionalmente, em intervenções de políticas públicas.

Dentro desse contexto, considera-se legítima a intervenção jurisdicional que visa a afastar lesão ou ameaça ao direito à saúde, ou seja, em assegurar esse direito que já é amparado e configurado no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental.

No entanto, para evitar prejuízos ao Sistema Único de Saúde que preza por políticas públicas de saúde e, conseqüentemente, à própria população, deve-se estabelecer, sempre que possíveis critérios a fim de que o magistrado ao atuar para garantir o exercício do direito à saúde deixe resguardados os princípios da universalidade, igualdade, dignidade humana e separação dos poderes, no manejo dos mecanismos processuais que viabilizam a intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público.

Deve-se atentar a quanto a esses limites do fornecimento de medicamentos, verificando a necessidade da urgência do fármaco requerido. Cumpre destacar o posicionamento e a importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STA 175) que estabilizou, de certa forma, a discussão sobre o papel do Judiciário e o direito à saúde.

Desse modo, o cidadão pode requerer pela via judicial a concretização do seu direito, pleiteando o tratamento necessário a sua patologia, comprovando além da urgência e necessidade, a eficácia da medicação. Essa prova deve ser feita com prescrição médica fundamentada com evidências científicas, podendo, inclusive, o juiz usar de perícia para esclarecimento das dúvidas que possam aparecer.

Diante do exposto, o Poder Judiciário pode intervir para garantir a efetivação do direito à saúde, não havendo qualquer violação aos princípios da Reserva do Possível, tampouco da Separação dos Poderes, pois, nesse conflito de interesses prevalece a vida e a saúde do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Zenaide Neto. **SUS antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martinari, 2011.

ALMEIDA Filho, Naomar de; Jucá, Vlândia, Richard Magregory. **Saúde como ausência de doença: crítica à teoria funcionalista de Christopher Boorse**. Ciênc. saúde coletiva. São Paulo, 2002. Disponível em: www.scielo.br> Acesso em: 19 de agosto, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFATE, Bruna. A transformação do Estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 15 de agosto, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com alterações adotadas pela Emendas Constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal – Sub Secretária de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Institui sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080> Acesso em: 11 de junho 2014.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142> Acesso em: 11 de junho 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N. 961677/SC*, Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 20 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?publicacao>> Acesso em: 25 de outubro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 378 – Relator Ministro Gilmar Mendes – julgamento de 22.10.2008. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA278.pdf>>. acesso em 29.08.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SS n. 3989-PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15.04.2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diariojustica.asp>> Acesso em: 25 de outubro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgR-STA n. 393.175-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diariojustica.asp>> Acesso em: 25 de outubro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>> Acesso em: 03 de Nov. 2014.

BORGES, Danielle da Costa Leite e UGA, Maria Alicia Dominguez. **As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial.** Rev. Direito Sanitário [online], 2009. Acesso em: 05 de junho 2014.

COLLUCI. Cláudia. **Ações por remédios caros favorecem ricos.** Fonte: Jornal Folha de São Paulo, 2009.

CARVALHO. Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, nov. 2004.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma nova disciplina: o direito sanitário.** Revista Saúde pública, São Paulo, 1988.

DALLARI. Sueli Gondolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde.** São Paulo, Editora Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Organização Jurídica do Sistema de Saúde Brasileiro. In: Saúde Pública – Bases Conceituais.** Organizadores Aristides Almeida Rocha e Chester Luiz Galvão Cesar. São Paulo: Atheneu, 2008.

HARADA, Kiyoshi. **Decadente princípio da separação dos Poderes.** Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/revista-artigo>> Acesso em 20 jun. 2014.

CONSUMIDOR. Instituto brasileiro de defesa. União prevê gasto de 3,9 bi com ações de medicamentos. Valor Econômico. <<http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-do-consumidor/unio-preve-gasto-de-r-3-9-bi-com-aces-de-medicamentos>> Acesso em 02 nov. 2014.

KAWAMOTO. Emilia Emi; Thalita Maia de Mattos. **Saúde Comunitária.** São Paulo: editora pedagógica e universitária Ltda, 2004.

LEÃO. Lidiane Nascimento. **Proteção judicial do direito à saúde: análise à luz da justiça distributiva.** Manaus. 2008. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/lidiane_nascimento_leao.pdf> Acesso em: 18 de set. de 2014.

MACHADO. Natália Gaspar. **Fornecimento de medicamentos: um conflito de competências no Poder Judiciário.** Abril, 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>> Acesso em: 22.09.2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ABC do SUS: Doutrinas e Princípios**. Brasília, 1990. Disponível em: <portal.saude.gov.br> Acesso em: 20.10.2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PERES, Laerte Aparecido. **Breve histórico das políticas de saúde deste século no Brasil. 1998**. Disponível em: <<http://www.hospvirt.org.br/enfermagem>> Acesso em: 20.07.2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, cria a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. acesso em 07 de set. 2014.

RECOMENDAÇÃO N. 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

RAMOS, Leandro Ferreira. **Fornecimento de Medicamentos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: < www.ambitojuridico.com.br/artigo> Acesso em: 15 de jul de 2014.

VERBICARO. Loiana Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV. São Paulo, dezembro de 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

YARYD. Anna Trotta. **Judicialização da Saúde: Alguns Critérios para o Fornecimento de Medicamentos**. 2008. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2009_tesecongresso2008_annatrotta_yaryd.pdf> Acesso em: 20 de maio 2014.

ZUCCHI. Paola, Fabiola Sulpino Vieira. **Demandas judiciais e assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde**. 2007. Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 05 de set. 2014.