

A PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ana Carolina de Bassi¹

RESUMO

A judicialização da saúde demonstra claramente a escassez de recursos orçamentários e a falta de uma gestão eficiente que acarreta em falhas na efetivação do direito à saúde garantido constitucionalmente. Assim, a ineficácia do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pela rede pública, indispensáveis à sobrevivência dos pacientes, provoca as demandas judiciais em face do Estado. O Poder Judiciário, em respeito aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso universal à saúde, se investe na função de executor de políticas públicas, gerando grande tensão com o Poder Executivo. O presente trabalho faz uma breve análise dos julgados das Cortes de Justiça nas demandas de medicamentos e tratamentos de saúde; aborda os conflitos e a ponderação principiológica entre os direitos fundamentais sociais, os princípios constitucionais e os princípios que norteiam os atos da administração pública, de igual hierarquia constitucional. Contudo, com o aumento exponencial destas ações judiciais, percebe-se que a jurisprudência vem apontando para a relativização do direito à saúde, ao mesmo tempo em que deve observar a dignidade da pessoa humana e a concretização do direito à uma vida digna e ao mínimo existencial.

Palavras-chave: judicialização da saúde; direitos fundamentais sociais; direito à saúde; mínimo existencial; ponderação de princípios constitucionais.

ABSTRACT

The judicialization of the right to health clearly demonstrates the shortage of budgetary resources and the lack of efficient management leading to failures in the realization of the right to health guaranteed constitutionally. Thus, the inefficiency of the medicine's supply and health treatments by the public healthcare system, indispensable for patient's survival, causes legal demands against the State. The Judiciary, regarding the principles of accessibility of jurisdictional control and universal access to health, invests itself in the function of executor of public policies, generating great tension with the Executive. The present paper makes a brief analysis of the courts of justice in the medicines and health treatments demands; addresses the conflicts and the principles balance between fundamental social rights, the constitutional principles and the principles that guide the public administration's acts, of equal constitutional hierarchy. However, with the increase of these lawsuits, the jurisprudence has been pointing to the relativization of the right to health, while at the same time observing the dignity of the human person and the realization of the right to a dignified life and the existential minimum.

Keywords: judicialization of health; right to health; fundamental social rights; existential minimum; conflicts of legal principles.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças constantes na sociedade vêm acompanhadas do avanço da tecnologia. Na área da saúde não é diferente. Surgem constantemente novos tratamentos e novos medicamentos capazes de resolver com mais eficácia e segurança os problemas de saúde da

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Opet, curso concluído em 2014. Especialista em Direito Público pela ESMAFE – Escola da Magistratura Federal do Paraná, 2016 e pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso Luiz Carlos. Endereço eletrônico: anacarolinadebassi@gmail.com

população. As políticas públicas de saúde procuram acompanhar este progresso, empenhando-se em abarcar e fornecer os tratamentos e ações para as doenças mais recorrentes da sociedade, visando inclusive sua prevenção. Contudo, há lacunas aparentemente intransponíveis que dificultam as ações sociais do Estado no que se refere ao fornecimento de saúde de maneira universal e igualitária à população, como a má gestão, limitação e escassez do orçamento público.

Assim, frente ao desabastecimento do sistema público de saúde; à demora na incorporação de medicamentos e tratamentos mais atualizados e eficazes nas listas fornecidas pelo Ministério da Saúde e da falta de dignidade no atendimento da rede pública de saúde decorrente de uma infraestrutura precária, a população acaba por socorrer-se ao Poder Judiciário na busca da efetivação de seus direitos, justificando-se a atuação judicial quando da omissão ou inércia do Estado em efetivar e concretizar os preceitos garantidos constitucionalmente.

O presente artigo procura retirar da breve análise jurisprudencial das Cortes de Justiça que versam sobre as demandas de saúde, a colisão entre os direitos que se entendem absolutos, como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana e os princípios da administração pública e os interesses do Estado. Depreende-se que a jurisprudência aponta no sentido de que os princípios podem ser objetos de harmonização e ponderação e que, sustentados pela dignidade da pessoa humana, seus valores e interesses podem ser balanceados, possibilitando sua validade simultânea.

Deste modo, a judicialização da saúde, fenômeno atual onde o Judiciário acaba atuando no papel de executor de políticas públicas, pauta-se nos princípios basilares do Sistema Único de Saúde, provendo a atenção integral em nome do seu acesso universal e igualitário, concretizando direitos sociais e garantindo o “mínimo existencial”, nos termos da Constituição Federal.

2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E NA DEFESA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A judicialização das políticas públicas em geral decorre da falta de confiança da população aos poderes constituídos e à proximidade do Poder Judiciário dos cidadãos², que podem, diretamente a ele reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais, acarretando uma sobrevalorização dos meios judiciais.³

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário garante a apreciação das demandas trazidas pelos cidadãos que se sentem violados ou ameaçados em seus direitos. O texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, deixa claro que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, ante à falta de efetividade e omissão do Poder Público, legitima-se o Poder Judiciário em ingerir-se no papel de executor de políticas públicas. Nesta seara, o Judiciário acaba por manifestar-se em questões ditas exclusivas do Poder Executivo, como: “a alocação de recursos públicos e o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera de direitos fundamentais sociais”,⁴ gerando certa tensão entre os dois poderes.

O Poder Judiciário tem como função precípua a custódia dos preceitos constitucionais. Portanto, uma vez descumpridas ou violadas as garantias fundamentais sociais previstas na Constituição Federal, cabe ao Judiciário, por meio de mecanismos de tutela individual e coletiva de direitos, restaurá-las imediatamente.⁵ Este é o entendimento de Luís Roberto BARROSO, que explica que a imperatividade das normas constitucionais torna sua aplicabilidade direta e imediata, revestida de *status* de comando e não apenas de meras sugestões, sendo, portanto, exigíveis de imediato do Poder Público. Elucida o autor:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais ou infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.⁶

Este “ativismo jurídico”, no que se refere à defesa dos preceitos constitucionais, segundo Gustavo AMARAL, é característica do novo constitucionalismo cuja base é uma

² BARBOZA, Estefânia Maria de. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 199

³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.21.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde**: algumas aproximações. Escola da Defensoria Pública. Edição especial temática direito à saúde. Vol. 1. São Paulo: 2008.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.18.

constituição compromissória: “onde muitos *direitos* estão garantidos, fornecendo, assim, farto material para os pleitos de “plena eficácia”” e para o ativismo judicial⁷, ocorrendo a sobrevalorização dos meios judiciais de controle”⁸. No mesmo sentido, Estefânia Maria de BARBOZA defende que:

A Constituição não pode mais ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, sem preocupação ou vinculação com a realidade social, como mera garantia do *status quo*. A Constituição brasileira, ao trazer valores sociais alçados a direitos fundamentais, acaba por legitimar o juiz constitucional.⁹

Gilmar MENDES também se refere ao ativismo judicial e o legitima nas demandas de saúde, expondo o papel fiscalizador do Judiciário dos atos administrativos nesta seara:

(...) cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.¹⁰

Consonante é a opinião do Ministro Celso de MELLO, relator da ADI 1484 DF, que destaca em decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a licitude do Judiciário em agir ativamente na efetivação de políticas públicas, face a omissão estatal:

É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹¹

Portanto, a judicialização - fenômeno de interação dos tribunais com o sistema político democrático, incluindo a atuação de advogados, procuradores e promotores, num processo político da democracia, crucial para a formulação e implementação de políticas públicas¹² -

⁷ Id.

⁸ Ibid, p. 22

⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de. **Jurisdição constitucional**... p. 199

¹⁰ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg 23

¹¹ STF - ADI 1484 DF Min. Celso de Mello julgamento 21/08/2001 DJ 28/08/2001

¹² CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acesso em 26 out. 2014.

caracteriza-se pela invasão do Direito sobre o social, onde o juiz torna-se protagonista, promovendo a defesa das garantias constitucionais e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito¹³.

Cabe assentar que, a despeito das várias formas de interpretação da judicialização, a visão que importa para o presente artigo é a utilizada por Ana Paula BARROSO, que expõe a visão positiva da judicialização:

ao buscar preencher as lacunas deixadas pelo Poder Público, o Poder Judiciário intervém nas relações entre Estado e cidadão, a fim de garantir ao cidadão, parte menos favorecida da relação, que o Estado cumpra seu dever que lhe foi imposto constitucionalmente.¹⁴

Assim, passa-se a entender a judicialização das relações políticas e sociais como um direito dos cidadãos dos países que adotam o constitucionalismo e a ideia da supremacia constitucional. No constitucionalismo, há uma expansão das garantias fundamentais e sociais no conteúdo constitucional, que abrange a vontade do povo, enquanto soberano, havendo uma ampliação nas demandas das políticas necessárias à sua realização e proteção. Nesta esfera, a população conta com a realização das prestações estatais por parte do Poder Executivo e Legislativo, poderes eleitos pelo povo, decorrendo da sua omissão a legitimidade para o juiz assumir o: “papel de manter equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente”,¹⁵ agindo em prol do cidadão e de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, ao Poder Judiciário é conferido poder político, ampliando seu papel onde há a transferência: “para um Poder não eleito pelo povo, a função de ditar e delimitar os valores escolhidos pela sociedade”¹⁶, decorrendo um aparente conflito com o princípio democrático.

Apesar de no moderno Estado de Direito haver certa supremacia dos bens e valores escolhidos pela sociedade por meio de seus representantes, não se pode falar em falta de legitimidade do Poder Judiciário em representar a vontade popular por meio da jurisdição

¹³ VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. **Dezessete anos de judicialização da política**. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, V. 19, n.º 2, p. 41. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>. Último acesso em 24 de outubro de 2014.

¹⁴ PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Pouso Alegre, MG: Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012.

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Tese de Doutorado. PUC Pr, 2011, p. 76.

¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...**, p. 149-150.

constitucional¹⁷ e tampouco de ofensa ao princípio democrático. Pelo contrário, a judicialização vem promover este ideal, uma vez que as minorias necessitam de maior proteção na esfera judicial do que política¹⁸.

Conclui-se que os direitos fundamentais sociais foram estabelecidos num momento democrático, por meio do poder constituinte, em nome e por vontade da sociedade, justificando plenamente a legitimidade do Judiciário na efetivação dos valores fundamentais da comunidade. Portanto, não há qualquer incompatibilidade entre a democracia e a proteção dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.¹⁹

3 A PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NAS DECISÕES DAS CORTES DE JUSTIÇA NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE

O Direito Constitucional possui princípios gerais e regras de interpretação. Quando há conflitos entre normas e princípios constitucionais, ao contrário da ponderação das regras (lógica do “tudo ou nada”) deve-se buscar a solução utilizando-se do mecanismo da ponderação de valores: “delimitando o âmbito de proteção de uma norma”, reconhecendo qual tem o maior peso naquele confronto²⁰. Em cada caso concreto, os magistrados utilizam-se do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, fazendo uma ponderação de bens e valores constitucionais²¹ a fim de decidir da melhor maneira cada demanda, individualmente.

Na cátedra de José Joaquim Gomes CANOTILHO, o suporte para solucionar problemas de colisão de direitos fundamentais encontra no próprio direito constitucional, um sistema aberto de normas e princípios que consagram valores fundadores da ordem jurídica. Por conta disso, os princípios constitucionais são considerados preceitos básicos supremos de todo o ordenamento jurídico.²² De acordo com o autor, o caráter multifuncional dos princípios lhes dá uma função argumentativa e o papel de: “instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo”²³ ressaltando que os princípios têm

¹⁷ Ibid, p. 161

¹⁸ Ibid, p. 162.

¹⁹ Ibid p. 164-165

²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 15ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 354.

²¹ Ibid, p. 650

²² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1993, p. 171- 179

²³ MENDES, Gilmar, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014

vários graus de concretização, caracterizando-se como normas jurídicas de “otimização”, permitindo, nos conflitos entre princípios, o balanceamento de valores e interesses.²⁴

É no mesmo sentido o entendimento de Robert ALEXY acerca dos princípios como comandos de otimização, visto que os: “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas.”²⁵ Portanto, na ponderação de princípios conflitantes, encontra-se um equilíbrio na determinação do “valor ótimo” daquele que melhor atende a necessidade do caso concreto.

Para André Ramos TAVARES, os princípios são motivo determinante da existência das regras em geral e servem de condutor para a correta interpretação da Constituição,²⁶ sendo a base do sistema jurídico. Ressalta que nem todos os princípios constitucionais são fundamentais, expondo que possuem a função de fonte de Direito, consideradas como fontes imediatas das demais normas. Ainda, TAVARES menciona que ainda que alguns princípios sejam considerados programáticos, podem ser considerados como prescrições jurídicas inafastáveis, não podendo ser entendidos como meras recomendações, conselhos ou faculdades dirigidas ao Poder Público.²⁷ Sobre o mesmo tema, MENDES aponta que, num conflito de princípios constitucionais: “enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas”, exige que os intérpretes/aplicadores ponderem as razões para se decidir num ou noutro sentido, optando pela solução mais correta e justa²⁸.

Portanto, no caso da colisão entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação e de harmonização, possibilitando a sua validade simultânea, dependendo do balanceamento de valores e interesses²⁹, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do outro.³⁰ Deve-se prevalecer a conciliação entre eles e sua coexistência, aplicando-se cada princípio em extensões variadas: “segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”,³¹ procurando-se aplicar a adequação, necessidade e proporcionalidade de cada caso concreto.

²⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Op. cit., p. 168

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 221

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105

²⁷ Id, p.127

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 128.

²⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Op. cit., p. 168

³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 648

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de...** Op. Cit, p. 342

Na seara das demandas de saúde, Gilmar MENDES declara que de um lado há um indivíduo que depende do fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários e indispensáveis à sua sobrevivência e, de outro, há a escassez de orçamento e a má gestão dos recursos orçamentários pelo Poder Público, que soam insignificantes perante uma vida humana.³²

Neste cenário, os magistrados se deparam com uma situação de difícil decisão. Utilizando-se das palavras de Luís Roberto BARROSO: “a realidade é mais dramática”, não havendo “solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”³³. Ele menciona dois lados antagônicos nas demandas de saúde face ao Estado, abrangendo as “rotas de colisão”³⁴. Ainda que os argumentos das partes versem sobre princípios constitucionais de mesma hierarquia, o direito à saúde, enquanto direito fundamental social passível de aplicação imediata e intrinsecamente ligado ao direito à vida, contrapõe-se ao entendimento do Estado de que o direito à saúde depende de normas de caráter prestacional, de conteúdo programático, dependentes de políticas públicas e do orçamento e ação do Estado.

Se entendido como norma de natureza prestacional, ressalva Gustavo AMARAL, o direito à saúde pode ser relativizado.³⁵ Nessa esteira, o autor destaca que os princípios tem elevado grau de abstração, razão pela qual são carecedores de mediações concretizadoras³⁶. Já nos casos das prestações positivas pelo Estado, como é o da saúde, os critérios de interpretação são insuficientes, visto que os conflitos ocorrem em vários momentos distintos, “desde antes da elaboração do orçamento até o momento da entrega efetiva da utilidade”³⁷. Nesse passo, AMARAL pondera sobre o conflito e as limitações presentes nas demandas dos direitos sociais e programáticos frente ao Estado:

Não se nega o direito de todos, apenas não se tem como atender. Não há como tratar a todos, não há como fornecer órgãos para transplante a todos, não há como oferecer moradia digna a todos, não há como garantir segurança a todos, simultaneamente³⁸.

³² Ibid, p. 24

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 3. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 29 de out. 2011.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana....** Op. Cit

³⁵ AMARAL, Gustavo. Op. Cit., p 121

³⁶ Ibid, p.122.

³⁷ Ibid, p. 126.

³⁸ Id.

Reconhece-se que há várias razões limitadoras do fornecimento de fármacos e tratamentos requeridos pelos cidadãos, administrativamente. Os atos administrativos, por exemplo, realizados nas Secretarias Estaduais de Saúde - locais onde a população diretamente solicita os medicamentos prescritos para os seus tratamentos de saúde - estão adstritos ao regulamento do Sistema Único e ao escasso orçamento do Estado. Destaca-se que, por vezes, o medicamento pleiteado de fato consta nas listas do RENAME³⁹, porém é prescrito para outra patologia que não a do paciente demandante, conforme os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, sendo-lhe denegado administrativamente.⁴⁰ Em outros casos, o SUS oferece medicamento genérico e similar ao que foi prescrito, cabendo ao próprio médico responsável pelo paciente comprovar as razões que tal fármaco não é eficaz no tratamento daquele indivíduo. Ainda, ocorre a situação em que o tratamento requerido é experimental, ou não foi registrado pela ANVISA, ou ainda é somente disponibilizado em outros Estados ou até mesmo em outro País, dificultando o seu fornecimento, por vezes extremamente custoso aos cofres do Estado.

Apesar de todas as dificuldades de fornecimento do pedido encontradas em cada demanda, o Poder Público não pode fazer com que o paciente, enquanto individualmente considerado, seja punido pela ineficácia da gestão administrativa. A saúde se configura em um direito subjetivo, provido de urgência e risco de lesão grave à saúde do paciente. Assim, se denegado administrativamente, é passível de efetivação por meio do poder Judiciário.⁴¹

Pois bem, em análise aos princípios ponderados nas decisões das Cortes de Justiça, destaca-se a supremacia e respeito ao direito à saúde dada a sua indissociabilidade ao direito à vida e, conseqüentemente, a sua correlação à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial.

O direito à vida é um dos valores inspiradores de todos os direitos fundamentais, presentes no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Os tratados internacionais de que o Brasil é signatário também ressaltam a importância do respeito ao direito à vida, conforme exposto no

³⁹ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, lista oficial de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira, tratando-se de base fundamental para orientação da prescrição e abastecimento do SUS. A última publicação da lista RENAME é de 2014, pelo Ministério da Saúde. Para download, no site: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v2.pdf>

⁴⁰ Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS tem como objetivo abordar o conceito geral e as doenças mais recorrentes na população brasileira, estabelecendo seus critérios de diagnóstico, auxiliando os médicos atuantes na rede pública de saúde, ficando a ele adstritos. Ver art. 19-O da Lei 8.080/90 incluído pela Lei n.º 12.401 de 28 de abril de 2011

⁴¹ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que expõe o respeito aos direitos essenciais do homem, independentemente de sua nacionalidade, possuindo como fato fundamental os atributos da pessoa humana. A proteção à uma vida digna também está explícita na Declaração Universal dos Direitos do Homem, revelando em seu texto o direito à um nível de vida suficiente apto a assegurar ao indivíduo e sua família a saúde e o bem-estar. A Organização Mundial da Saúde, em sua Constituição, declara que a saúde é um dos princípios basilares para a felicidade dos povos. Assim, consoante Ingo Wolfgang SARLET,⁴² não há dúvida que a saúde, equiparado ao direito à vida, é um direito fundamentalíssimo, mesmo em países nos quais este não está previsto nas Constituições.

A supremacia do direito à saúde, face à sua indissociabilidade ao direito à vida e à obrigatoriedade do respeito aos ditames constitucionais pelo Estado, também é ressaltada pelo Ministro Celso de MELLO, ao julgar o RE 393175:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.⁴³

Os interesses do Estado e suas normas de hierarquia inferior não podem ser usados como justificativa para a sua inércia na efetivação do direito à saúde. Assim é o entendimento do Ministro Dias TOFFOLI, no RE 755485 AgR/SC⁴⁴, decidiu que, em prestígio ao direito à vida e à saúde, que sempre devem ser colocados em primeiro lugar, não há óbice no fornecimento de medicamento não incluso nas listas fornecidas pelo Ministério da Saúde. E este é o entendimento do STJ, que em um de seus julgados expõe que

O fato de o medicamento não integrar a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais⁴⁵

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito à saúde na Constituição**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Nº 11, Salvador, Bahia, 2007

⁴³ STF - RE 393175 Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 12 dez. 2006, DJ 02 fev 2007.

⁴⁴ STF - RE 756149 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, primeira turma, julgado em 17 dez 2013, processo eletrônico dje-033 divulg 17 fev 2014 public 18 fev 2014.

⁴⁵ AgInt no AREsp 405.126/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 26/10/2016

A busca do direito à saúde nas demandas judiciais é questionada por Ricardo Lobo TORRES que aponta o: “estilo maximalista, esparramado e bombástico” das cortes superiores em seus julgados, especificamente naqueles que envolvem o fornecimento de medicamentos e entrega de prestações de saúde, ao proclamar que “o direito à saúde representa consequência indissociável do direito à vida”⁴⁶. O autor afirma que a decisão do STF passou a ser: “fonte legitimadora da afirmação positiva das prestações na área da saúde nos casos de omissão administrativa ou legislativa”⁴⁷. Segundo o autor, ainda que o entendimento do Judiciário brasileiro tenha trazido avanços à defesa desse direito fundamental social e ao mínimo existencial, acabou por provocar exageros quanto à extensão deste direito, acarretando a sobrevalorização do Poder Judiciário nas questões de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, sobrecarregando os cofres públicos.

Pois bem, o direito à saúde presente no art. 6º da Carta Magna, ao lado da educação, alimentação, lazer, segurança, trabalho, entre outros, é igualmente considerado como o mínimo indispensável para a sobrevivência do homem com dignidade.

A dignidade da pessoa humana, valor fundamental convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, serve tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.⁴⁸ Preconiza José Afonso da SILVA que o valor supremo da dignidade da pessoa humana: “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁴⁹, passando pelo direito à igualdade, onde “todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração”⁵⁰, sem nenhum tipo de distinção.

Luís Roberto BARROSO destaca que a sua primazia, que não se confunde com qualquer um dos direitos fundamentais e tampouco é em si um direito fundamental, ponderável com os demais. Trata-se, portanto, de um parâmetro de ponderação, nos casos em que haja concorrência entre os direitos fundamentais. Ademais, estando a dignidade da pessoa humana em rota de colisão com outros princípios, deverá ter precedência na maior parte das situações.⁵¹

⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública**. Revista da Defensoria Pública. Ano 1, n.º1, jul/dez. 2008. Vol. 2. Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

⁴⁷ Id, p. 269

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana ...** Op. Cit.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105

⁵⁰ Id

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana ...**Op. Cit.

No entanto, BARROSO aponta a possibilidade da relativização da dignidade da pessoa humana, dependendo do caso concreto. Embora qualificado como valor ou princípio fundamental, não há que falar em um caráter absoluto, visto que em determinados contextos, pode haver um sacrifício da dignidade da pessoa humana em detrimento de outros valores sociais ou individuais⁵². Leciona o autor sobre a ponderação principiológica quando há de se considerar o mínimo existencial e a preservação do núcleo essencial de um direito fundamental

Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservando o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa.⁵³

Pondera André Ramos TAVARES que, ainda que preceda a todos os outros princípios, pode haver a relativização da dignidade da pessoa humana no caso concreto, sem que seja afetado o seu caráter principiológico.⁵⁴ Dispõe o autor que

o conteúdo da regra da dignidade da pessoa poderá sim sofrer restrições, na medida em que será delimitado pelo cotejo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios, cotejo no qual caberá ponderação, óbice a qualquer pretensão totalizadora do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Nas demandas de fornecimento de direitos sociais, o STF trata a matéria vinculando-a ao conceito de mínimo existencial e à vedação do retrocesso social. Uma vez que estes direitos são reconhecidos pelo Estado, há um dever de torná-los efetivos e há obrigação em sua preservação, “sob pena de transgressão ao texto constitucional (...) mediante supressão total ou parcial dos direitos sociais já concretizados”.⁵⁶

Usando-se como paradigma o acórdão cujo Relator foi o Ministro Celso de MELLO, demonstra-se o entendimento do STF, de que

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de

⁵² Id

⁵³ Id

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito...** Op. Cit.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 561

⁵⁶ STF - ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23.08. 2011, DJe-177 Divulg. 14-09-2011

liberdade e também a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).⁵⁷

Do mesmo modo, pondera ABRAMOVICH sobre a prestação básica da saúde, integrante do chamado mínimo existencial

Aunque un Estado cumpla habitualmente com la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (...), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de esse derecho (...) como derecho subjectivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra em realidade em condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante um eventual incumplimiento.⁵⁸

Nesta toada, ABRAMOVICH questiona a legitimidade da população em demandar judicialmente o Estado, ante eventual omissão estatal, mesmo que este tenha a obrigação de satisfazer as necessidades dos cidadãos mediante políticas públicas. É essencial identificar as obrigações mínimas do Estado a fim de legitimar o pleito judicial destes direitos. Observa TORRES que há um consenso no reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana é uma exigência inarredável, presente no conteúdo de cada direito fundamental e, portanto, exigível mediante demandas judiciais. Acrescenta o autor que “a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica”.⁵⁹ Nesse passo, a população deve se socorrer no judiciário a fim de que tenha os seus direitos constitucionais e fundamentais atendidos de plena forma.

Assim, na mera leitura do art. 196 do texto constitucional, onde se lê: “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 outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, depreende-se a dimensão da proteção ao direito à saúde, que impedem medidas retrocessivas do poder público. Ainda, basta citar a concretização pelo legislador infraconstitucional, especialmente na sua dimensão positiva: “o

⁵⁷ Id

⁵⁸ “Ainda que um Estado cumpra habitualmente satisfatoriamente determinadas necessidades ou interesses tutelados por um direito social (...), nenhum observador poderia afirmar que os beneficiados pela conduta estatal gozam desse direito (...) como direito subjectivo, até ser verificado se a população se encontra na realidade em condições de demandar judicialmente a prestação do Estado ante a um eventual descumprimento” in ABRAMOVICH, Víctor, COURTI Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p.37

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial...** Op. Cit.

que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição do retrocesso social”⁶⁰.

Neste sentido, o Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho expõe no acórdão proferido no AResp nº 942.775 acerca de decisão do Tribunal Federal da 1ª região, que versa sobre fornecimento de medicamento não autorizado ou regulamentado pela ANVISA.

(...) O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE NÃO LHE RETIRA A EFETIVIDADE NA ATUAL CONJUNTURA SOCIAL, ECONÔMICA E POLÍTICA DO PAÍS, MORMENTE NO CONTEXTO DE UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE, VOLTADA AO PRIMADO DEMOCRÁTICO DE CUNHO ALTAMENTE PARTICIPATIVO DO CIDADÃO NA ESFERA PÚBLICA E AMPLIAÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A ÉGIDE DO PÓS-POSITIVISMO. VINCULATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS MAGNOS. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA DIANTE DE REGRAS OU CONDUTAS GOVERNAMENTAIS REFRATÁRIAS AO AVANÇO E À NECESSIDADE DE CONCRETUDE À POLÍTICA PÚBLICA DA PROGRESSIVA UNIVERSALIDADE DA SAÚDE. DEVER ESTATAL DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. A RESERVA DO POSSÍVEL DEVE SER PONDERADA COM OS POSTULADOS MAGNOS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E D DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INDEPENDENTEMENTE DO ALTO CUSTO DA MEDICAÇÃO.⁶¹

Continuando, outro grande dilema nas demandas de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde é a escassez de recursos do Estado frente à garantia constitucional da saúde e a infindável necessidade dos cidadãos carentes por medicamentos que não estão abarcados nas listas de fornecimento do SUS. A doutrina majoritária entende que, embora o direito à saúde seja um direito fundamental social, depende de prestações positivas do Estado. Consequentemente, são necessários meios materiais, previsão orçamentária e o emprego de meios financeiros para sua eficácia. A isso, chama-se princípio da reserva do possível⁶² ou princípio da reserva do financeiramente possível. Consoante tal entendimento, o direito “absoluto” à saúde ficaria relativizado, haja vista sua dependência do emprego de recursos finitos e escassos do Estado. Desta limitação decorre a adoção das “escolhas trágicas” que, consoante a explanação de Gustavo AMARAL, versa sobre a opção a quem atender e: “disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros”.⁶³

⁶⁰ Id

⁶¹ STJ - AREsp 942.775/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - DJe 13/09/2016

⁶² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez...** Op Cit, p. 61.

⁶³ Ibid, p. 84.

Para Celso de MELLO, Ministro do STF, as “escolhas trágicas” são o resultado do conflito entre a escassez de recursos públicos do Estado, a execução de políticas públicas e a implementação de direitos sociais definidos na Constituição Federal. Assim, no caso concreto, pode haver a opção por determinados valores de mesma relevância, quando estes se encontram em conflito, salvaguardando a intangibilidade do mínimo existencial, limitador insuperável da cláusula da reserva do possível.⁶⁴ Destaca-se do teor do acórdão de sua relatoria

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.⁶⁵

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é claro no sentido de resguardar os direitos fundamentais, o respeito aos princípios constitucionais e ao mínimo existencial, em detrimento das possibilidades orçamentárias do Estado, salvo justo motivo que comprove esta impossibilidade. Nestes termos, extrai-se do teor do acórdão do RE 581352/AM

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁶⁶.

Esta é a mesma posição defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que a falta de recursos financeiros não é óbice na efetivação prioritária dos direitos fundamentais. Veja-se

⁶⁴ STF - ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJe 14-09-2011.

⁶⁵ Id

⁶⁶ STF RE 581352/AM Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 29 out. 2013 DJe 21 nov. 2013.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DE TODOS OS ENTES FEDERADOS. A ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS NÃO CONSTITUI ÓBICE À CONCESSÃO DE PROVIMENTO JUDICIAL QUE DÊ EFETIVIDADE A DIREITOS FUNDAMENTAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. A falta de recursos financeiros não constitui óbice à concessão de provimento judicial que dê efetividade a direitos fundamentais, não podendo servir de escudo para recusas de cumprimento de obrigações prioritárias.⁶⁷

Deste modo, a alegação da falta de recursos financeiros do Estado perde força ao ser sopesada com o princípio da vedação do retrocesso, do mínimo existencial e da dignidade humana que, consoante entendimento de Ingo Wolfgang SARLET, assume importante “função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido”.⁶⁸ Logo, quando um medicamento ou tratamento de saúde específico a um paciente é sua única forma de sobrevivência, o Estado deve fornecê-lo, sob pena de grave violação constitucional, pois retiraria deste indivíduo o seu estado de completo bem estar físico, mental e social, desrespeitando a garantia do mínimo existencial à pessoa humana.

Nas demandas judiciais de saúde, o princípio da igualdade é invocado pelo Estado a seu favor, alegando que a obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde pela via judicial seria um privilégio aos indivíduos em detrimento da coletividade. Assim, as pessoas que entram com ações judiciais de saúde devido a sua urgência e necessidade de uso, terão seu direito deferido de forma liminar e conseqüentemente estariam furando a “fila” do Sistema Único de Saúde, prejudicando aqueles cidadãos que aguardam atendimento.

Contudo, os magistrados fundamentam suas decisões favoráveis ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde no artigo 196 da CF/88, que dispõe sobre a universalidade do direito à saúde e o dever do Estado em garantir esta tutela constitucional. Define o artigo que a saúde é “direito de todos”, assegurado a uma pluralidade de sujeitos, assim como a um sujeito individualmente. Esta tutela constitucional garante o tratamento igualitário de cada membro da sociedade, independentemente de seu status social e econômico, e que cada um tem a prerrogativa de ter a sua saúde garantida pelo Estado. Se acaso esta tutela lhe for negada, caracterizar-se-á um ato inconstitucional, onde o Estado estará ferindo um direito fundamental, justificando-se a interferência do Poder Judiciário.

⁶⁷ STJ - AgRg no AREsp 516.753/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - DJe 01/09/2014

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...* Op. Cit. p. 36

Gilmar MENDES ressalva que, principalmente em relação à saúde: “é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão”⁶⁹. André Ramos TAVARES assinala a peculiaridade de cada caso concreto, sendo que cada ser humano é único e que cada um requer cuidados específicos: “que o Direito resguarda e tutela na medida de suas necessidades”⁷⁰. Todavia, o autor relativiza o direito à saúde de maneira individualizada, asseverando que:

O ser humano é único em sua individualidade. Mas isso não pode ser levado ao exagero de pretender um tratamento próprio para cada pessoa, tendo em vista suas peculiaridades. A ser assim, e demandar-se-ia uma lei específica para cada ser humano. Nesse caso, já nem se poderia falar de lei, em sentido genérico e abstrato, pois dirigida a um único indivíduo.⁷¹

Nesse ponto descortina-se um dos principais argumentos contrários à judicialização da saúde, segundo o qual seria um direito de dimensão prestacional dependente da alocação dos poucos recursos públicos. O Estado alega que não pode tutelar interesse individual em detrimento de uma coletividade. Assim, ao fornecer medicamento diferenciado e por vezes de alto custo a um específico indivíduo, pela via judicial, estaria desviando recursos garantidores da manutenção da seguridade social, prejudicando a aquisição de fármacos para abastecer as prateleiras do Sistema Único de Saúde.

Por outro lado, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de MELLO, demonstram que é possível ter em conta que o fator de *discrímen* do cidadão que entra com uma demanda de fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde encontra-se em sua situação notória de vulnerabilidade, em dois aspectos⁷². Em primeiro, a urgência e a extrema necessidade em obter um remédio específico ao tratamento de sua patologia, sem o qual correrá risco a sua saúde e, em segundo, a situação de hipossuficiência do indivíduo frente ao custo do medicamento, o que poderia prejudicar a sua subsistência e de sua família.

Nestes termos, o STJ se pronunciou favoravelmente à efetivação do direito à saúde a cidadão hipossuficiente e com necessidade urgente de tratamento médico:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE "C". DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. (...) 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...** Op. Cit. p. 157

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. Op.cit., p. 570.

⁷¹ Id.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99

que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.⁷³

Conforme destaca José Afonso DA SILVA, os direitos sociais têm o intuito de diminuir a desigualdade social, melhorando a qualidade de vida dos cidadãos com menos condições. Ligados ao direito de igualdade, os direitos sociais criam condições materiais que permitem aos cidadãos mais carentes da sociedade uma condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁷⁴ Assim, entende-se que pode ser prestado tratamento diferenciado à pessoas diversas sem ferir o princípio constitucional da igualdade, desde que exista uma justificativa objetiva e razoável para que a diferenciação não seja considerada discriminatória. Alexandre de MORAES define que deve existir uma proporção de razoabilidade e proporcionalidade que demonstre que os meios empregados para atingir a finalidade perseguida estão em consonância com os direitos e garantias constitucionalmente tutelados, e de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos.⁷⁵

Destaca-se da jurisprudência das cortes superiores, nas demandas de saúde, a ponderação do princípio da separação dos poderes, reconhecido constitucionalmente desde a Constituição do Império (separação quadripartida de Benjamin Constant – poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário) e nas demais constituições com a formulação tripartita de Montesquieu.⁷⁶ Atualmente, prefere-se falar na colaboração entre os Poderes, característica do parlamentarismo, ou harmonia dos poderes, característica do presidencialismo, como é o caso no Brasil e consoante disposto no art. 2º da Constituição Federal. José Afonso da SILVA preceitua que as interferências entre os poderes visam o a busca do equilíbrio necessário para a realização do bem da coletividade, sendo indispensável para evitar o arbítrio de um poder em detrimento de outro.⁷⁷

Assim, ainda que, consoante a vontade do constituinte originário a competência para gerir o orçamento do Estado e os gastos com saúde pertence ao Poder Executivo, na falta de definição de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais sociais, caberá ao Poder Judiciário efetivá-los. Neste caso, a omissão do Estado importa em: “descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a

⁷³ STF - REsp 430.526/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01 out. 2002, DJ 28 out. 2002

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...** Op. Cit., p.287

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...** Op. Cit. p.109

⁷⁷ Id.

comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”⁷⁸.

Portanto, a mera omissão estatal implica em inconstitucionalidade, entrando em cena o Poder Judiciário como guardião da lei e da efetivação das garantias constitucionais. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, ao relatar a ADI 1484/DF, entendeu que o Estado não pode se omitir frente aos preceitos e garantias constitucionais. Alerta que, uma vez elaborada uma Constituição, esta deve ser cumprida integralmente e não deve ser aplicada de acordo com a conveniência do Poder Público. Segue o teor do julgado

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.⁷⁹

Deste modo, a ingerência do Judiciário como fiscalizador dos atos administrativos e garantidor da efetivação do texto constitucional não implica na violação do princípio da separação dos poderes. O princípio não pode ser invocado como óbice à realização dos direitos fundamentais sociais, condicionados à boa vontade do administrador público e à sua conveniência. Prevalendo a aplicabilidade dos preceitos fundamentais, recai ao Judiciário a atuação como órgão controlador da atividade administrativa,⁸⁰ no desempenho de sua função constitucional.

Nesse sentido, o STF entende que não há ingerência de um poder na esfera do outro quando o caso se tratar da omissão da administração pública na efetivação das ações sociais. Assim, resta reconhecida a legitimidade do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, não configurando a violação do princípio da separação dos poderes, consoante o entendimento do Relator Ministro Ricardo LEWANDOWSKI no RE 820910 AgR/CE:

⁷⁸STF - RE 595595 AgR/SC Rel. Ministro Eros Grau, DJe 29 mai 009.

⁷⁹ ADI 1484 DF Min. Celso de Mello julgamento 21/08/2001. Publicação: DJ 28/08/2001

⁸⁰ STJ - AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06 dez 2013.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SITUAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] IV - Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio da separação dos poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro. (...) ⁸¹

Além dos princípios, vale ressaltar que a legitimidade passiva e a solidariedade dos entes da federação são temas reiteradamente discutidos pelos entes federados, réus nas demandas judiciais de saúde. Todavia, é inconteste o entendimento do STF de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde das pessoas hipossuficientes é dever solidário da União, dos Estados e dos Municípios, consoante o art. 23, inciso II, da Carta Magna.

O voto do Ministro Luís Roberto BARROSO, relator no AI 822882⁸², expõe que não há controvérsia quanto a solidariedade dos entes federados no fornecimento de medicamentos nas demandas de saúde. Retira-se do teor do acórdão

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO DE BAIXO CUSTO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. ⁸³

As normas infraconstitucionais que regulamentam a rede pública de saúde convencionam a competência de fornecimento de medicamentos conforme seu custo. A Política Nacional de Assistência Farmacêutica - Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004,⁸⁴ fundamenta-se na

⁸¹ STF - RE 820910 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, DJe- 03 de set 2011

⁸² STF AI 822882 Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 10 jun 2014, DJe-151 divulg. 05 ago 2014.

⁸³ Id.

⁸⁴ Disponível em: http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia-farmacutica/resolucao_n_338_06_05_2004.pdf Acesso em 12 nov. 2016.

descentralização da gestão. A Assistência Farmacêutica é separada em Componentes Básicos,⁸⁵ Especializados⁸⁶ e Estratégicos⁸⁷, bem como nos Medicamentos excepcionais ou de alto custo e os oncológicos. Na esfera administrativa, cada ente de federação é responsável por gerir a aquisição e distribuição dos medicamentos acima descritos. Contudo, na esfera judicial não há que falar em obediência a organização do SUS, expressa em Portarias publicadas pelo Ministério da Saúde quanto ao fornecimento dos fármacos. Assim, independentemente de qualquer organização infraconstitucional, é imperativa a solidariedade passiva dos entes federados no fornecimento de medicamentos demandados judicialmente.

Sujeitos ao controle jurisdicional do Poder Judiciário, os princípios da administração pública elencados no art. 37 da Constituição Federal⁸⁸ são utilizados como texto argumentativo contrário à judicialização da saúde. A administração pública está adstrita aos preceitos legislativos que tem como objetivo primordial atender aos interesses da coletividade, vinculando-se ao princípio da supremacia do interesse público, princípio da legalidade e da impessoalidade.

Pois bem, quando um cidadão, paciente ou não do SUS, dirige-se às Secretarias de Saúde com o intuito de ter a sua demanda de medicamento atendida, depara-se com um órgão e servidores vinculados aos princípios da administração pública. Por vezes, o medicamento ou tratamento de saúde não é fornecido administrativamente porque não constam nas listas do Ministério da Saúde. Por esta razão, o seu imediato atendimento ultrapassaria os limites das recomendações das normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema. Assim, o Estado alega que não há que falar propriamente em denegação de fornecimento do medicamento pleiteado, fator provocador das demandas judiciais, visto que o ato denegatório está em conformidade com os princípios constitucionais que regem os atos administrativos.

Por outro lado, se acaso o fornecimento do medicamento fosse autorizado, a administração pública estaria violando os preceitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais dos atos da administração pública. Entre eles, o princípio da

⁸⁵ Portaria GM/MS n.º 1.555, de 30 de julho de 2013

⁸⁶ Portaria n.º 1.554 de 30 de julho de 2013

⁸⁷ Portaria n.º 204/GM, de 29 de janeiro de 2007

⁸⁸ Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que expõe em seu texto que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

impessoalidade, que ligado ao princípio da igualdade impõe aos agentes públicos em geral “medir a todos com o mesmo metro”.⁸⁹

De acordo com Maria Zanella DI PIETRO, a autoridade não pode ultrapassar as limitações impostas pela lei, sob pena de violar o princípio da legalidade que visa impedir “os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.”⁹⁰ A autora entende que a administração pública não pode deixar de exercer o que lhe é imposto legalmente, devendo responder pela sua omissão na guarda que lhe é atribuída. Portanto, caso a autoridade fizer liberalidade com o dinheiro público, é o interesse da coletividade que está sendo prejudicado⁹¹.

Dá se extrai que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que visa tratar com superioridade os interesses da coletividade sobre o interesse do particular, condição de existência da sociedade, é pressuposto lógico do convívio social.⁹² Segundo este princípio, existindo colisão entre os interesses da administração pública e os interesses dos particulares, aqueles se sobrepõem a estes.

No entanto, Kildare Gonçalves CARVALHO assevera sobre a distinção do interesse público *primário* e *secundário*, o que resulta em uma quebra de paradigma do princípio do interesse público. O interesse público primário é o interesse da comunidade consubstanciado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, consubstanciando-se nos interesses do Estado Democrático de Direito, tendo como escopo a defesa dos direitos da sociedade e a garantia da proteção e promoção dos direitos fundamentais. O interesse público secundário trata-se do: “interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados-membros e Municípios), que se identifica com o interesse da Fazenda Pública ou do erário, (...) que jamais gozará de uma supremacia abstrata e *a priori*, (supremacia) em face do interesse particular”.⁹³

Conclui-se que nos casos de demandas judiciais de medicamentos, não se pode falar em benefício de um cidadão em detrimento do interesse público, justamente porque o interesse público consiste no respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos, entre eles o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantido a todos. Ainda, nos casos concretos em que há conflito entre o interesse público e o privado, ou entre o interesse

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito....** Op. Cit., p. 833

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 218

⁹¹ Id, p. 67

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99

⁹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. Cit., p. 1063

público primário e o interesse secundário, a solução deve ser a mais próxima da efetivação dos direitos fundamentais, vedando o excesso dos atos administrativos, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Por fim, os entraves burocráticos alegados pelo Estado como impeditivos ao fornecimento de medicamentos na seara judicial não tem peso argumentativo nas demandas de saúde. A jurisprudência é firme no que tange à supremacia dos princípios constitucionais sobre as normas infraconstitucionais que regem o SUS.

Por exemplo, menciona-se que os medicamentos receitados por médicos não credenciados da rede pública de saúde não podem ser fornecidos pelo Estado. Contudo, não prospera tal alegação visto que o profissional que acompanha o tratamento do paciente tem conhecimento suficiente para saber qual o tratamento mais adequado e eficaz para o caso concreto e se há a real necessidade do fármaco pleiteado. Consoante o entendimento do Ministro Luiz FUX:

[...] o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos [...].⁹⁴

É cediço que as ações judiciais de saúde vêm crescendo exponencialmente. Devido ao alto impacto das decisões judiciais no orçamento público, foi aprovada a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010 e a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010⁹⁵, estabelecendo diretrizes aos juízes no que tange às demandas que envolvem o direito à saúde e a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização e prevenção das ações judiciais destas demandas. Em decorrência, foram criados os Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT) nos Tribunais de Justiça dos Estados, com o objetivo de auxiliar diretamente os magistrados na deliberação dos pedidos por meio de pareceres técnicos provenientes do conhecimento de profissionais da área médica. Contudo, a questão ainda paira sobre a urgência das demandas de saúde, que, tratando-se da tutela da vida de um paciente necessitado pode não ter tempo de esperar um parecer técnico para ter sua demanda atendida judicialmente.

⁹⁴ STJ - RMS 24.197/PR, Rel. Ministro Luiz Fux. DJe 24/08/2010

⁹⁵ Resolução nº 107 de 6 de abril de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Último acesso em: 06 mar. 2016.

4 CONCLUSÃO

Da breve análise jurisprudencial das cortes de justiça, se extrai que há efetiva confiança da população no Poder Judiciário em detrimento dos poderes eleitos. A omissão do Estado em prover políticas públicas de saúde legitima a população a demandá-las judicialmente, buscando a concretização dos direitos fundamentais sociais através do Judiciário, que acaba atuando no papel de executor de políticas públicas, contrariando a lógica clássica da separação dos poderes.

As demandas judiciais de saúde trazem à baila uma difícil questão – a ponderação de valores fundamentais basilares de um Estado Democrático de Direito – e princípios constitucionais norteadores da administração pública, de mesma hierarquia. Utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade, em cada caso concreto, os magistrados ponderam os valores e princípios constitucionais preservando o respeito ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e à vedação do retrocesso social.

Embora a jurisprudência aponte para o deferimento quase absoluto do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado, justamente pela supremacia dos direitos fundamentais à vida e à saúde, leva em conta que o aumento da judicialização gera graves consequências ao erário.

Conclui-se que, ainda que haja uma mobilização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em acalmar o ativismo judicial nas políticas públicas – com o objetivo de evitar prejuízos financeiros ao Estado – faz-se legítima a intervenção do Judiciário nas demandas de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, até que se alcance o acesso universal e igualitário à saúde na forma dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

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

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**. Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea. Tese de Doutorado. Curitiba: 2011.

BASSI, A.C. *A ponderação principiológica na judicialização da saúde*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n.º. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. N.º 15. Jan/fev/mar 2007. Salvador, Bahia. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 15ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”. XX Encontro anual da ANPOCS. Caxambu, MG, 1996. Disponível em <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2014

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde**: direito social tratado como direito individual no Brasil. Pouso Alegre – MG: Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012. Disponível em <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/22.pdf>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito à saúde na Constituição**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. N.º 11, Salvador, Bahia, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde**: algumas aproximações. Escola da Defensoria Pública. Edição especial temática direito à saúde. Vol. 1. São Paulo: 2008.

BASSI, A.C. *A ponderação principiológica na judicialização da saúde*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n.º. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano 1. Vol. 1. N.º 1. Abril 2001. Salvador, Bahia. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. **O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível**. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Direitos Fundamentais e Justiça n.º 1. Out/Dez. 2007. Porto Alegre, RS. Disponível em <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>

VIANNA, Luiz Werneck, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles. **Dezessete anos de judicialização da política**. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo, V. 19, n.º 2, p. 41. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>