

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MARIANA DE ALMEIDA CRUZ**

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:  
REFLEXÕES A PARTIR DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO**

**CURITIBA**

**2012**

**MARIANA DE ALMEIDA CRUZ**

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:  
REFLEXÕES A PARTIR DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO  
CUSTO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

**CURITIBA**

**2012**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA DE ALMEIDA CRUZ

### CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: REFLEXÕES A PARTIR DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

\_\_\_\_\_  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri  
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma me auxiliaram na confecção deste trabalho, em especial aos meus pais pelo apoio incondicional, ao meu orientador Professor Doutor Rodrigo Luís Kanayama pela disponibilidade e paciência, e à Procuradora do Estado do Paraná Cristina Leitão Teixeira de Freitas que nos primeiros anos de estágio me apresentou ao instigante tema do direito à saúde.

## RESUMO

A Constituição Federal estabelece o direito fundamental à saúde e, enquanto tal, dotado de eficácia plena e imediata. As demandas judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos pelo Estado trazem à tona diversos questionamentos quanto à amplitude do direito fundamental à saúde e os direitos dos cidadãos de exigir prestações de saúde. Neste trabalho, abordam-se, especificamente, as questões atinentes à observância do princípio da separação dos poderes, à dimensão coletiva do direito à saúde, ao respeito às políticas públicas e aos limites impostos pela reserva do possível e pela disponibilidade financeira do Estado. Sob este enfoque, o objetivo é analisar a atuação judicial nas demandas de saúde, em especial referentes ao fornecimento de medicamentos de alto custo, apontando os entendimentos firmados no âmbito federal, regional e estadual.

Palavras-chave: Direito à saúde. Medicamentos de alto custo. Políticas Públicas. Controle jurisdicional. Separação dos poderes. Reserva do possível.

## **ABSTRACT**

The Federal Constitution establishes a fundamental right to health and, as such, endowed with full and immediate effectiveness. The lawsuits in which the supply of medicines by State is pleaded brings out a lot of questions about the amplitude of fundamental right to health and the right of citizens to demand health benefits. In this paper, it is discussed, specifically, the questions relating the observance of the principle of the separation of powers, the public dimension of right to health, the respect to public policies and the limits imposed by the numerus clausus and the availability of public resources. Under this focus, the purpose is to analyze the court procedure in health demands, especially relating the supply of high-cost drugs, indicating the understandings signed in federal, regional and state courts.

Key-words: Right to health. High-cost drugs. Public Policies. Judicial control. Separation of powers. Numerus clausus.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS</b> .....	9
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	9
2.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO .....	15
2.3 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.....	17
<b>3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE</b> .....	22
3.1 DIREITO À VIDA .....	22
3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	23
3.3 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO.....	27
<b>4. DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO</b> .....	31
4.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .....	33
4.2 DIREITO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE <i>VERSUS</i> DIREITO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	38
4.3 RESERVA DO POSSÍVEL E LIMITES ORÇAMENTÁRIOS .....	41
<b>5. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES</b> .....	47
5.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	47
5.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	53
<b>6. A EXPERIÊNCIA PARANAENSE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO POR DECISÃO JUDICIAL</b> .....	57
6.1 O QUE DECIDEM O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....	57
6.2 COMITÊ EXECUTIVO DE SAÚDE DO PARANÁ .....	62
<b>7. CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66

## 1. INTRODUÇÃO

O advento da Constituição de 1988 significou uma mudança substancial no tratamento dos direitos no Brasil, com destaque ao amplo rol de direitos e garantias fundamentais que passaram a ser garantidos com aplicação imediata.

Após pouco mais de duas décadas de sua promulgação, o cenário é de um Estado sobrecarregado de deveres, os quais por vezes não cumpre ou o faz de forma deficitária, dando margem a uma atuação cada vez mais incisiva do Poder Judiciário na determinação da prestação de determinados serviços e fornecimento de bens aos cidadãos.

Em que pese ser o Poder Judiciário o guardião precípua da lei e de seu fiel cumprimento, muitos direitos e garantias albergados pela Constituição não são simplesmente a delimitação de seus limites e a adequação das medidas empregadas.

Este trabalho visa discutir a crescente intervenção do Judiciário nas políticas públicas na área da saúde, em especial no que tange às decisões que determinam o fornecimento de medicamentos de alto custo e as diversas questões que dela decorrem: a ponderação acerca da relação entre os Poderes e os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes, a configuração do direito à saúde como posto no texto constitucional e a consideração da reserva do possível que invariavelmente envolve o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado.



## 2. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

### 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são direitos positivados, cujo conteúdo varia conforme os valores, princípios e estrutura de determinada sociedade, os quais buscam concretizar a vida digna, livre e igual de todas as pessoas<sup>1</sup>.

Para Carl Schmitt, a partir de critérios formais de caracterização, designam-se direitos fundamentais aqueles direitos ou garantias assim nomeados na Constituição, aos quais é concedido um grau maior de segurança, sendo imutáveis ou cuja alteração seja dificultada. A partir do critério material, os direitos fundamentais são específicos de cada Estado, variando de acordo com a ideologia, o modelo de Estado, e os valores e princípios consagrados pela Constituição local<sup>2</sup>.

Não existe uniformidade na utilização da expressão direitos fundamentais. Por vezes, aparece na Constituição e até mesmo na doutrina como sinônimo de direitos humanos ou direitos naturais<sup>3</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet defende a distinção entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, afirmando que os direitos fundamentais se caracterizam pela positivação na esfera constitucional de determinado Estado, enquanto os direitos humanos, pela presença em documentos internacionais, da qual decorre seu caráter supranacional<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

<sup>2</sup> SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. pp. 163-173, apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 561.

<sup>3</sup> Ingo Wolfgang Sarlet cita como exemplos dessa variedade de denominações na Constituição as expressões “direitos humanos” (art. 4º, II), “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV). (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 34)

<sup>4</sup> Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional”. (Ibidem. p. 35-36).

De outro vértice, José Afonso da Silva, defende o termo “direitos fundamentais do homem” como mais adequado, por melhor expressar as características de tais direitos, em específico, a positividade, historicidade, universalidade e fundamentalidade<sup>5</sup>.

José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet atribuem à Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, o marco inaugural dos direitos fundamentais, no sentido que hoje se atribui ao termo, eis que, conforme assinala Sarlet, foi o primeiro documento que, além de afirmar direitos e liberdades do indivíduo<sup>6</sup>, reconheceu a universalidade e supremacia destes direitos frente aos órgãos de representação popular, passando a vincular todos os poderes públicos.

De igual importância é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, que, seguindo os passos da declaração americana, reconheceu “ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis”<sup>7</sup>.

Muito embora, no caso francês, os direitos fundamentais constantes da Declaração não terem vinculado o Parlamento, face à ausência de um sistema efetivo de controle de constitucionalidade das leis, a Declaração de 1789 tornou-se o modelo para a consagração de direitos e liberdades individuais pelas Constituições do século XIX.

De seu surgimento, passando pelo crescente processo de fortalecimento e expansão, até os dias atuais, foram muitas as modificações ocorridas na seara dos direitos fundamentais.

Na busca pela compreensão da trajetória desses direitos, a doutrina, tanto estrangeira, quanto nacional<sup>8</sup>, traçou um quadro de gerações ou dimensões<sup>9</sup>, sendo

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

<sup>6</sup> Anteriormente, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos séculos XII e XIII, a Magna Carta, firmada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra, o Édito de Nantes, promulgado na França, por Henrique IV, em 1598, e o Bill of Rights, promulgado pelo parlamento inglês em 1689.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 52.

<sup>8</sup> Há divergências quanto à origem da proposição de gerações de direitos fundamentais, Flávio Galdino faz referência à obra Cidadania, classe social e status, de Thomas Humphrey Marshall, publicada originalmente em 1967 (GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 166), enquanto Paulo Bonavides a atribui a Karel Vasak, na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos

majoritário o reconhecimento de três delas, mas havendo quem sustente uma quarta, e até mesmo uma quinta geração de direitos fundamentais.

A primeira dimensão de direitos fundamentais é fruto do ideário liberal-burguês do século XVIII, que afirma os direitos dos indivíduos frente ao Estado, cuja atuação se vê limitada pela esfera de autonomia dos particulares, portanto, direitos de cunho individual e negativo. Correspondem, basicamente, aos direitos civis e políticos<sup>10</sup>, tais como o direito de voto, de participação política, de igualdade, do devido processo legal e do *habeas corpus*<sup>11</sup>.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles decorrentes dos movimentos reivindicatórios de justiça social e do alargamento progressivo do rol de direitos fundamentais, verificados no século XIX, mas que só viriam a se firmar nas Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, já em meados do século XX.

Esses direitos caracterizam-se por propiciar ao indivíduo a prestação de serviços pelo Estado, com vistas a concretizar os direitos a ele reconhecidos. Ao Estado é atribuído um comportamento ativo na implementação do bem-estar social, através de prestações de cunho social, tais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros.

O que prevalece nesta geração é o caráter positivo dos direitos, que impõe um fazer ao Estado. No entanto, são garantidas, também, liberdades sociais, como o direito de greve e de livre associação, e reconhecidos direitos aos trabalhadores, como férias e repouso semanal.

Importa salientar que os direitos dessa geração nascem com um cunho programático, no sentido de que orientam a atuação do legislador e da Administração Pública, mas não possuem aplicabilidade imediata, não podendo ser,

---

do Homem de Estrasburgo, no ano de 1979 (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 563).

<sup>9</sup> Parte da doutrina se insurge contra a utilização da expressão gerações sob o argumento de que passa a impressão, incorreta, de alternância, quando, na verdade, ocorre um processo de complementariedade entre os direitos que vão sendo progressivamente reconhecidos, de modo que mais adequado seria o termo dimensões, neste sentido, posiciona-se Ingo Wolfgang Sarlet.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 563.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 56.

de pronto, exigíveis pelo indivíduo. Esta característica vem sendo, ainda hoje, objeto de superação por diversos ordenamentos.

No Brasil, somente com a Constituição de 1988 foi outorgada aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais sociais<sup>12</sup>, mas acompanhada de diversas controvérsias no plano doutrinário e jurisprudencial acerca da operacionalização desta efetividade constitucional, “a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria”<sup>13</sup>.

Dentre os questionamentos apontados por Ingo Wolfgang Sarlet, destaca-se a problemática de se compreender os direitos fundamentais, inclusive os sociais, como normas de plena eficácia, a dispensar a intermediação do legislador<sup>14</sup>.

São compreendidos como direitos de terceira dimensão aqueles emergentes das reflexões que ganharam destaque nas últimas décadas, como impacto tecnológico, proteção do meio ambiente e desenvolvimento da comunicação. Sua principal característica faz referência à titularidade destes direitos, que diversamente das dimensões até então existentes, passa a ser de grupos humanos e não mais do indivíduo.

Tais direitos tratam da proteção difusa dos indivíduos, enquanto membros de uma coletividade. São denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, e, por vezes, exigem esforços supranacionais para ganharem efetividade. Esta exigência explica o grande número de tratados e acordos internacionais que já dispõem sobre direitos de terceira dimensão. No entanto, no âmbito interno brasileiro, tais direitos se encontram em processo de reconhecimento pela esfera constitucional.

Sustenta Paulo Bonavides a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, resultado do avançado estágio de globalização econômica e política, que introduz a globalização dos direitos fundamentais, no sentido de sua universalidade no campo institucional, composta pelo direito à democracia, o direito

---

<sup>12</sup> Por força do disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 276.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 277.

à informação e o direito ao pluralismo<sup>15</sup>, que ainda pende de reconhecimento pelo direito positivo brasileiro e internacional.

E, mais recentemente, uma quinta geração, consubstanciada no direito à paz, entendida como axioma da democracia, que “busca garantir a sobrevivência do homem na idade dos artefatos nucleares e da explosão tecnológica”<sup>16</sup>.

Acompanhando a trajetória dos direitos fundamentais, a promulgação da Constituição de 1988 se insere num contexto de transição de um Estado marcado pelo autoritarismo e desrespeito às instituições para um Estado Democrático de Direito<sup>17</sup>, circunstância esta que dá o tom para muitas de suas características.

O cenário político era de instabilidade e opressão, e o texto constitucional até então vigente de pouca ou nenhuma efetividade, com uma população ansiosa por abertura política e uma tendência internacional de reconhecimento de um maior poder normativo à constituição.

A Constituição Cidadã, como assim a denominou Ulysses Guimarães<sup>18</sup>, buscou, de forma até exacerbada, inserir em seu corpo reivindicações dos mais variados setores da sociedade, com destaque à relevância que atribuiu aos direitos fundamentais<sup>19</sup>.

Assinala Ingo Wolfgang Sarlet que a Constituição de 1988 concedeu aos direitos fundamentais a atenção que lhes era devida, alçando-os a um novo status jurídico, dentre as inovações trazidas na seara dos direitos fundamentais, destaca a inclusão de direitos sociais no rol de direitos fundamentais.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso,

“a relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais”<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 571.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 593.

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 342.

<sup>18</sup> Em seu discurso de promulgação da Constituição, assim se expressou: “A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora”.

<sup>19</sup> Ibidem. p.339.

Ingo Wolfgang Sarlet cita três características consensualmente atribuídas à Constituição como um todo, que se estendem aos direitos fundamentais encartados na Constituição, são elas: o caráter analítico, o pluralismo e o cunho programático e dirigente<sup>21</sup>.

O caráter analítico se refere ao grande número de dispositivos legais. São, ao todo, 246 artigos e 68 emendas (até o momento). A título comparativo, a Constituição norte-americana possui 7 artigos e 27 emendas ao longo de seus mais de duzentos anos<sup>22</sup>. O pluralismo de posições ideológicas adotadas é decorrente do próprio contexto de sua formação, tendo sido redigida sob a influência de diversas tendências políticas, a redação final acabou por acolher e conciliar posições e reivindicações por vezes opostas. O cunho programático e dirigente atribui-se pelo número considerável de disposições dependentes de regulamentação por legislação infraconstitucional.

A par das discussões doutrinárias quanto à existência de um sistema de direitos fundamentais na Constituição de 1988, e da existência de um ponto em comum entre os direitos fundamentais, apontado por parte da doutrina como sendo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), certo é que este está intimamente ligado a noção de direitos fundamentais<sup>23</sup>.

A dignidade da pessoa humana é uma categoria axiológica aberta, de contornos vagos e imprecisos que impedem uma definição genérica e abstrata. Nada obstante, é possível verificar que se trata de elemento integrante e irrenunciável da pessoa humana, que carrega em seu núcleo para além da autonomia e da autodeterminação da pessoa, um sentido cultural e social, o que impõe ao Estado não só limites a sua atuação na esfera privada do indivíduo, mas também o dever de atuar na preservação e criação das condições necessárias ao exercício da dignidade<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 78.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 77.

<sup>22</sup> Disponível em [http://archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html). Acesso em: 11/11/2012.

<sup>23</sup> SARLET. Op. cit. p. 111.

<sup>24</sup> SARLET. Op. cit. p. 117-120.

Assim, a dignidade se constitui em valor orientador não só dos direitos fundamentais, como de toda a ordem constitucional. Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma:

“o valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional”<sup>25</sup>.

Os direitos fundamentais são, em maior ou menor grau, instrumentos à realização da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da nossa República<sup>26</sup>.

Em razão dos conceitos abertos e fluídos que os compõem, destaca-se o papel do intérprete, que, em última análise, será o responsável pela concretização dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

## 2.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O desenvolvimento e a evolução histórica dos direitos fundamentais estão intimamente vinculados às noções de Constituição e Estado de Direito. Os direitos fundamentais, salienta Ingo Wolfgang Sarlet, em conjunto com a definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, formam a essência do Estado Constitucional, constituindo assim, elemento nuclear da constituição formal e materialmente.

O Estado de Direito é um modelo de Estado que surge no século XVIII e expressa a concepção liberal de organização e estruturação de Estado, caracterizando-se pela supremacia da lei, formalmente instituída, pela divisão dos poderes, de forma a assegurar a legítima produção das leis, e pela garantia dos direitos individuais<sup>27</sup>.

Tais caracteres são resultado do anseio burguês de sepultar o tratamento diferenciado concedido aos nobres até então, bem como frear o autoritarismo do Estado Absolutista, que tinha como limite último a vontade real. Assim, nada mais

---

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: CANOTILHO, J.J.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 113.

natural do que pensar um Estado cuja atuação se via limitada pela lei, esta, por sua vez, expressão da vontade do povo, entendido como reunião de todos os cidadãos, sem quaisquer distinções, tratados igualmente pela lei e perante a lei<sup>28</sup>.

Estes princípios basilares do Estado de Direito mantiveram-se no tempo. Ainda hoje, são estruturantes do conceito de Estado contemporâneo, em que pese não isoladamente. Com o passar do tempo, este modelo de Estado se mostrou insuficiente para atender os anseios da sociedade.

Na sua origem, foi capaz de atender perfeitamente às necessidades da burguesia ascendente, que buscava tão somente reconhecimento formal e proteção perante o Estado, contudo, deixou à margem os demais indivíduos, que, em tese, também passaram a receber tratamento igual, por força da igualdade formalmente garantida em lei, mas não obtiveram os meios necessários ao exercício desta igualdade.

É neste contexto de um Estado supostamente neutro, garantidor de liberdade formal e de fortalecimento do capitalismo, que grandes injustiças sociais floresceram, dando azo ao surgimento de diversos movimentos sociais a clamar por justiça social, muitos deles influenciados pela doutrina de Karl Marx<sup>29</sup>.

Impulsionado pelos anseios populares, e numa resposta ao Estado socialista, o Estado de Direito abriu espaço ao chamado Estado Social de Direito, no qual passou a ser objetivo do Estado assegurar o bem-estar social geral<sup>30</sup>.

Adverte José Afonso da Silva que a expressão Estado Social de Direito é carregada de suspeição. Em primeiro lugar, em razão das diversas interpretações

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117-118.

<sup>29</sup> “O marxismo se constrói em meio à aguda crise que separa o trabalho do capital, quando o capitalismo acreditava cegamente no liberalismo, que o favorecia, legitimava-lhe as pretensões iníquas e acalmava a consciência de seus agentes, do mesmo passo que a classe operária dispunha da violência como sua única arma de defesa.” (BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 176.)

<sup>30</sup> Para Paulo Bonavides, “quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.” (Ibidem. p. 186.)



possíveis para social, como se pode perceber pelos diversos Estados, de totalitários a liberais, que se ergueram sob a égide de Estado Social; em segundo lugar, pela apreensão de que o Estado Social seja apenas uma nova conformação do capital, com vistas a manter o *status quo*<sup>31</sup>.

Nos termos em que foi posta, a Constituição de 1988 posiciona-se como uma Constituição do Estado Social, apesar de não o fazê-lo expressamente, eis que é orientada por valores avessos ao individualismo e instituidora de direitos e garantias de índole social, e, principalmente, garantidora de tais direitos.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta como manifestação do Estado Social a previsão de um extenso rol de direitos fundamentais sociais, que, além dos direitos do trabalhadores, inclui diversos direitos a prestações sociais pelo Estado<sup>32</sup>.

Paulo Bonavides vai além, afirma que se trata de um Estado Social aperfeiçoado, “que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”<sup>33</sup>, em razão da previsão de novos instrumentos processuais aptos a assegurar a efetividades desses direitos, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

## 2.3 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Direitos sociais são aqueles que determinam a proteção aos indivíduos pelo Estado em face dos riscos da existência<sup>34</sup>, tais como a fome, a enfermidade e a miséria. Segundo José Afonso da Silva, são:

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 116.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 73.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 373.

<sup>34</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41.

<sup>35</sup> SILVA. Op. cit. p. 286.

Ao largo de todo o histórico constitucional brasileiro, é com a Constituição de 1934 que passa a constar do texto constitucional princípios de ordem social, isto é, aqueles que consagram direitos que não os estritamente individuais, de abstenção do Estado perante o indivíduo, mas sim que impõem um agir ao Estado, tais como os direitos dos trabalhadores a um salário mínimo, férias anuais remuneradas, indenização em caso de dispensa sem justa causa, entre outros.

Seguindo a tendência da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919<sup>36</sup>, que inauguraram o sentido social dos direitos, o Estado brasileiro manteve, no entanto, hígida sua orientação liberal.

O Estado Social instaurado no Brasil foi mantido pelas Constituições subsequentes, tendo encontrado na Constituição de 1988 seu ápice<sup>37</sup>. Nas Constituições anteriores esses direitos estavam dispostos no capítulo destinado à ordem econômica e social, o que dava margem para que alguns sustentassem uma eficácia limitada desses direitos<sup>38</sup>.

Com a Constituição de 1988, não só se deram por encerrados os questionamentos quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, como também a própria eficácia dos direitos fundamentais em geral, pois passou a constar expressamente na lei maior a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º da CF).

Afirma Luís Roberto Barroso que não foi somente a nova redação constitucional que marcou esta nova etapa do constitucionalismo brasileiro, mas também o reconhecimento da efetividade de suas normas, pois o grande mal que assolou as constituições anteriores foi a falta de efetividade<sup>39</sup>. Dispositivos como o princípio da igualdade e direitos sociais mínimos aos trabalhadores já apareciam nas Constituições há certo tempo, sem, no entanto, serem materialmente reconhecidos.

---

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. 7. ed. Revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.p. 232.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 367.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 353-354.

O artigo 5º, § 1º da Constituição está longe, no entanto, de representar um consenso na doutrina, divergem os juristas quanto ao significado e abrangência que esta norma possui.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, seja pela interpretação literal, seja pela interpretação sistemática e teleológica da norma, não há como ter outro entendimento senão que o referido dispositivo aplica-se a todos os direitos fundamentais, não só os localizados no artigo 5º, como também os que são compreendidos como fundamentais, de acordo com a dicção constitucional<sup>40</sup>.

No entanto, alerta para o fato de que o rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição engloba dispositivos com técnicas de positivação e posições jurídicas outorgadas aos particulares diversas, o que leva a constituição de diferentes classificações pelos doutrinadores<sup>41</sup>.

Tais diferenciações não impedem que haja uma unidade enquanto direitos fundamentais autênticos, contudo, são elas responsáveis por distinções na eficácia das normas que definem direitos fundamentais.

No tratamento da eficácia dos direitos fundamentais, há que se levar em consideração a forma de positivação, a posição assumida pelo particular e a função exercida pelo direito.

Existem direitos fundamentais que são definidos por normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas ao Estado, também denominadas normas programáticas, que requerem a mediação legislativa, mas até elas possuem certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Dadas essas considerações, autores como José Gomes Canotilho, Flávia Piovesan e Ingo Wolfgang Sarlet entendem o artigo 5º, § 1º, como uma norma de cunho principiológico, isto é, traz um mandado de otimização, determinando o reconhecimento da maior eficácia possível no caso concreto.

Indo além, Sarlet entende que o princípio da eficácia plena e aplicabilidade imediata cria a presunção de aplicabilidade imediata, de modo que a recusa ao seu cumprimento precisa estar acompanhada de fundamentos que a justifiquem,

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 275.

<sup>41</sup> Luís Roberto Barroso classifica os direitos fundamentais quanto à posição jurídica ocupada, Ingo Wolfgang Sarlet classifica-os pela função exercida, já José Afonso da Silva opta pela classificação a partir do direito constitucional positivo.

atuando como uma espécie de regra geral a orientar os efeitos jurídicos dos direitos fundamentais<sup>42</sup>.

As relações entre direitos sociais e direitos fundamentais, segundo análise de Ricardo Lobo Torres, deram origem a três teses principais. Num primeiro momento, proclamou-se o primado dos direitos sociais sobre os fundamentais pelos adeptos do socialismo, que viam os direitos individuais como eminentemente burgueses.

Com o advento da social-democracia, em especial na Alemanha, manteve-se o primado dos direitos sociais, com a atribuição de fundamentalidade e plena efetividade a esses direitos. Esta teoria teve ampla recepção na doutrina brasileira a partir da década de 80, destacando-se os juristas Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso.

Com o colapso do socialismo e a crise do Estado de Bem-estar Social, ganhou campo a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos, pela qual direitos sociais estão no mesmo patamar dos direitos individuais, possuindo as mesmas características e fundamentos, de forma que estão subordinados à justiça social e vinculados a reserva do possível, constituindo-se como normas diretivas da atuação estatal.

Este abrandamento na compreensão dos direitos sociais culminou num impasse quanto à eficácia de tais direitos, abrindo espaço à teoria reducionista da fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e a otimização dos direitos sociais excedentes através de políticas públicas.

É desse vértice que Ricardo Lobo Torres aborda a eficácia dos direitos fundamentais sociais, a partir da noção de direito ao mínimo existencial. Segundo o autor, os direitos sociais são divididos em direitos sociais fundamentais e direitos sociais máximos.

Os direitos sociais fundamentais são aqueles que garantem ao cidadão condições mínimas de existência digna. Sustenta que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, “a idéia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.. 284-285.

essencial”<sup>43</sup>, de modo que a eles seria aplicável a lógica, a retórica e a eficácia dos direitos de liberdade, estando protegidos de constrições pelo Estado e por terceiros, além de plenamente garantidos pela jurisdição, independentemente de reserva orçamentária.

Já direitos sociais “máximos” são aqueles que excedem ao mínimo existencial, os quais devem ser implementados pela via democrática, através de políticas públicas, segundo a prática orçamentária, e, não sendo fundamentais, estão sujeitos a restrições pelo legislador democrático<sup>44</sup>.

Enfatiza Ricardo Lobo Torres que as prestações positivas para a proteção dos direitos sociais implicam sempre em despesa ao Estado.

Os direitos fundamentais sociais, consubstanciados no mínimo existencial, atribuem ao indivíduo um direito subjetivo face ao Estado, em razão de possuírem garantias institucionais.

Já os direitos sociais máximos necessariamente não que estar previstos no orçamento e respeitar a decisão política de escolha de prioridades, não sendo cabível a alocação de recursos públicos pelo Judiciário para satisfazer pretensões individuais a direitos sociais, pois “a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”<sup>45</sup>.

Conclui-se que, seja a partir da constatação de eficácias jurídicas distintas, seja pela delimitação de um mínimo existencial, os direitos fundamentais sociais não podem ser tratados em termos absolutos de tudo ou nada<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 42.

<sup>44</sup> Ibidem. p. 89.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 106.

<sup>46</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 192.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A partir da análise do que são os direitos sociais fundamentais, cabe a incursão num desses direitos em específico, o direito à saúde, cujo estudo é indispensável à análise que se pretende promover adiante sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo, isto porque em grande medida toda a problemática do tema surgiu a partir da conformação dada pela Constituição ao direito à saúde enquanto direito fundamental.

#### 3.1 DIREITO À VIDA

O direito à vida tem caráter de valor supremo ao ordenamento jurídico, que decorre de uma exigência prévia ao próprio ordenamento. Está previsto na Constituição Federal como o primeiro dos valores que orientam e dos quais irradiam os direitos fundamentais que estão dispostos ao longo do extenso artigo 5º e seus incisos.

Não cabe aqui adentrar na discussão do que vem a ser vida, são vários os conceitos e acepções que permeiam os diversos sentidos que a vida possa tomar. Basta assentar que, conforme orienta José Afonso da Silva<sup>47</sup>, a vida disposta no texto constitucional não corresponde apenas ao seu sentido biológico, inclui também o aspecto da unidade, da identidade e da continuidade do processo vital que vai do momento do nascimento até a morte.

Podemos extrair dos diversos dispositivos constitucionais que tratam diretamente e indiretamente do direito à vida, que esta, mais do que garantida, há de ser garantida com um mínimo de qualidade.

Essa mesma tendência é verificada por Norberto Bobbio nos recentes documentos internacionais e da Igreja, os quais tem aproximado o direito à vida à qualidade de vida<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Cf. “Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 197)

Nesse aspecto, cresce a importância da saúde, inclusive enquanto direito assegurado constitucionalmente, uma vez que só se pode pensar numa existência digna se garantido acesso a condições mínimas de saúde.

### 3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde se insere no rol dos direitos fundamentais por força do disposto no artigo 6º da Constituição Federal, que traz a saúde juntamente com a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, como direitos sociais<sup>49</sup>, dentro do título nominado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Mesmo que não o fosse expressamente, sua fundamentalidade se extrai da sua inquestionável ligação com o direito fundamental à vida, e mais ainda, como corolário da própria dignidade, eis que não é possível se falar em vida digna sem passar, necessariamente, pela existência de mecanismos de promoção e proteção da saúde.

Em seu viés negativo, no sentido de limite à atuação estatal e também dos particulares, quando esta significar afronta à saúde, não existem maiores controvérsias.

Mais do que um direito assegurado, a garantia da saúde é um dever do Estado, como resta consignado pelo art. 196 da Constituição Federal<sup>50</sup>, neste ponto residem as maiores controvérsias tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

---

<sup>48</sup> “Na tradição jusnaturalista, o direito à vida era reconhecido na forma rudimentar enunciada por Hobbes, do direito a não ser morto na guerra de todos contra todos do estado de natureza e, portanto, como direito, em última instância, à paz. Na Declaração de 89, podemos, quando muito encontrar uma referência à proteção da vida nos artigos 7, 8 e 9, que contêm os princípios fundamentais do habeas corpus. Hoje, o direito à vida assume uma importância bem diferente, ainda mais se começarmos a tomar consciência de que ele está se estendendo cada vez mais, como resulta dos mais recentes documentos internacionais e da Igreja, à qualidade de vida.” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 208)

<sup>49</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>50</sup> 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.

A grande questão que se coloca é quanto ao seu viés positivo, imposto pela Constituição ao Estado, quando estabelece ser seu dever garantir o direito à saúde através de políticas sociais e econômicas, associado ao preceito que garante eficácia imediata aos direitos fundamentais.

Se nas Constituições anteriores, o máximo que se verificou foi a menção ao direito à vida e dispositivos relativos à competência para legislar sobre saúde<sup>51</sup>, com a Constituição de 1988, o direito a saúde é elevado ao posto de direito fundamental, com eficácia imediata, e passa a ser imposto ao Estado uma postura ativa de garantidor da saúde.

É o próprio texto constitucional que estabelece como se dará a atuação estatal, ao lançar as diretrizes de um sistema único que reúne as ações e os serviços de saúde, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com a participação de todos os entes federados, que deu origem ao que hoje se denomina Sistema Único de Saúde.

Ingo Wolfgang Sarlet defende o reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos a prestações de saúde, decorrentes da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, que independem de prévia intermediação do legislador, contudo, observa que se trata de um postulado de maximização da eficácia dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Será no caso concreto a seara de análise da existência ou não de um direito subjetivo a prestações pelo Estado, momento em que será sopesado se o direito social pleiteado prevalece sobre o princípio democrático, de separação dos poderes ou outro bem constitucional colidente<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> A título de exemplo pode-se citar o artigo 150 da Constituição de 1967 e o artigo 5º, XV, b, da Constituição de 1946.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 373.

<sup>53</sup> “Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente, um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada.” (Ibidem. p. 374-375).



Assim, sustenta que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, existe um direito subjetivo a prestações de saúde, consistindo em limite à liberdade do legislador que autoriza sua concessão judicial.

Ricardo Lobo Torres, a partir da teoria do mínimo existencial, defende que somente o mínimo necessário à existência digna é considerado direito fundamental, e, em assim sendo, de plena eficácia<sup>54</sup>.

Assim, quanto ao direito à saúde, somente aquilo compreendido no mínimo existencial é que pode ser exigido perante o Judiciário, o que exceder ao mínimo existencial, ainda que direito assegurado constitucionalmente, somente poderá ser exigido pelas formas democráticas.

O direito à saúde possui duas faces, é direito fundamental, no que tange ao mínimo existencial, e direito social, no que exceder, conforme dicção dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Para o autor, o texto constitucional fez uma clara distinção entre as prestações do mínimo existencial e as dos direitos sociais, que se resumiria, em tese, à gratuidade das condições necessárias à existência e ao custeio pelas contribuições do sistema de seguridade da medicina curativa e do atendimento hospitalar público, a exceção dos pobres e indigentes, cujo custeio seria feito pelo Estado, independentemente de qualquer contraprestação, em razão do direito a um mínimo de saúde.

Indo um pouco além, Gustavo Amaral defende que além do grau de essencialidade, para a definição do que se insere no mínimo existencial, é necessário ponderar sobre o grau de excepcionalidade da situação concreta, isto é, ao magistrado cabe verificar se a essencialidade da prestação supera a excepcionalidade da situação, em caso positivo, deverá determinar o fornecimento da prestação, caso contrário, deverá acatar a escolha pública<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-81.

<sup>55</sup>“Em vistas dessas divergências, apresentamos uma outra formulação para o problema. As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa poderá ser apenas a existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá espaço para escolhas, devendo o Estado estabelecer critérios de alocação de recursos e conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.” (AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para

Seguindo a linha de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial é o núcleo da dignidade, aos qual se reconhece eficácia jurídica positiva, isto é, direito subjetivo de exigir judicialmente que seu efeito seja diretamente concretizado, eis que as normas definidoras não estão à disposição de deliberação do legislador ordinário, tendo sido resultado da opção feita pelo próprio constituinte ao estabelecer tais preceitos fundamentais<sup>56</sup>.

Partindo desta premissa, a autora busca identificar o conteúdo do mínimo existencial na área da saúde, ao que denomina prestações básicas de saúde.

Adverte que a maior dificuldade na definição do que a ser o mínimo nas prestações de saúde decorre da ausência de uma gradação do nível de saúde dos indivíduos e, por vezes, na impossibilidade de ter como critério o resultado obtido pela prestação, seja porque não há garantias de que seja eficiente a todos os pacientes, seja porque praticamente toda e qualquer prestação de saúde tem como fim último evitar a morte, a dor e sofrimento<sup>57</sup>.

A solução encontrada por Ana Paula de Barcellos é determinar as prestação básicas de saúde a partir das prestações de saúde disponíveis e não das condições melhores ou piores das pessoas<sup>58</sup>.

Rejeita utilizar como parâmetro a relação entre o custo da prestação e os benefícios que ela pode proporcionar a um maior número de pessoas, pois sua lógica utilitarista, de buscar maximizar o bem-estar da coletividade sem considerar as necessidades do ser humano individualmente considerado, não se coaduna com o postulado na igualdade essencial de todos.

Opta por adotar como critério o estabelecimento das prestações básicas a partir da análise de quais prestações são necessárias a todos os indivíduos ou que provavelmente irão necessitar ao longo da vida, o qual adota uma lógica igualitária, que tem como objetivo assegurar a todos um conjunto comum básico de prestações de saúde.

Este parâmetro, para a autora, vai ao encontro das prioridades para a área da saúde estabelecidas constitucionalmente, quais sejam: saneamento, atendimento

---

lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119)

<sup>56</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 273.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 324-325.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 325-326.

materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica, previstas nos artigos 23, IX, 198, II, 200, II e IV, e 227, § 1º e inciso I da Constituição Federal<sup>59</sup>.

Quando estabelece tais prioridades, o constituinte dá forma ao núcleo básico do direito à saúde, àquilo que pode ser judicialmente exigido e oponível ao Estado.

### 3.3 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

Conforme já referido acima, o dever do Estado de garantir a efetividade do direito à saúde, de acordo com o disposto no art. 196, *caput*, da Constituição Federal, será cumprido mediante políticas sociais e econômicas, isto é, por meio de políticas públicas a serem instituídas pelo Estado.

Primeiramente, cumpre delinear o que vem a ser política pública. De modo geral, advirta-se, eis que inexistente um conceito unívoco na doutrina.

Para Maria Paula Dallari Bucci,

“consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”<sup>60</sup>.

Partindo-se desta acepção de que são programas de ações governamentais orientadas a consecução de determinado fim<sup>61</sup>, temos que as políticas públicas de saúde determinarão os meios pelos quais se efetivará o dever constitucional de garantir o direito à saúde, cuja satisfação envolverá necessariamente a escolha de uma ação em detrimento de outra pela Administração Pública com a anuência do Legislativo.

Essa decisão política terá vez principalmente no momento da elaboração do orçamento, o qual informará a destinação dos recursos públicos e os valores a serem utilizados para a implementação dos serviços públicos<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Ibidem. p. 329.

<sup>60</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 14

<sup>61</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>62</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org). Orçamentos públicos e direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1091.

Ricardo Lobo Torres adverte que “todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social”<sup>63</sup>.

O orçamento público é, em suma, a previsão, consubstanciada em uma lei, das receitas e das despesas da Administração. Antonio L. de Sousa Franco o define como

“uma previsão, em regra anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos de cobri-las, incorporando a autorização concedida à Administração Financeira para cobrar receitas e realizar despesas e limitando os poderes financeiros da administração em cada ano”<sup>64</sup>.

Trata-se de um conjunto integrado de documentos que exprimem os planos e programas governamentais, sua formulação, aprovação, execução e avaliação<sup>65</sup>.

Muito já se discutiu acerca da natureza da lei orçamentária, subsiste, atualmente, o entendimento de que seja lei formal, no sentido de que não cria direitos nem deveres, no entanto, com cada vez mais reservas, em razão das previsões constitucionais de vinculação de receita, de tributos vinculados e de atuação incisiva do Judiciário sobre o orçamento para a garantia dos direitos fundamentais<sup>66</sup>.

O orçamento é peça chave de toda e qualquer política pública de saúde, a qual, invariavelmente, dependerá da alocação de recursos financeiros do Estado.

Atentando-se ao caráter não vinculativo do orçamento, as políticas públicas de saúde e, conseqüentemente, os gastos com saúde pelo Estado, deverão observar os limites previstos nas leis orçamentárias, seja por perigo de ofender os princípios orçamentários, seja pelo desrespeito à vontade popular externada pelo Legislativo ao eleger uma despesa, em detrimento de outras, como a mais importante, uma vez que os recursos financeiros são finitos.

---

<sup>63</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03.

<sup>64</sup> FRANCO, Antonio L. de Sousa. Finanças públicas e direito financeiro. 1. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p. 308.

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 738

<sup>66</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 97.

Bem observa Ricardo Lobo Torres que “a escassez de recursos limita os gastos em políticas sociais e a lei anual orçamentária acaba por se constituir no documento que sintetiza e dá objetividade numérica à atividade administrativa”<sup>67</sup>.

A importância da saúde dentre os deveres estatais, levou, inclusive, o legislador constitucional, a determinar, por meio da Emenda Constitucional nº 29/2000, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, necessariamente, invistam uma quantidade mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde, cujos percentuais atualmente estão previstos pela Lei Complementar nº 141/2012.

Assim, mesmo cabendo à política a decisão de quanto e onde investir recursos com vistas à concretização do direito à saúde, esta está constitucionalmente vinculada a valores mínimos, donde se revela a própria fundamentalidade de tal direito, cuja garantia, ao menos de seu núcleo essencial<sup>68</sup>, não está a mercê da vontade nem mesmo dos legitimados pelo povo.

A imposição deste dever ao Estado pela Constituição deu abertura à possibilidade do cidadão discutir judicialmente o papel do Estado enquanto provedor e garantidor do direito à saúde.

Lides de diversas naturezas chegam todos os dias perante o Judiciário envolvendo o direito à saúde e, mais especificamente, a atuação estatal ou a falta dela.

Essa discussão tem ganhado espaço nas pautas dos tribunais, são mais de 240.000 ações envolvendo o direito à saúde no Judiciário brasileiro, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>69</sup>.

O Ministério da Saúde estima que somente no ano de 2011, foram ajuizadas 12.811 novas ações judiciais que pleiteiam prestações de saúde em que a União figura como parte ré, e que no mesmo período foram gastos R\$ 243.954.000,00 pelo

---

<sup>67</sup> Ibidem. p. 76.

<sup>68</sup> Realça Ingo Wolfgang Sarlet que “principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitados ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 346)

<sup>69</sup> Relatório da quantidade de demandas de assistência à saúde nos Tribunais. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em : 17/10/2012.

governo federal com a aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais<sup>70</sup>.

É o Judiciário que, em última análise, estabelecerá a extensão que o direito à saúde adquire no caso concreto e, principalmente, o que se pode ou não exigir do Estado. Adverte Têmis Limberger que “as grandes questões do direito público neste terceiro milênio dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da administração referentes às políticas públicas”<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Intervenção judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justças Estaduais. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Ago/21/Panorama.pdf>>. Acesso em: 17/10/2012.

<sup>71</sup> LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 179-199, mai./ago. 2009. p. 183.

#### 4. DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO

Quando transportada a discussão sobre o direito à saúde para os tribunais, são várias as questões suscitadas e muitas lacunas ainda abertas.

Trata-se de um direito amplo, cujas escolhas públicas atingem, invariavelmente, toda a população, até mesmo aqueles cidadãos de alta renda, que não são usuários recorrentes dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado, como no caso dos programas de vacinação e, recentemente, quanto ao fornecimento do medicamento Tamiflu pelo Estado, no ano de 2009, em razão do surto da gripe H1N1<sup>72</sup>.

Os casos mais recorrentes e que tem sido alvo de muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência se referem ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, que levou, no ano de 2009, à Audiência Pública sobre Saúde no Supremo Tribunal Federal (STF), convocada pelo seu então Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Naquela oportunidade, o Presidente justificou a necessidade da audiência pública na existência de um grande número de demandas perante aquele Tribunal em que se buscava a suspensão de medidas cautelares que determinavam o fornecimento de prestações de saúde pelo SUS, pelas alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas suscitadas, a repercussão geral e o interesse público relevante da matéria<sup>73</sup>.

Em que pese a oitiva de diversos especialistas, autoridades e juristas renomados, os dados colhidos na audiência não levaram o STF a estabelecer parâmetros claros de atuação do Poder Judiciário até o momento, como se verá adiante, em especial no que tange ao fornecimento de medicamentos que não estão abarcados por políticas públicas de saúde já existentes.

No Recurso Extraordinário 566.471, no qual se discute o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui

---

<sup>72</sup> Em 2009, quando houve o surto mundial da gripe H1N1, o medicamento Tamiflu foi importado e distribuído de forma exclusiva pelo governo, não havendo a possibilidade de compra do referido medicamento em farmácias ou qualquer outro estabelecimento. Os critérios de distribuição foram inclusive objeto de diversas demandas judiciais, que no Estado do Paraná encerrou-se com a homologação de acordo entre Ministério Público Federal, União e Estado do Paraná (JFPR - ACP nº 2009.70.00.017241-2(PR)/0017241-72.2009.404.7000).

<sup>73</sup> Conforme se manifestou o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no despacho de convocação de Audiência Pública, de 05 de março de 2009.

condições financeiras de comprá-lo, o reconhecimento da repercussão geral aconteceu em 2007<sup>74</sup>, mas permanece pendente de julgamento, após pouco mais de três anos da realização da audiência pública.

Nestes casos, em que se formulam pedidos de fornecimento de medicamentos de alto custo, que não estão incluídos no rol de medicamentos ordinariamente fornecidos pelo Estado, ainda pendente de um posicionamento do STF, são postos com maior clareza os diversos aspectos que envolvem a decisão judicial que impõe ao Estado o dever de disponibilizar serviços públicos que a rigor deveriam partir de uma política pública.

A começar pelo próprio papel do Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição, tendo em vista os limites traçados pela própria Constituição à atuação de cada um dos Poderes.

Passando pela configuração do direito fundamental à saúde enquanto direito subjetivo, de importância destacada no sistema constitucional, que propõe uma eficácia imediata dos direitos fundamentais.

E, por fim, culminando na discussão do aspecto financeiro da decisão judicial que determina o fornecimento de medicamento que não estava previsto no orçamento e suas implicações nas contas do Estado.

A recusa pelo Judiciário em determinar o fornecimento de medicamento que seja talvez a única chance de sobrevivência de um paciente em estado grave, nunca será fácil e apresenta contornos muito mais dramáticos do que, por exemplo, a recusa em determinar a construção de uma casa a um sem-teto, em que pese também ser fundamental o direito à moradia, o que leva o magistrado, por vezes, a encarar o direito à saúde como absoluto no caso concreto e ignorar a dimensão coletiva que sua decisão necessariamente incorre.

Os argumentos aventados pelos entes públicos quanto à separação dos poderes, reserva do possível e disponibilidade orçamentária são afastados de forma genérica, sempre a partir da premissa de que a prestação de saúde quando

---

<sup>74</sup> Tema de repercussão geral: 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator Ministro Marco Aurélio. Leading Case: RE 566471. (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>)



necessária à preservação da vida do paciente deve ser disponibilizado pelo Estado, conforme preceitua o artigo 196, caput, da Constituição Federal<sup>75</sup>.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar detidamente os aspectos preponderantes, a partir, especificamente, das questões que permeiam o fornecimento pela via judicial de medicamentos de alto custo pelo Estado.

#### **4.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

O princípio da separação dos poderes consiste basicamente na delegação das funções governamentais, executiva, legislativa e jurisdicional, a órgãos distintos, e se fundamenta, segundo José Afonso da Silva, em dois elementos, especialização funcional e independência orgânica<sup>76</sup>.

Sua origem remonta à Grécia Antiga, quando Aristóteles destacou as três espécies de funções estatais, tendo proposto formas de governo a partir da limitação do poder<sup>77</sup>.

No entanto, foi Montesquieu, a partir da constatação das funções exercidas pelo Estado, quem primeiro afirmou que tais funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos e autônomos, dando origem à moderna teoria da separação dos poderes. Explica Celso Ribeiro Bastos:

“Em outras palavras, para Montesquieu a divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum desses pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer

---

<sup>75</sup> “Em demandas como a presente, em que se pleiteia o fornecimento gratuito de medicamento essencial à pessoa carente portadora de grave enfermidade, a jurisprudência amplamente majoritária orienta pelo acolhimento da pretensão, no sentido de reconhecer o direito postulado pelo cidadão, uma vez que prevalece o entendimento de que a saúde é direito fundamental do cidadão e dever do Estado, este compreendido em seu gênero (União, Estado ou Município), não prevalecendo normas inferiores à Constituição Federal a limitar ou restringir tal direito.” (TJPR - 5ª C.Cível - AC 892591-7 - Cambé - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 07.08.2012)

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 109.

<sup>77</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 25.

qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome.”<sup>78</sup>

Este modelo, proposto por um pensador proveniente da aristocracia francesa, de controle do poder, até então absoluto, foi incorporado pela classe burguesa em ascensão e se tornou princípio basilar dos estados constitucionais que se seguiram, consolidando-se como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais<sup>79</sup>.

Como já exposto anteriormente, quando se tratou do Estado Social de Direito, foram muitas as transformações na concepção de Estado de Direito, desde seu surgimento no século XVIII, assim, a análise do papel do Poder Judiciário há que partir necessariamente de uma interpretação do princípio da separação dos poderes contextualizada à realidade constitucional hodierna.

Destaca Ana Paula de Barcellos que a ampliação significativa do conteúdo da Constituição, que refletiu diretamente nas relações entre o Poder Judiciário e os outros dois Poderes, não foi seguida de uma reformulação do consagrado princípio da separação dos poderes<sup>80</sup>.

Cabe lembrar que nem mesmo em sua origem<sup>81</sup>, a separação dos poderes significou, na prática, uma divisão estanque de funções entre os três poderes, portanto, não é novidade a permeabilidade e flexibilidade que o princípio possui na prática.

Além disso, o Brasil, desde a primeira república, sofreu influência direta do modelo americano de separação dos poderes, de poderes mutuamente dependentes, calcado na ideia de freios e contrapesos, já distinto do modelo francês pós-revolucionário de poderes independentes e harmônicos entre si<sup>82</sup>.

No entanto, a controvérsia quanto à observância do princípio da separação dos poderes pelo Poder Judiciário quando determina o fornecimento de certo

---

<sup>78</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 353-354.

<sup>79</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

<sup>80</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.261.

<sup>81</sup> CLÈVE. Op. cit. p. 36.

<sup>82</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 121.

medicamento decorre justamente das mudanças levadas a cabo pela Constituição de 1988, que refletem diretamente nas funções de cada um dos três poderes.

Com o status alcançado pelos direitos sociais, neles incluído o direito à saúde, de fundamentais, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, a atuação do Poder Judiciário aproximou-se ainda mais a dos outros dois poderes, pois passou a ter que garantir pela via judicial, conforme determinou o texto constitucional, prestações devidas pelo Estado e assim, necessariamente, dizer sobre atividades típicas do administrador público e do legislador<sup>83</sup>.

Isto porque ao Judiciário não é dado deixar de analisar lesão ou ameaça de direito, seja ele proveniente do particular ou da Administração Pública, conforme preceitua o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, ao trazer o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É próprio da natureza do Poder Judiciário interferir na atividade dos demais poderes, já que seu papel constitucional é justamente verificar a compatibilidade dessas atividades com a Constituição<sup>84</sup>.

Neste sentido, complementa Thiago Lima Breus que “a revisão do papel dos poderes públicos, em especial do Judiciário, com vistas a garantir a plena eficácia das normas constitucionais, é um imperativo do Estado Constitucional”<sup>85</sup>.

Tratando da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, defende Ana Paula de Barcellos que o princípio da separação dos poderes não é argumento válido para a não efetivação das normas que expressam a dignidade da pessoa humana, eis que possui natureza instrumental, sendo uma fragmentação do poder a serviço da preservação dos direitos e liberdades individuais, mormente quando o

---

<sup>83</sup> “De fato, circunstâncias como a amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito (v. infra) deram lugar a um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos.” (BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 348)

<sup>84</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 149.

<sup>85</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 245.

modelo que consagrou o legislativo e a lei não mais atende às necessidades da sociedade atual<sup>86</sup>.

A intervenção do Judiciário nas atividades dos demais poderes é plenamente compatível com o princípio da separação dos poderes e com a democracia, desde que pautado pelo respeito à Constituição.

É esta a conclusão a que chegou o STF ao tratar do controle jurisdicional da atividade do Legislativo<sup>87</sup>, tendo se tornado referência o referido julgado quando o assunto é a atuação judicial no controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Da mesma forma que o Legislativo e o Executivo estão vinculados à Constituição, o Judiciário também não pode exercer funções ou tomar decisões que não cabem em sua competência.

A questão que se coloca é quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário, que, ao mesmo tempo em que deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais, não pode invadir a esfera de atuação dos outros poderes<sup>88</sup>.

No que tange ao direito à saúde, e mais especificamente quando a lide versa sobre o fornecimento de medicamento de alto custo que não está incluído no rol de medicamentos fornecidos pelo SUS, o que se constata é uma sobreposição do Judiciário sobre os outros Poderes, pois está a definir uma política pública mesmo que indiretamente.

Ao decidir, no caso concreto, que determinado medicamento deve ser adquirido e fornecido pela Administração Pública, o magistrado está definindo uma prioridade e alocando recursos antes destinados a outras finalidades pelo Poder Legislativo.

---

<sup>86</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 261.

<sup>87</sup> “É preciso não perder de perspectiva que, no regime constitucional que consagra o Estado democrático de direito, as decisões políticas emanadas de qualquer das Casas do Congresso Nacional, na medida em que delas derivem conseqüências de ordem jurídica, estão sujeitas ao controle jurisdicional, desde que tomadas com inobservância da Constituição. Quando estiver em questão a necessidade de impor o respeito à ordem constitucional estabelecida, a invocação do princípio da separação de poderes não terá a virtude de exonerar qualquer das Casas do Congresso Nacional do dever de observar o que prescreve a Lei Fundamental da República.” (STF. MS 23452/RJ, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1999, DJ 08-06-1999 PP-00011)

<sup>88</sup> LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 179-199, mai./ago. 2009.p. 185.

Explica-se, a disposição contida no artigo 5º, §1, da Constituição Federal, que garante eficácia imediata às normas definidora de direitos e garantias fundamentais, não importa numa automática efetividade absoluta do direito à saúde, mas sim em seu núcleo essencial, neste sentido é o entendimento de Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos<sup>89</sup>.

Não se tratando, pois, de prestação incluída no mínimo existencial, conforme leciona Ricardo Lobo Torres<sup>90</sup>, a decisão do magistrado que altera a destinação de uma receita constante da lei orçamentária, regularmente aprovada pelo Legislativo, e impõe ao Executivo que dê destinação diversa ao recurso para cumprir sua decisão, está tomando para si a competência tanto do Legislativo quanto do Executivo, de conjuntamente formular e executar políticas públicas.

Oportunos os dizeres de Gustavo Amaral, para quem

“Havendo vários critérios e procedimentos a serem escolhidos e combinados, a escolha ganha caráter nitidamente político e, enquanto tal, deve passar pelo crivo político, com o Judiciário guardando-se para o controle não do conteúdo, mas da forma e de eventuais excessos”<sup>91</sup>

Trata-se de um “modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário”<sup>92</sup>, em que o Poder Judiciário acaba por assumir as funções de governo de formulação de políticas públicas.

Diferentemente do Legislativo e do Executivo, o Poder Judiciário não é responsabilizado politicamente pelas opções políticas que suas decisões expressam.

O magistrado ao determinar o fornecimento de determinado medicamento de alto custo que não é disponibilizado pelo SUS está sobrepondo sua percepção do que é prioridade na área da saúde, mas diferentemente dos atores políticos que tem suas escolhas periodicamente avaliadas por meio do voto, não está sujeito a nenhum controle democrático pelas opções feitas judicialmente.

---

<sup>89</sup> Cf. Capítulo 2.

<sup>90</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-81.

<sup>91</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 121.

<sup>92</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 150-151.

Por isso, a importância de se manter hígida a separação dos poderes, eis que, como alerta António José Avelãs Nunes, aceitar essa ingerência do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes abre um caminho perigoso que ameaça a estrutura do Estado democrático<sup>93</sup>.

## **4.2 DIREITO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE VERSUS DIREITO A POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

A propriedade do controle jurisdicional e, conseqüentemente, a observância do princípio da separação dos poderes, está intrinsecamente ligada ao que se entende por direito à saúde enquanto direito fundamental cuja eficácia é plena e a aplicabilidade imediata.

O Poder Judiciário, em regra, quando determina o fornecimento de medicamento pelo Estado, baseia-se num direito subjetivo<sup>94</sup> do indivíduo a ter todo e qualquer tratamento de que necessita.

O artigo 196 da Constituição Federal prescreve um direito coletivo, de acesso universal e igualitário, que o Estado deve garantir por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Assenta José Reinaldo de Lima Lopes que “nos artigos 196 a 200 não consta que o direito à saúde seja direito subjetivo público, nem que haja responsabilidade da autoridade quando da falta ou insuficiência do serviço”<sup>95</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, nas palavras de António José Avelãs Nunes, tem feito “tábua rasa” desse preceito, ao entender o direito à saúde

---

<sup>93</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 36.

<sup>94</sup> Para Hans Kelsen, direito subjetivo em sua essência é um poder concedido ao seu titular de fazer valer seu direito, “mais do que o simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 95).

<sup>95</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 125.

como direito individual, cujo cumprimento pode ser exigido diretamente através de ação judicial<sup>96</sup>.

A visão do direito à saúde enquanto direito individual leva à utilização dos mesmos critérios adotados na resolução de conflitos que envolvem direitos civis e políticos, cujo caráter é eminentemente individual.

Incorpora-se a racionalidade liberal das relações bilaterais entre credor e devedor<sup>97</sup>, de modo que verificada a tutela constitucional ao direito à saúde, cabe ao Judiciário exigir do Estado-devedor a prestação necessária à garantia da saúde do indivíduo-credor.

Essa visão restrita deixa à margem aspectos indispensáveis à completa compreensão do direito à saúde, isso porque consistindo eminentemente num direito social, destinado à coletividade, demanda para sua efetivação mais do que subsunção do fato à norma.

Falar sobre direito à saúde é necessariamente tratar de políticas públicas, da alocação de recursos públicos num ou noutro lugar, o que não é dado fazer no bojo de uma ação judicial individual.

Ainda assim, a par das restrições ao Judiciário em razão da separação dos poderes e de sua legitimidade democrática para definir políticas públicas, o direito à saúde precisa ser pensado coletivamente, o que não se vislumbra nas demandas individuais.

Reconhecer eficácia ao direito à saúde não pode ensejar proteção a partir das estruturas criadas para os direitos individuais, tampouco que sejam judicialmente discutidos da mesma maneira<sup>98</sup>.

A decisão que defere um tratamento de alto custo a um único paciente não só não resolve o problema da saúde pública, como também pode significar um decréscimo nas políticas públicas já existentes, uma vez que implica

---

<sup>96</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 35.

<sup>97</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

<sup>98</sup> Ibidem. p. 597

necessariamente da alocação de recursos para fim diverso do pretendido pelo Legislativo<sup>99</sup>.

Virgílio Afonso da Silva aponta ser uma “premissa tão simples quanto falsa” crer que sempre é positiva a complementação de políticas públicas pelo Judiciário, eis que a realização de direitos sociais implica em gastos públicos, os quais são muito maiores dos que os gastos com direitos civis e políticos.

Explica o autor que, reconhecidos os custos de todo e qualquer direito, ainda assim, é possível fazer uma distinção dentre os direitos sociais e direitos civis e políticos, pois aos direitos sociais, para além dos custos com manutenção das instituições políticas e judiciais e da segurança inerentes a todos os direitos, importam em mais gastos para sua efetivação<sup>100</sup>.

Aí reside o perigo da análise individual, pois se uma decisão isoladamente considerada não é apta a gerar grande impacto no orçamento público, a existência de centenas ou milhares de demandas iguais a ela terão um grande impacto no orçamento e na saúde financeira do Estado.

Ademais, é necessário refletir se, caso a demanda fosse intentada coletivamente, para que se garantisse o fornecimento do mesmo tratamento a todos que comprovadamente dele necessitassem, o entendimento judicial seria o mesmo<sup>101</sup>, pois, em observância ao princípio da isonomia, a justiça deve ser aquela que possa ser assegurada a todos que estejam em situação similar<sup>102</sup>.

É neste ponto da reflexão que surgem os questionamentos quanto aos custos do fornecimento judicial, reconhecer um direito a uma pessoa, em especial

---

<sup>99</sup> “Existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver” (APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 184)

<sup>100</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593

<sup>101</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 355

<sup>102</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.



em termos de custos e benefícios, pode significar negar esse mesmo direito a muitas pessoas que sequer podem ser identificadas na demanda individual<sup>103</sup>.

Por isso, para Luís Roberto Barroso, nas ações individuais deve o Judiciário se limitar a efetivar o fornecimento dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelo SUS em suas diversas instâncias, cabendo às ações coletivas, por seu efeito *erga omnes*, discutir a alocação de recursos, seja para a inclusão de novos medicamentos, seja para a revisão dos que já tem seu fornecimento previsto, ou, ainda, às ações de controle de constitucionalidade para avaliação das alocações orçamentárias<sup>104</sup>.

O fornecimento de medicamentos não pode se restringir a uma abordagem individual dos problemas sociais, mas deve se pautar por uma gestão eficiente dos recursos públicos, levando-se em conta custos e benefícios, a partir do prisma de direito coletivo promovido por políticas públicas<sup>105</sup>.

### 4.3 RESERVA DO POSSÍVEL E LIMITES ORÇAMENTÁRIOS

Além das considerações acima expostas existe outro dado que não pode ser ignorado quando da implementação judicial do direito à saúde, a realidade.

Aqui, valem os ensinamentos de Luís Roberto Barroso acerca da “insinceridade normativa” da Constituição, que aponta não bastar a existência de

---

<sup>103</sup> GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 345.

<sup>104</sup> Luís Roberto Barroso apresenta três razões ao seu posicionamento, em primeiro lugar, a exigência natural das ações coletivas de que se avalie o contexto geral das políticas públicas, possibilitando uma melhor visualização da dimensão da necessidade e dos recursos disponíveis para o atendimento universal, em segundo lugar, a discussão desloca-se para a macro-justiça permitindo que se examine a alocação de recursos e a definição de prioridades em caráter geral, por fim, em terceiro lugar, a decisão terá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e universalidade do atendimento, (BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-direito-falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>>. Acesso em 01/10/2012. p. 30-33)

<sup>105</sup> LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 179-199, mai./ago. 2009. p. 196.

previsão de inúmeros direitos e garantias, sem que estabelecesse meios para seu efetivo cumprimento<sup>106</sup>.

Da mesma forma, não basta ao Judiciário fazer um juízo dissociado da realidade, a partir unicamente da análise do disposto no artigo 5º, § 1º e inciso XXXV da Constituição Federal, ao que Gustavo Amaral considera equivocado sob todo e qualquer aspecto<sup>107</sup>.

Nessa seara, relevante trazer à lume a reserva do possível, um conceito criado pelo Tribunal Constitucional Alemão para expressar o âmbito de discricionariedade do legislativo na seara dos direitos sociais garantidos pelo Estado.

No caso alemão, em que se discutia a possibilidade do Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para os alunos aprovados fora do número de vagas existentes, a Corte Alemã entendeu que competia ao legislador, por sua legitimidade democrática, analisar as necessidades da comunidade em conjunto com as disponibilidades financeiras e definir o número de vagas a serem disponibilizadas no ensino superior.

A reserva do possível como apresentada pelo Tribunal Alemão possui três dimensões, a saber: a possibilidade fática e a jurídica e a exigibilidade pelo destinatário da norma<sup>108</sup>.

Explica-se, a possibilidade fática diz respeito à existência de recursos para a implementação do direito, a possibilidade jurídica trata da capacidade jurídica para dispor dos recursos existentes, idéia intimamente ligada à competência tributária, previsão orçamentária e distribuição de receitas, e a exigibilidade pelo destinatário refere-se àquilo que o indivíduo pode exigir do ente estatal, cujo cerne concentra-se na proporcionalidade e razoabilidade da prestação pretendida.

Quando transportado para o cenário brasileiro, o que nascera como um conceito heurístico reservado aos direitos sociais, que na Alemanha não têm status de fundamentais, passou a ser utilizado como princípio aplicável aos direitos sociais

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 354.

<sup>107</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 304.

fundamentais para limitar sua eficácia, em razão das disponibilidades financeiras e orçamentárias, cujo manejo caberia ao Executivo e ao Legislativo<sup>109</sup>.

Para Fernando Facury Scaff, a reserva do possível é um conceito econômico que expressa a escassez de recursos, que impõe sejam eleitas prioridades a partir da disponibilidade financeira, sejam nas escolhas feitas pelo Estado, sejam nas escolhas feitas pelo indivíduo em sua vida privada<sup>110</sup>.

Tiago Lima Breus a entende como condição de realidade para a Administração não custear a promoção de direitos sociais, que só é aplicável quando comprovado que os recursos existentes estão sendo aplicados de forma adequada<sup>111</sup>.

Na teoria de Ricardo Lobo Torres, a reserva do possível não se aplica ao mínimo existencial, ou seja, aos direitos fundamentais sociais, contudo é totalmente compatível com os direitos sociais, cuja implementação depende de reserva de lei e efetiva realização pela Administração Pública, por isso o entendimento de que houve um desvirtuamento do conceito pela doutrina brasileira, que passou a considerar a reserva do possível para a efetivação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial<sup>112</sup>.

Filiando-se à teoria de Ricardo Lobo Torres, verifica-se que ao menos em sua grande maioria, as decisões que determinam o fornecimento de medicamentos de alto custo estão a cuidar de matéria afeta às políticas públicas.

Em primeiro lugar, porque não se faz um juízo da fundamentalidade do direito em questão, não se trabalha com o mínimo existencial, apenas assume-se a saúde como direito a ser protegido de forma integral.

Em segundo lugar, porque tratam dos limites à efetivação do direito como de menor importância, como se fossem apenas uma justificativa da Administração Pública para não implementá-lo, em vez de um limite concreto a sua realização.

---

<sup>109</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

<sup>110</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 97.

<sup>111</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 272.

<sup>112</sup> TORRES. Op. cit. p. 106.

Correlata à idéia de reserva do possível está a de escolhas trágicas<sup>113</sup>, que se refere às escolhas que são feitas em face de recursos escassos, analisando os paradigmas que servem de parâmetro a realização dessas escolhas.

Não há como se sustentar que o Estado possa fornecer toda e qualquer necessidade do indivíduo em termos médicos. Esta escassez, aliás, não é exclusividade da realidade brasileira, atualmente, não há em nenhum país do mundo recursos financeiros suficientes para o atendimento de toda e qualquer necessidade médica dos indivíduos<sup>114</sup>.

No caso brasileiro de fornecimento de medicamentos de alto custo, a primeira questão levantada é a quem cabe fazer essas escolhas em primeiro lugar.

A própria Constituição traz a resposta ao dispor sobre a elaboração e execução das leis orçamentárias, já que estabelece ser do Poder Legislativo a competência para fixar despesas e prever receitas.

A existência de percentuais mínimos a serem investidos na área da saúde não retira o poder decisório do Legislativo em definir políticas públicas, isto porque mesmo quanto aos valores já fixados para prestações de saúde, terá que ser decidido em quais serviços e em que medida serão alocados os recursos.

Admitir a escassez de recursos é o primeiro passo para reconhecer os limites concretos a uma interpretação extensiva de um direito subjetivo à saúde. É imperiosa a necessidades de escolhas do que fornecer e a quem fornecer.

Quando levada em juízo, aos que defendem a abstenção do Judiciário no fornecimento de medicamentos que não estão previstos nas listagens do SUS, argumenta-se que não existem recursos suficientes para atendimento de todas as necessidades dos indivíduos e que, assim, devem ser atendidas as necessidades escolhidas pelo legislador e pelo administrador enquanto prioritárias, diante da disponibilidade financeira do Estado<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Conceito desenvolvido por Calabresi e Bobbit, que demonstra a relação entre as escolhas feitas pela sociedade e suas conseqüências com os valores que as norteiam. (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978)

<sup>114</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 37.

<sup>115</sup> O então Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Tofoli, na Audiência Pública da Saúde, defendeu que “a atuação do administrador está limitada pela cláusula de reserva do financeiramente possível. Esse é um dos fundamentos maiores da defesa da União junto às liminares que são concedidas para bloqueio de bens ou fornecimento de dados medicamentosos e de serviços de saúde, a cláusula de reserva do financeiramente possível, devendo utilizar-se de

Por outro lado, os que estão a pleitear o fornecimento de medicamentos pela via judicial contra argumentam que a reserva do possível não pode ser utilizada para restringir o direito à saúde da população<sup>116</sup>, tendo em vista que há recursos suficientes para garantir o cumprimento das decisões judiciais e que, não raro, não são gastos integralmente os recursos disponibilizados para a área da saúde<sup>117</sup>.

Fernando Facury Scaff aponta que o Judiciário ao redistribuir o dinheiro que possuía outras destinações ao invés de implementar direitos sociais, que é a sua tônica, está a atribuir direitos individuais, aplicando o dinheiro público a custear verdadeiros planos de saúde privados<sup>118</sup>.

Eduardo Appio ao tratar da hipótese de determinação judicial de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado quando não há política pública nesse sentido, aponta que a tônica do debate não reside na violação ao princípio da separação dos poderes, mas sim no papel do Estado na distribuição dos recursos públicos entre seus cidadãos<sup>119</sup>, que não cabe ao Judiciário tomar para si.

Um exemplo bastante ilustrativo dos limites que cerceiam a escolha dos medicamentos a serem fornecimentos pelo Estado é trazido por Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira, em trabalho apresentado como subsidio à Audiência Pública sobre Saúde promovida pelo STF<sup>120</sup>.

Nele, os autores calculam qual seria o valor gasto com o fornecimento dos medicamentos Interferon Peguilado, Infliximabe, Etanercepte e Adalimumabe,

---

escolhas que beneficiem a maior parte da população". Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Jose\\_Antonio\\_Di\\_Di\\_Toffoli\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Di_Di_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em 02/11/2012.

<sup>116</sup> Neste sentido, a manifestação do Defensor Público-Geral da União, Dr. Leonardo Lorea Mattar, na Audiência Pública da Saúde. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Dr.\\_Leonardo\\_Lorea\\_Mattar\\_Defensor\\_Publico\\_Geral\\_da\\_Uniao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar_Defensor_Publico_Geral_da_Uniao.pdf)>. Acesso em 02/11/2012.

<sup>117</sup> Neste sentido, a manifestação do Defensor Público da União, André Da Silva Ordacgy, na Audiência Pública da Saúde. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Andre\\_da\\_Silva\\_Ordacgy\\_Defensor\\_Publico\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy_Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em 02/11/2012.

<sup>118</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 108.

<sup>119</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173.

<sup>120</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Recurso\\_s\\_escassos\\_e\\_equidade.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recurso_s_escassos_e_equidade.pdf)>. Acesso em 19/11/2012.

considerados as mais recentes drogas disponíveis no mercado para o tratamento de hepatite viral crônica e artrite reumatóide, a todos os cidadãos portadores da doença, a partir de estimativa do Ministério da Saúde.

Concluem que o gasto chegaria a 99,5 bilhões, isto para o tratamento de apenas duas doenças, que atingem cerca de 1% da população brasileira, quando o gasto total com saúde no ano de 2006 foi de aproximadamente 85,7 bilhões.

Apesar de ser um exemplo extremo, retrata com clareza a necessidade de avaliar a escassez de recursos para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, não basta ser a medida mais eficaz em face da doença, é preciso que caiba no orçamento, por isso a importância da escolha pública das prioridades a serem atendidas pelo sistema público de saúde.

Escolhas precisam ser feitas. O Judiciário ao decidir pelo fornecimento individualizado também está fazendo uma escolha, que pode não ser a mais justa no caso concreto, seja porque não leva em consideração o impacto de sua decisão, seja porque privilegia aqueles que têm acesso à jurisdição<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Para Ricardo Lobo Torres, “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países” (TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 129).

## 5. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Sendo diversas as questões envolvidas no dimensionamento do direito à saúde pelo Poder Judiciário, quando levadas em juízo as prestações públicas de saúde ou a falta delas, passa-se a analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

### 5.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não tem firmado posicionamento em relação ao caso específico de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado.

Foi reconhecida a repercussão geral do tema em 03/12/2007, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário nº 566471, no qual recorre o Estado do Rio Grande do Norte do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado que determinou o fornecimento do medicamento Arimidex à portadora de doença grave, que não possuía condições financeiras de arcar com os altos custos do remédio.

Como o processo aguarda julgamento, os demais recursos que tratam da mesma matéria encontram-se sobrestados nos Tribunais de origem.

Contudo, em matéria de direito à saúde em face do Estado, alguns posicionamentos válidos ao fornecimento de medicamentos de alto custo já estão consolidados.

É pacífica no STF a legitimidade da intervenção jurisdicional quando constatado o descumprimento pelo Estado de políticas públicas previstas na Constituição, inclusive nos casos que envolvem a efetivação do direito à saúde<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

Daniel Wei Liang Wang em sua análise da jurisprudência sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, feita em 2006<sup>123</sup>, já apontava que as decisões do STF entendiam o direito à saúde como um direito jurisdicionalmente tutelável, cabendo ao Judiciário atuar quando o Estado fosse omissivo de forma anômala ou por comportamento desviado<sup>124</sup>.

Quando o tema é a abrangência do direito à saúde, o acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 12/09/2000, no Recurso Extraordinário 271.286, é referência para os Tribunais inferiores<sup>125</sup>.

Em que pese, seu conteúdo tenha sido bastante específico ao reconhecer a constitucionalidade da legislação gaúcha que garantiu o direito dos portadores de AIDS à obtenção de medicamentos do Estado e restringir este direito a pessoas carentes, sua ementa fez constar que o “direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”.

Ricardo Lobo Torres aponta que a partir desta “decisão de estilo maximalista, esparramado e bombástico”<sup>126</sup>, os tribunais inferiores passaram a utilizar os dispositivos constitucionais para legitimar a eficácia positiva das prestações na área da saúde de forma indiscriminada.

Crítica semelhante é tecida por Fernando Facury Scaff, que cita o julgamento da Petição nº 1246-1, no qual o Plenário do STF ao final decidiu pelo não cabimento da medida recursal intentada, mas cujas razões expostas na decisão

---

<sup>123</sup> Em trabalho sob título “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, apresentado na XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia, o autor fez uma análise de 31 decisões que tratavam do direito à saúde, constatando que em todas as decisões foram concedidos os medicamentos ou tratamentos pleiteados, não tendo sido aceito em nenhuma delas o argumento da escassez de recursos, bem como sendo todas as decisões referentes a uma tutela individual do direito à saúde.

<sup>124</sup> WANG, Daniel Wei L. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE), XI, 2007, Brasília. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>. Acesso em 11/11/2012. p. 7.

<sup>125</sup> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (STF. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

<sup>126</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.253



monocrática do Ministro Celso de Mello serviram como fundamento para diversas decisões daquele Tribunal Superior e, inclusive, demais órgãos do Poder Judiciário.

O argumento exposto pelo Ministro, que viria a ser propagado em diversas decisões, foi o de que:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.”

O autor defende que este tipo de decisão em abstrato não possui valor de precedente jurisprudencial, tampouco de jurisprudência firmada pelo STF, ao contrário de como são acatadas nas diversas instâncias judiciais<sup>127</sup>.

Aponta Gustavo Amaral, que, dentre os precedentes do STF, especialmente nas decisões de lavra do Ministro Celso de Mello não se reconhece a necessidade de uso racional dos recursos públicos, isto é, o julgamento é feito a partir do contraste entre um direito subjetivo e inalienável à saúde e um interesse financeiro subalterno do Estado, como no Recurso Extraordinário 271.286, já citado anteriormente<sup>128</sup>.

O STF sinalizou uma alteração de entendimento quando, em meados de 2007, a sua então Presidente, Ministra Ellen Gracie, nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91<sup>129</sup>, entendeu que a decisão que concedera a tutela antecipada para o fim de determinar ao Estado de Alagoas o fornecimento de uma série de medicamentos não previstos nas políticas públicas existentes aos pacientes renais crônicos em hemodiálise e transplantados configurava-se em lesão à ordem pública.

Foi a primeira vez que a tese de insuficiência de recursos públicos foi aceita, reconhecendo-se que o fornecimento de medicamentos não pode resultar na inviabilidade do sistema público de saúde.

---

<sup>127</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 119.

<sup>128</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170-171.

<sup>129</sup> STA 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167.

Desde então, algumas decisões tem considerado a escassez de recursos no bojo de sua argumentação, mas, segundo Gustavo Amaral, o STF tende a considerar os limites orçamentários quando os casos não envolvem riscos imediatos e diretos de morte, caso da Suspensão de Tutela Antecipada 185-2<sup>130</sup> e Suspensão de Segurança 3350<sup>131</sup>.

Já em casos nos quais as enfermidades podem levar à morte ou a condições físicas degradantes, a Presidência do STF tem se limitado a suspender a imposição de multa diária, como na Suspensão de Tutela Antecipada nº 287<sup>132</sup>.

Mais recentemente, após a realização da Audiência Pública da Saúde, destaca-se o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175<sup>133</sup>.

Apesar da demanda se restringir à tutela antecipada concedida por acórdão do Tribunal Regional da 5ª Região, no voto lavrado pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, foram abordadas, genericamente, questões atinentes à concretização do direito à saúde a partir de determinações judiciais de fornecimento de medicamentos pelo Estado, numa tentativa de serem estabelecidos parâmetros à atuação judicial.

A partir dos dados colhidos durante a realização da Audiência Pública da Saúde, estabeleceu como ponto de partida a verificação da existência de política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada judicialmente.

---

<sup>130</sup> Na Suspensão de Tutela Antecipada 185-2, foi deferido o pedido de suspensão da execução do acórdão que havia determinado à União que, no prazo de 30 dias, disponibilizasse pela rede pública de saúde os procedimentos cirúrgicos necessários à mudança de sexo por transexuais, até seu trânsito em julgado. (STA 185-2, Relatora: Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pela Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 10/12/2007, publicado em DJ 14/12/2007)

<sup>131</sup> Na SS 3359, foi deferido o pedido de suspensão da execução do acórdão que concedeu a segurança determinando o fornecimento à paciente portadora de infertilidade feminina de medicamentos para anaovulação, até seu trânsito em julgado. (SS 3350, Relatora: Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pela Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 16/08/2007, publicado em DJ 23/08/2007 PP-00037)

<sup>132</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131.

<sup>133</sup> Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

Existindo previsão legal ou administrativa, consigna que não há maiores controvérsias na determinação judicial para o cumprimento da política pública já definida pelo Estado.

De fato, nesse caso, trata-se de hipótese em que não há qualquer ingerência do Judiciário nas competências legislativas e executivas, uma vez que a disponibilização da prestação de saúde já estava prevista, tendo sido uma decisão do Estado o fazer de forma igualitária e universal, conforme dicção constitucional, não podendo se imiscuir dos deveres que regularmente assumiu.

Não havendo política pública versando sobre o tratamento ou medicamento pleiteado, são três as possibilidades: a existência de vedação legal ao seu fornecimento, a existência de uma decisão da administração pública de não fornecê-lo e, por fim, a omissão legislativa ou administrativa quanto ao fornecimento.

Na primeira hipótese, incluem-se os freqüentes casos em que se pleiteiam medicamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O entendimento exarado foi no sentido de entender o registro na ANVISA como condição necessária para se atestar a segurança do medicamento, sem o qual a Administração não pode sequer cogitar a incorporação ao SUS, a partir do disposto no artigo 12 da Lei nº 6.360/76<sup>134</sup>, de modo a restar configurada uma vedação legal ao fornecimento, inclusive pelo Judiciário.

Na segunda hipótese, de existência de decisão administrativa de não fornecer o tratamento pleiteado, o Relator analisa duas situações, quando há tratamento alternativo oferecido pelo SUS, mas que não é adequado ao paciente, e quando não há qualquer tratamento para a patologia.

Em que pese as oportunas colocações quanto à medicina baseada em evidências e a necessidade de haver comprovação científica da eficácia para a inclusão no SUS, interessante destacar que o acórdão é silente quanto à possibilidade de haver uma decisão administrativa de não fornecimento amparada no seu alto custo, que possa inviabilizar seu fornecimento universal e igualitário a todos os usuários do SUS.

---

<sup>134</sup> A Lei nº 6.360/76 ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, determina em seu artigo 12 que nenhum dos produtos de que trata a Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

O acórdão restringe-se a afirmar que deve ser privilegiado o tratamento oferecido pelo SUS. Havendo a comprovação de que o tratamento disponível é ineficaz, dadas as condições específicas do organismo do indivíduo, entende que se impõe ao Estado o dever de fornecer o tratamento adequado ao indivíduo, podendo ser compelido a tanto judicialmente.

Dados importantes como a reserva do possível, a escassez de recursos e as escolhas trágicas, que chegaram a ser citadas, são, contudo, desprezadas na argumentação, o que leva a um juízo precário da existência ou não de um direito subjetivo apto a gerar o dever estatal de prestação, pois a escassez de recursos impõe que se opte por não financiar determinado tratamento, sob pena de não haver recursos públicos para outros serviços mantidos pelo Estado.

Não basta que haja ampla dilação probatória que comprove a eficácia do medicamento e a necessidade do paciente, pois a reserva do possível é um limite ao custeio do ideal de saúde individual.

Prossegue o Relator afirmando que em caso de omissão estatal na elaboração de Protocolo Clínico para determinada enfermidade, deve o Judiciário intervir, argumentando que não pode existir diferença entre as opções disponíveis aos usuários da rede pública e da rede privada, salientando a possibilidade de acesso ao Judiciário tanto por ação individual quanto coletiva.

Essa passagem é exemplo de uma visão dos serviços públicos de saúde como verdadeiros planos de saúde privados, pois permite a intervenção judicial em pleitos individuais, como se o Sistema Único de Saúde fosse o segurador universal da saúde de todo indivíduo<sup>135</sup>.

Fernando Facury Scaff avalia esse julgado como um enorme avanço jurisprudencial no trato do direito à saúde, mas ressalva que foram deixadas brechas para o custeio de planos de saúde individuais.

A considerar que o julgado se referia a um pleito de suspensão de tutela antecipada, cuja decisão se restringiu a verificar a existência de perigo de grave lesão a valores atinentes à ordem, à economia, à saúde, ou à segurança pública, não existe ainda um posicionamento definitivo quanto ao tema aqui abordado, tampouco o enfoque adequada à questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos.

---

<sup>135</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 127.

## 5.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça estabelece que o controle judicial de políticas públicas não pode se dar de maneira indiscriminada, contudo,

“quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada”<sup>136</sup>.

Assim, justificado o fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, já que está se prestando a concretizar o direito à saúde, dever que a Administração Pública não se desincumbiu pelas vias ordinárias.

Suas decisões tem reiteradamente se alinhado ao STF, afirmando que cabe ao Estado prover a assistência à saúde individual judicialmente reconhecida como necessária.

Oportuno destacar o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual se discutia o fornecimento dos medicamentos Interferon Peguilado e Ribavirina a portador de Hepatite C pelo SUS, o qual disponibilizava tais medicamentos apenas para portadores do vírus com genótipo 1.

No julgado, consignou o Ministro Relator que

“os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais”<sup>137</sup>.

Contudo, em Voto-vista o Ministro Teori Albino Zavascki expressou sua discordância com o entendimento formulado pela pelos integrantes da 1ª Turma, tendo entendido pela improcedência do pedido partindo da premissa de que

“no tocante à política de saúde, a sua implementação não se traduz no dever de fornecer gratuita e incondicionalmente, a qualquer pessoa, independentemente da sua condição, todo e qualquer serviço ou prestação médica ou farmacêutica, mas sim os considerados mais adequados do ponto de vista técnico, social e de saúde pública, que sejam compatíveis com a força da nação e que permitam acesso universal e igualitário. Bem se vê, portanto, que a concretização dessa política não

<sup>136</sup> AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

<sup>137</sup> RMS 24197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=857608&sReg=200701125005&sData=20100824&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=857608&sReg=200701125005&sData=20100824&formato=PDF)>. Acesso em: 03/11/2012. p. 16

é uma questão singela, já que supõe, necessariamente, juízos científicos e políticos, com formulação de escolhas, que importam inclusões e exclusões.”<sup>138</sup>

Tais posicionamentos opostos expõem o embate que se coloca todos os dias nas diversas instâncias judiciais quando o assunto é o fornecimento de medicamentos.

Destaca-se, nesse mesmo julgamento, o Voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves que acompanhou o voto do Ministro Relator e ressaltou em seu voto que seu escopo era “tentar prolongar um pouco mais a vida do paciente”<sup>139</sup>.

Fica evidente que, a par das construções doutrinárias e da interpretação constitucional, existe um fator moral a nortear o fornecimento de medicamentos judicialmente, a que custo for, contanto que signifique uma esperança àquele que sofre de uma doença grave.

Contudo, também no Superior Tribunal de Justiça a matéria pende de um posicionamento definitivo, já que foi reconhecido como representativo de controvérsia o Recurso Especial nº 1.102.457, proveniente do Rio de Janeiro em que se discute a obrigatoriedade do Estado fornecer medicamentos não incluídos na Portaria nº 2.577/2006 (Programa de Medicamentos Excepcionais).

Na medida em que os medicamentos excepcionais, que atualmente são denominados pelo Ministério da Saúde como medicamentos especializados, após a edição da Portaria nº 2.981/2009, que revogou a Portaria nº 2.577/2006, tem como eixo principal para a caracterização o alto custo<sup>140</sup>, notável a convergência com a questão que teve reconhecida a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Outro posicionamento que se destaca no STJ é quanto ao modo de coerção do Estado a cumprir a determinação do fornecimento de medicamentos.

Admite-se que sejam bloqueados valores diretamente em contas públicas, sob o argumento de que sendo indispensável o cumprimento da medida judicial para

---

<sup>138</sup> RMS 24197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=857608&sReg=200701125005&sData=20100824&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=857608&sReg=200701125005&sData=20100824&formato=PDF)>. Acesso em: 03/11/2012. p. 27.

<sup>139</sup> Ibidem. p. 36.

<sup>140</sup> “Pode-se dizer que o conceito definido na Portaria GM/MS nº 2.577/2006 possui duas nuances relacionadas à prevalência das doenças contempladas no Componente, mas ambas consideram o elevado custo dos medicamentos como eixo principal para as definições.” (BRASIL. Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. p. 41).

concretizar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, é possível a mitigação do regime e impenhorabilidade dos bens públicos, conforme entendimento sedimentado pela Primeira Seção.

Novamente, o substrato está na superioridade a que foi alçado o direito à saúde, por exemplo, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1002335/RS<sup>141</sup>, o Ministro Relator Luiz Fux consignou que:

“Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.”

Por fim, cabe comentar o posicionamento exarado com relação ao mínimo existencial. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549/RS, o Ministro Relator Humberto Martins, acompanhado pelos demais integrantes da Segunda Turma, afirmou que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como razão para a não observância do princípio do mínimo existencial<sup>142</sup>.

Na esteira do que leciona Ricardo Lobo Torres, como anteriormente referido, entende que somente depois de assegurado o mínimo existencial é que se pode discutir a disponibilidade financeira para os investimentos estatais, *in verbis*:

“Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil, que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.”

Apesar de sinalizar a utilização do conceito de mínimo existencial, não chega a ser utilizado como parâmetro para a concessão judicial de medicamentos,

<sup>141</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.” (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008)

<sup>142</sup> “ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.” (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

apenas instrui a fundamentalidade do direito à saúde, considerada genericamente incluída no mínimo existencial.



## **6. A EXPERIÊNCIA PARANAENSE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO POR DECISÃO JUDICIAL**

Seguindo a tendência nacional, é crescente, no Paraná, o número de demandas em que se pleiteiam medicamentos de alto custo em face do Estado, e, em consequência, do dispêndio de recursos públicos para o atendimento das decisões judiciais que julgam procedentes os pedidos.

Dados da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA) apontam um constante crescimento dos gastos com a aquisição de medicamentos para o atendimento de decisões judiciais. Em 2002, os gastos foram de aproximadamente 240 mil reais, em 2008, os gastos atingiram 19 milhões de reais<sup>143</sup>, sendo que no ano passado os gastos passaram de 45 milhões de reais<sup>144</sup>.

Acrescido a esses valores, contabiliza-se, ainda, o gasto com a gestão de pessoal para o atendimento tempestivo das decisões judiciais, que não se resume à entrega do medicamento ao paciente, mas todo o procedimento de compra e distribuição dos medicamentos requeridos em todo o Estado sem previsão orçamentária específica.

O tema ganha, portanto, cada vez mais relevância na esfera estadual, ante ao crescente espaço ocupado nos tribunais, vindo a refletir diretamente nas finanças públicas estaduais.

### **6.1 O QUE DECIDEM O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ**

As decisões do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) não diferem muito dos posicionamentos já adotados pelas Cortes Superiores, no sentido de entender possível o fornecimento de medicamentos de alto custo com base no direito constitucional à saúde.

---

<sup>143</sup> PAULA, Cristiane da Silva. Uso off label de medicamentos: análise das demandas judiciais no Cemepar e conduta dos farmacêuticos no Paraná. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências da Saúde, 2010. p. 61.

<sup>144</sup> Este dado foi apresentado durante o 4º Encontro Regional do Comitê Executivo da Saúde do Paraná, realizado em 06/12/2012.

O que se sobressai no âmbito estadual são alguns entendimentos próprios que dão ora uma conformação mais abrangente, ora mais restrita ao direito à saúde.

No TRF4, por certo tempo, se restringiu o fornecimento de medicamentos por decisão judicial às pessoas hipossuficientes, havia a exigência de que a parte autora comprovasse nos autos que não possuía condições financeiras para a aquisição particular dos medicamentos pleiteados<sup>145</sup>.

Contudo, a partir das decisões do STF em sentido diverso, o entendimento foi alterado, partindo-se da premissa de que a saúde se trata de um direito de todos, segundo dicção constitucional, de modo que não poderia ser um entrave à sua concessão as disponibilidades financeiras do indivíduo que pleiteia o tratamento<sup>146</sup>.

Outro aspecto importante das decisões do TRF4 é a tentativa de traçar parâmetros à atuação judicial, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Os julgados têm partido do pressuposto de que, em regra, há direito subjetivo aos medicamentos e tratamentos previstos nas políticas do SUS, e somente em casos excepcionais o Judiciário poderá determinar obrigação diversa ao Estado.

Para a caracterização da situação excepcional, entende-se ser necessário que o medicamento esteja autorizado pela ANVISA, que tenha havido requerimento administrativo (ou que se ouça preliminarmente o ente estatal antes de eventual antecipação de tutela), que haja prescrição de médico vinculado ao SUS ou perícia médica que confirme a adequação do tratamento pleiteado, e que, caso haja similar ou genérico disponibilizado pelo SUS, seja seu fornecimento privilegiado<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Nesse sentido, a Apelação Cível nº 2004.72.00.001403-5/SC e o Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.029748-6.

<sup>146</sup> Nesse sentido, o julgamento da Apelação Cível nº 5000217-39.2011.404.7011 e do Agravo de Instrumento nº 5010916-73.2011.404.0000.

<sup>147</sup> "Nesse aspecto, pode-se fixar critérios relacionadas ao tema, sendo a **primeira premissa** a que diz respeito a existência do direito subjetivo público à saúde no caso de haver política pública que garanta o fornecimento destes medicamentos e/ou tratamentos ao cidadão, sendo exigível, portanto, perante o Poder Público o seu fornecimento. Assim, tratando-se de medicamento básico, previsto na lista RENAME, mas não fornecido pelo ente estatal, há direito subjetivo do indivíduo à prestação material, podendo deduzir a pretensão frente ao Município ou ao Estado-membro, a depender da natureza do medicamento pretendido". (...) Assim, como **segunda premissa** para as questões relacionadas com o direito à saúde, é possível fixar que "não é necessária a comprovação da hipossuficiência para fazer jus à prestação material, esteja ela fixada em política pública ou não". (...) A **terceira premissa** diz respeito à "vedação legal de dispensação de medicamento não aprovado pela ANVISA", contida na Lei n.º 8.080/1990, alterada pela Lei n.º 12.401/2011. (...) Outro ponto que se adota como premissa (**quarta premissa**) necessária para o fornecimento de medicamento por intermédio de ação judicial é a "existência de prévia solicitação administrativa da prestação material pretendida pelo indivíduo frente aos órgãos governamentais competentes, de modo a receber resposta sobre a possibilidade, ou não, de fornecimento do tratamento pretendido, considerando se o

Já o Tribunal de Justiça do Paraná, diversamente, tem partido da premissa de que o direito a saúde é um direito subjetivo indisponível, que deve prevalecer em qualquer situação. Defendendo ser dever constitucional que não está no âmbito de discricionariedade da Administração, entende cabível ao Judiciário dizer sobre as políticas públicas de saúde<sup>148</sup>.

Trata-se de uma posição um tanto quanto dissociada de toda a discussão que se tem travado no âmbito federal, isto porque compreende o direito à saúde como a possibilidade do cidadão ter acesso a todo e qualquer medicamento, desde que necessário ao seu tratamento, sem maiores considerações quanto a sua dimensão coletiva ou reflexos nas finanças do Estado.

Nesse sentido é a grande maioria dos julgados, tais como as Apelações Cíveis nº 962397-2, 919717- 7, 892969-5, 843921-4. Com pequenas alterações redacionais a depender do julgador, está sempre presente, em essência, o argumento de que:

“Assim sendo, não pode o ente federativo utilizar como argumento a Reserva do Possível ou a ausência de previsão orçamentária, quando a questão trata do direito à saúde do cidadão. Portanto, a vida não pode ser colocada em segundo plano, por ausência de legislação orçamentária específica, vez que esta é mero entrave burocrático, enquanto a vida é princípio fundamental.” (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 843921-4 - União da Vitória - Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unânime - J. 08.05.2012)

Além disso, há decisões dispensando a dilação probatória, inclusive monocraticamente, enquanto posicionamento pacífico no Tribunal, como a decisão da lavra da Desembargadora Regina Afonso Portes, que negou seguimento ao

---

mesmo está, ou não, na lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos)”. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar os pedidos de liminar. (...) 4. Outra premissa diz respeito àqueles medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos não fornecidos pelo SUS, podendo, tal situação, subdividir-se em outras duas: o SUS fornece tratamento alternativo à determinada patologia, mas o mesmo é ineficaz para determinado paciente; ou, o SUS não disponibiliza qualquer tratamento àquela doença. Nestes casos, devem ser privilegiados os tratamentos previstos "Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas" fundados na "Medicina baseada em Evidências", independentemente de constarem ou não nos medicamentos/tratamentos fornecidos pelo SUS, sempre a que situação concreta recomendar o tratamento específico, devidamente comprovada por médico do SUS ou mediante perícia judicial. (...) Somente em caráter excepcional será possível o deferimento judicial de direito prestacional, em caráter supletivo às prestações já atendidas pelo Estado, preferencialmente mediante prescrição de medicamento por intermédio de médico do Sistema Único de Saúde, ou mediante perícia médica efetivada em juízo. Tal perspectiva gerou a edição de enunciado pela Comitê Executivo da Saúde, vazado nos seguintes termos, que se adota como **quinta premissa** para modular o direito à saúde” (TRF4, APELREEX 5003492-30.2010.404.7205, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, D.E. 21/11/2012). – negritos conforme o original.

<sup>148</sup> Neste sentido, são diversos os julgados, dentre os quais ACR 864494-2 - 4ª C.Cível - Rel.: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes - Unânime - J. 04.09.2012, e AC 795680-9 - 5ª C.Cível - Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira - Unânime - J. 06.03.2012.

recurso de apelação interposto pelo Estado do Paraná, dentre outros fundamentos, argüindo que:

“o feito comporta sim o julgamento antecipado, pois a matéria discutida nestes autos, fornecimento de medicamento, é matéria que pode ser comprovada através de prova documental e dispensa maiores dilações probatórias.” (AC 945801-7 - 4ª C.Cível - Rel.: Regina Afonso Portes - DJ: 987 - 12/11/2012).

Tal posicionamento vai à contramão do entendimento que tem sido construído pelo órgão máximo do Judiciário. O Ministro Gilmar Mendes enfatizou em seu voto na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 a necessidade de dilação probatória nos feitos em que se discute o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Naquela oportunidade, afirmou que se trata de uma necessidade frente ao risco de produção padronizada de sentenças que não leva em consideração as especificidades do caso concreto, o que impede a conciliação da dimensão objetiva e subjetiva, individual e coletiva, do direito à saúde<sup>149</sup>.

O que parece ser exatamente o que ocorre no TJPR, cujas decisões são bastante categóricas: existindo prescrição médica, é devido o fornecimento do medicamento pleiteado, independente do seu valor, de vinculação do médico prescritor com o SUS ou comprovação da eficácia do medicamento para o tratamento da doença que acomete a parte autora<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

<sup>150</sup> “Ora, restando demonstrado que o interessada necessita do medicamento "Humira 40 mg", pois é portador de "psoríase vulgar moderada/grave" (fls. 33, 38, 41/42), medicamento este indicado pelo médico que acompanha o tratamento - Dr. Felipe Bochnia Cerci (CRM/PR 24.825), que, em razão de sua profissão, por estar regularmente inscrito no CRM/PR, está autorizado a receitar medicamento, não há qualquer motivo para que o Estado do Paraná negue seu fornecimento (fl.71). Cumpre destacar que a eventual ineficiência, ou efeitos nocivos da medicação, constitui responsabilidade exclusiva do profissional médico que a receitou. O enfermo é quem escolhe o médico o qual acredita tratar da melhor maneira sua saúde, não havendo qualquer necessidade de que este médico seja credenciado ao SUS. Todo médico, de clínica pública ou particular, é competente para designar tratamento/medicamento, acreditando ser este o melhor para seu paciente. Ao poder público cabe apenas verificar a veracidade do documento, e fornecer o medicamento ao paciente carente. Assim, outra não pode ser a solução senão a provimento da ação de obrigação de fazer. No tocante às Portarias do Ministério da Saúde, estas não devem obstar o fornecimento do medicamento solicitado pelo autor, por não haver previsão de tal medicamento para o seu tratamento, não podendo prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida, ainda mais, diante da prova concreta trazida aos autos pelo apelado. Oportuno deixar asseverado que, por mais relevantes que sejam as alegações genéricas de dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou outras questões adjacentes, de ordem legislativa ou de ordem burocrática, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. Ao Poder Judiciário cabe estar atento ao cumprimento das políticas públicas do Estado, devendo tutelar os direitos dos cidadãos, reparando injustiças e falhas da Administração Pública, notadamente quando lhe é negado o acesso à saúde e, por

O que se percebe é que há certa resistência do Tribunal Estadual em reconhecer a existência de limites ao dever imposto ao Estado de prover o direito à saúde, no sentido de que não se trata de um direito absoluto e, portanto, há que ser sopesado na aplicação judicial.

O descompasso entre as decisões desses Tribunais preocupa por ambos tratarem do fornecimento de medicamentos num mesmo espaço territorial, cuja competência acaba sendo definida pelo particular que pode avaliar suas chances de sucesso e decidir se irá demandar em face do Município, do Estado, da União, ou contra dois ou três dos entes simultaneamente, já que pacificada na jurisprudência a solidariedade dos entes federados.

Situação esta agravada pelo fato de que na grande maioria dos casos ocorre a antecipação dos efeitos da tutela para que o Estado forneça o medicamento com urgência. Uma eventual reforma pelos Tribunais Superiores irá ocorrer quando o tratamento com o medicamento pleiteado já estiver finalizado e os gastos públicos já tiverem ocorrido.

Em ambos os Tribunais, não chega a ocorrer um aprofundamento no que se refere aos medicamentos de alto custo. Quando defronte a um paciente que necessita de medicamento de custo elevado, mas que é a única alternativa comprovadamente eficaz, não há oposição ao provimento do pedido.

O Tribunal de Justiça do Paraná, nesses casos, reafirma que:

“Como já discorrido acima, o direito à saúde é direito fundamental previsto constitucionalmente (arts. 6º e 196, CF), dotado de aplicabilidade imediata, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Carta, não havendo, dessa forma, como mitigá-lo por conta de questões burocráticas ou econômicas.”<sup>151</sup>

Apesar do maior número de critérios estabelecidos, o Tribunal Regional Federal também assume que, mesmo havendo a necessidade de ponderação da impossibilidade de se fornecer todo e qualquer tratamento de saúde:

“Diante da prova que integra os presentes autos a denotar a imprescindibilidade da administração do medicamento, é o caso de acolhimento da apelação para que seja fornecido o fármaco pleiteado conforme prescrito, não se mostrando necessária a realização de perícia médica, porquanto o mesmo foi receitado em atendimento no âmbito do SUS.”<sup>152</sup>

---

consequência, à vida. Com efeito, evidencia-se a impossibilidade de um ato administrativo de tal jaez prevalecer, no contexto sob avaliação, sobre o constitucionalmente garantido direito à saúde, e mesmo à vida do autor.” (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 912787-1 - Campo Mourão - Rel.: Lélia Samardã Giacomet - Unânime - J. 02.10.2012)

<sup>151</sup> TJPR - 5ª C.Cível - ACR 962397-2 - Londrina - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 23.10.2012.

Assim, de uma forma ou de outra, a discussão se mantém no aspecto da necessidade do indivíduo e não no caráter coletivo do direito à saúde, podendo ser postas as mesmas observações feitas às decisões exaradas pelos Tribunais Superiores.

## 6.2 COMITÊ EXECUTIVO DE SAÚDE DO PARANÁ

Diante das discussões travadas no âmbito estadual e no âmbito regional, oportuna a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de fomentar a discussão do tema de forma integrada na esfera nacional e estadual.

Em observância à orientação da Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça, no Estado Paraná, foi criado o Comitê Executivo Estadual para monitoramento das demandas de assistência à saúde, composto por representantes do Judiciário Federal e Estadual, do Estado do Paraná, da União, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da OAB e de setores da sociedade interessados no tema<sup>153</sup>.

A ideia do Comitê, a partir de uma composição heterogênea que congrega pontos de vista dos mais diversos, é propor enunciados e recomendações para a uniformização de procedimentos com vistas à otimização da assistência à saúde, garantindo-se a organização da saúde e possibilitando o acesso isonômico às políticas públicas de saúde.

Desde sua criação em 08/04/2011, já foram aprovados pelo Comitê cinco enunciados e uma recomendação sobre a matéria.

O enunciado nº 1 dispõe sobre a necessidade de que a prescrição do medicamento pleiteado judicialmente do Poder Público seja de médico vinculado ao SUS, ressalvada hipótese excepcional que a justifique<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> TRF4, AC 5001419-66.2011.404.7200, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Silvia Goraieb, D.E. 04/11/2011.

<sup>153</sup> As informações a respeito do Comitê Executivo Estadual foram obtidas no site da Justiça Federal do Paraná, no qual podem ser acessadas as atas das reuniões já realizadas, enunciados e recomendações propostas, notícias e material de apoio. Disponível em: < <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/o-que-e-o-comite/140>>. Acesso em 16/11/2012.

<sup>154</sup> Enunciado nº 1 - "As ações que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de medicamentos ou tratamentos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem

O enunciado nº 2 trata da necessidade de requerimento administrativo do medicamento antes da do ajuizamento da demanda, o qual deverá ser respondido fundamentadamente e em tempo razoável pela Administração. Inexistindo pedido administrativo prévio, necessária a oitiva da Administração previamente à análise do pedido de liminar<sup>155</sup>.

O Enunciado nº 3 dispõe sobre a observância pelo Poder Judiciário das normas de segurança biológica, determinando somente o fornecimento de medicamentos com registro na ANVISA<sup>156</sup>.

O Enunciado nº 4 aborda a necessidade de observância pelo Judiciário das competências das instâncias gestoras do SUS ao impor a obrigação de prestação de saúde<sup>157</sup>.

O Enunciado nº 5 dispõe que os pedidos que versem sobre tratamentos e medicamentos oncológicos sejam instruídos com prova do cadastro do paciente na rede pública de atenção oncológica e cópia integral de seu prontuário<sup>158</sup>.

Além dos enunciados, foi editada a Recomendação nº 01 pelo Comitê, dirigida aos médicos vinculados ao SUS, que expressam a preocupação com a racionalização do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Propondo o esgotamento das alternativas contidas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais; a fundamentação técnica da necessidade do medicamento não previsto nos Protocolos Clínicos do SUS ou que, mesmo previsto, seja prescrito para situação diversa da prevista; manifestação sobre possíveis

---

ser instruídas com prescrição de médico em exercício no Sistema Único de Saúde, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, sob risco de indeferimento de liminar ou antecipação da tutela".

<sup>155</sup> Enunciado nº 2 - "Os pedidos ajuizados para que o Poder Público forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar pedidos de liminar, se o caso concreto o permitir".

<sup>156</sup> Enunciado nº 3 - "A determinação judicial de fornecimento de medicamentos deve observar a existência de registro na ANVISA" (Ref. Legislativa: artigo 19-T, inciso II, da Lei nº 8.080/90, com redação dada pela Lei nº 12.401/11).

<sup>157</sup> Enunciado nº 4 - "Ao impor a obrigação de prestação de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS".

<sup>158</sup> Enunciado nº 5 - "As ações judiciais que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de tratamentos e medicamentos oncológicos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem ser instruídas com prova do cadastro do paciente/autor em rede pública de atenção oncológica (CACON/UNACON) e com cópia integral do prontuário do paciente".

vínculos com o laboratório fabricante do medicamento, especialmente se de alto custo; e a indicação do nome genérico do fármaco, seguido do nome de referência da substância conforme a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

O que se percebe é a tentativa de racionalizar o fornecimento de tratamentos de saúde pelo Estado em razão de decisões judiciais, em especial quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, o que se percebe pela preocupação com a utilização do Poder Judiciário em benefício daqueles que não são usuários do SUS, de prescrições patrocinadas por grandes laboratórios ou que carecem de fundamento científico.

No TRF4, já é possível encontrar decisões que se remetem aos enunciados do Comitê de Executivo de Saúde em suas razões de decidir, em especial nas decisões da lavra do Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, integrante do Comitê Executivo, e do Desembargador Federal Luís Alberto D'azevedo Aurvalle<sup>159</sup>.

Contudo, no TJPR, a repercussão dos enunciados é quase nula, as decisões encontradas que fazem alusão aos trabalhos do Comitê em suas razões de decidir, são no sentido de sustentar a natureza administrativa dos enunciados para afastar sua aplicabilidade nos casos discutidos, reiterando-se, mais uma vez, a supremacia do direito à saúde frente à organização das políticas públicas pelo Estado<sup>160</sup>.

Com pouco mais de um ano de existência, a proposta de trabalho do Comitê vai ao encontro das reflexões anteriormente apresentadas, especialmente quanto à complexidade do tema direito à saúde e à necessidade de um aprofundamento das decisões judiciais, que não podem se acomodar numa visão simplista do direito fundamental à saúde enquanto direito a qualquer prestação de saúde.

Apesar disso, ainda não se vislumbra a devida atenção ao caráter coletivo do direito à saúde como posto pela Constituição, tampouco a abordagem dos aspectos inerentes à reserva do possível.

---

<sup>159</sup> São exemplos os acórdãos do julgamento da Apelação Cível nº 5000448-21.2010.404.7102, Agravo de Instrumento nº 5005319-89.2012.404.0000 e Apelação Cível nº 5001272-62.2010.404.7010.

<sup>160</sup> Em busca feita na jurisprudência do TJPR a partir da expressão "comitê executivo de saúde", foram encontrados apenas 04 registros, entre acórdãos e decisões monocráticas, sendo que todos são da lavra do Juiz Substituto de 2º Grau Rogério Ribas, para afastar a observância dos enunciados.



## 7. CONCLUSÃO

À luz da Constituição Federal não é possível ser categórico em dizer que saúde é matéria de política pública e, portanto, não cabe ao Judiciário exercer o controle das escolhas feitas pelo Estado.

Por outro lado, não se pode dizer que o oposto procede, pois também não é possível se extrair um direito absoluto à saúde a partir do texto constitucional, que possa impor ao Estado o fornecimento de todo e qualquer tratamento de saúde aos que necessitam.

Em primeiro lugar, há que se ter bem claro o papel do Poder Judiciário no desenho institucional brasileiro, enquanto guardião da ordem jurídica, que deve não só proteger direitos e garantias constitucionais, como também a ordem jurídica constitucionalmente estabelecida, isto é, prezar pela manutenção dos três poderes e de seus papéis na atual democracia.

Em segundo lugar, levar o direito à saúde a sério não significa ter que tomá-lo como absoluto, a mera existência de previsão constitucional não torna o direito realizável por si só, não basta destacar o artigo 5º e toda a carga fundamental que traz e entender como menores as questões práticas de sua aplicação, como o atendimento universal e igualitário, por exemplo.

A necessária ponderação sobre os limites da atuação judicial, da própria estrutura do direito à saúde e da reserva do possível conduzem à excepcionalidade da imposição judicial de fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Ao contrário do que se verifica na prática forense, é preciso reconhecer a existência de duas dimensões do direito à saúde, reconhecido enquanto direito social fundamental e também enquanto direito social máximo, a partir da noção de mínimo existencial, defendida por Ricardo Lobo Torres.

O que não exime a necessidade de se avaliar no caso concreto os contornos do direito à saúde pleiteado, privilegiando-se as políticas públicas de saúde existentes, bem como assegurando o cumprimento dos objetivos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-direito-falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>>. Acesso em 01/10/2012.

———. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

———. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/da\\_excepcionalidade\\_as\\_linhas\\_de\\_cuidado\\_o\\_ceaf.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/da_excepcionalidade_as_linhas_de_cuidado_o_ceaf.pdf)>. Acesso em 15/11/2012.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos Direitos Sociais: Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Sistema Único de Saúde*. 1. ed. Brasília: CONASS, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Recursos\\_escassos\\_e\\_equidade.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf)>. Acesso em 19/11/2012.

FRANCO, Antonio L. de Sousa Franco. *Finanças públicas e direito financeiro*. Coimbra: Almedina, 1986.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

GODINHO, Marcello S. *A prevalência dos poderes eleitos: resguardando o Poder Judiciário*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 27, p. 79-93, 2010. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/125/128](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/125/128)>. Acesso em 12/11/2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LIMBERGER, Têmis. *Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 179-199, mai./ago. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7. ed.rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PAULA, Cristiane da Silva. *Uso off label de medicamentos: análise das demandas judiciais no Cemepar e conduta dos farmacêuticos no Paraná*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências da Saúde, 2010.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). Orçamentos públicos e direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1110.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

———. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei L. *Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE), XI, 2007, Brasília. Disponível em: < <http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>. Acesso em 11/11/2012.