

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**Reflexões sobre parâmetros de controle judicial da
política pública de fornecimento de medicamentos e
tratamentos de saúde**

**Brasília - DF
2012**

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**Reflexões sobre parâmetros de controle judicial da
política pública de fornecimento de medicamentos e
tratamentos de saúde**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

**Orientador: Prof. Nicolao Dino Castro e
Costa Neto**

**Brasília - DF
2012**

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

Reflexões sobre parâmetros de controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Nicolao Dino Castro e Costa Neto

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/2012, com menção ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Nicolao Dino Castro e Costa Neto

Integrante: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Integrante: Ricardo Barretto de Andrade

Suplente: Jorge Octávio Lavocat Galvão

Resumo

A Constituição Federal de 1988 trouxe o maior grau de proteção normativa já concedida à saúde, ao tê-la elevado à condição de direito social fundamental (art. 6º), ao tê-la incluído no âmbito de compreensão e tutela do conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade que a própria Carta denominou de Seguridade Social (art. 194), ao ter estabelecido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196), e ao haver traçado as diretrizes gerais para sua efetivação. Nada obstante dos avanços advindos do novo pacto constitucional, observa-se, frequentemente, diversas omissões e falhas por parte do Legislativo e do Executivo, em sua missão constitucional de efetivação do direito social à saúde, o que tem gerado um quadro de crise institucional no setor. O cidadão, então, na tentativa de obter a implementação de seus anseios fundamentais, tem recorrido ao Poder Judiciário, o que vem sendo chamado de Judicialização da Saúde, no que muitas vezes vem sendo atendido, em função de uma postura interventiva desse Poder Estatal, que comumente é apelidada de Ativismo Judicial. Para tentar melhor entender os fenômenos da Judicialização da Saúde e do Ativismo Judicial, analisaremos, no primeiro capítulo, seus antecedentes, suas decorrências, efeitos, vantagens e desvantagens, relações com o Princípio da Separação de Poderes, entre outros fatores que mereçam maior atenção. Apesar da atuação jurisdicional em demandas que discutam pretensões de medicamentos e tratamentos representar poderoso instrumento contra a ineficiência do Poder Público na efetivação do direito fundamental à saúde, pode, por outro lado, se não houver o devido sopesamento de outros fatores, acarretar resultados desastrosos para o próprio Estado e para a sociedade. Sendo assim, no segundo capítulo examinaremos alguns parâmetros para o controle judicial, na específica área do fornecimento público de medicamentos e tratamentos, com o escopo de indicar soluções que tragam maior segurança jurídica no campo. Por fim, no terceiro capítulo, estudaremos a relação e os impactos da atuação jurisdicional quanto ao direito de fornecimento público de fármacos e tratamentos na esfera financeira/econômica, através do estabelecimento de balizas ao controle judicial, nesse tema, em face da Teoria da Reserva do Possível.

Palavras-Chave: Constituição Federal de 1988, direito fundamental à saúde, Judicialização da Saúde, Ativismo Judicial, parâmetros para controle judicial, fornecimento público de medicamentos e tratamentos, impactos financeiros/ econômicos, Teoria da Reserva do Possível.

Sumário

Introdução	5
1 A Judicialização da Saúde e o Ativismo Judicial.	10
2 Parâmetros para o controle judicial no fornecimento público de medicamentos e tratamentos	24
3 Parâmetros para o controle judicial do fornecimento público de medicamentos e tratamentos em face da Teoria da Reserva do Possível	46
Conclusão	64
Referências	73

Introdução

A saúde representa bem da vida extremamente relevante para o ser humano. Na verdade, constitui elemento indissociável do próprio existir, da estrutura humana, que indica o próprio tempo de permanência das pessoas na terra, determina o grau de capacidade de realização e autodeterminação que aquelas terão enquanto viverem, bem como determina a noção de bem-estar e qualidade de vida.

Nesse sentido, a saúde já de há muito tempo vem merecendo tratamento específico por parte do Direito, embora a grande maioria dos ordenamentos jurídicos estatais tenham efetivamente dispensado uma atenção necessária, por sua importância, e substancial apenas a partir das duas primeiras décadas do século XX, com sua posterior e gradativa consolidação desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Tal movimento de elevação da proteção jurídica da saúde nasceu no bojo da ascensão de um paradigma de Estado denominado Social ou do Bem- Estar Social (Welfare State), que por sua vez, contrapunha-se à idéia do modelo chamado de Estado Liberal, oriundo das Revoluções Burguesas do final do Século XIX, ao propugnar, diante das inúmeras mazelas e desigualdades sociais existentes à época provocadas pelo regime individualista burguês, uma maior intervenção estatal na economia, bem como uma atitude mais pró-ativa por parte do Estado no concernente ao fornecimento de necessidades tidas como vitais para os cidadãos, isto é, daquilo que foi apelidado de “mínimo existencial”.

Nessa linha de raciocínio, a saúde foi conceituada, em 1946, no preâmbulo da constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) como *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”*.

No campo jurídico, o citado fenômeno do Estado Social trouxe consigo o chamado Constitucionalismo Social, que a seu turno, teve como ponto de partida a Constituição alemã de Weimar (1919) e a Carta mexicana (1917) que estatuíram, pela primeira vez, um tipo diferente de direito fundamental, uma faceta que autorizava o cidadão a exigir práticas e prestações positivas do Estado em determinados nichos relativos ao já mencionado mínimo existencial. Essa estirpe de preceito fundamental foi conceituada como de 2ª geração ou dimensão pela doutrina jurídica, em complementação aos direitos de 1ª geração ou dimensão, forjados pelo

Estado Liberal e que demandavam o absenteísmo estatal quanto aos bens albergados por essa categoria de direitos.

Sobre o tema, o constitucionalista Paulo Bonavides assim professa sobre o tema:

“Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.¹

Com efeito, a saúde, como facilmente se depreende, tem nítida feição social, ou seja, enquadra-se, como já mencionado, nessa categoria de direitos de segunda geração, exigindo, portanto que o Estado, de maneira geral, promova práticas e ações tendentes a sua consecução, bem como traceje a regulamentação adequada para firmar sua regência e efetividade normativa.

No Brasil, não se acompanhou, a princípio, essa evolução jurídica. O direito à saúde foi relegado a segundo plano, desde à época do Império, tendo sido alvo de normatização precária e efetividade ínfima até a Era Vargas, período que trouxe avanços na seara em função de estar inserida na própria conjuntura de Estado do Bem- Estar Social, mas que não prosseguiram em níveis satisfatórios após a redemocratização provocada pela Carta de 1946 e, posteriormente, na fase de governo ditatorial compreendido entre 1964 e 1985.

Na realidade, foi somente com o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988 que a matéria afeta ao direito à saúde recebeu uma virada de 180 graus, pois foi aí que tal aspecto da vida encontrou a maior proteção normativa da história do nosso País, com sua colocação no patamar de direito fundamental, eminentemente social.

A Carta Cidadã de 1988, calcada no princípio da dignidade humana – ínsito ao novo paradigma estatal trazido por ela (denominado de Democrático de Direito) – estatuiu, em seu art. 6º, que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pág 564.

*lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*²

Com o mesmo espírito, a Carta Política trouxe em seu corpo o chamado sistema de seguridade social (art. 194) que consiste no “*conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*”

Destarte, no plano específico da saúde, o legislador constituinte colimou inúmeras diretrizes destinadas à consecução e efetividade do direito fundamental em discussão. Nessa senda, o art. 196 da Constituição Federal consigna: “*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.*”

Todavia, apesar da enorme contribuição trazida pelo Estatuto Fundamental de 1988, tem-se verificado um sério descaso do Legislativo e, sobretudo, do Executivo, no que pertine a seu papel de implementação do direito à saúde, o que impossibilita a concretização do texto constitucional. Todos os dias são noticiadas as mazelas do setor de saúde público e privado, inclusive a morte de vários cidadãos brasileiros, em função das omissões, de erros e da má gestão dos detentores do poder nessa esfera, ao mesmo passo que também chegam, sobremaneira, ao conhecimento da sociedade graves denúncias de malversação de verbas públicas por parte de governantes de todas as esferas federativas.

Os cidadãos, indignados, quedam-se desguarnecidos à espera de melhorias, a serem supostamente perpetradas pelos representantes eleitos, mas que quase nunca chegam, porquanto esses apenas demonstram, em grande parte das vezes, desídia, ao mesmo tempo em que os membros da sociedade sentem premente necessidade de serem atendidos ao se verem acometidos por algum problema de saúde, notadamente no que se refere ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos, que se não forem providos podem levar, como de fato levam, até ao fencimento.

Dessa forma, a Constituição deu também aos indivíduos um refúgio concreto de reivindicação de todos os seus direitos e, no caso em epígrafe, a obtenção de seus anseios no

² Redação dada pela EC nº 64 de 2010.

campo dos direitos sociais, isto é, das políticas públicas, aonde se insere, indubitavelmente, as provisões no contexto da saúde.

É que ao estruturar um Poder Judiciário munido de magistrados técnicos (art. 96, I) e funcionalmente independentes (art. 95), na mesma toada em que estabelece a inafastabilidade de qualquer lesão ou ameaça de lesão do controle desse Poder³, outorga poderosa arma ao cidadão para conseguir ser amparado em seu direito à saúde.

De fato, ante o quadro retroexposto de desfuncionalidade no âmbito das políticas públicas face a má-atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, a intervenção do Judiciário vem sendo requerida em milhares de ações que buscam determinado tipo de tutela na seara da saúde. O fenômeno ora posto em xeque tem sido denominado de Judicialização da Saúde. Ainda no ponto, deve-se destacar que o Judiciário tem correspondido vastamente aos anseios da cidadania, concedendo vários provimentos favoráveis a esse tipo de pretensão, em uma postura muito mais ativa, pois, a um só tempo, dá efetividade aos mandamentos constitucionais (art. 6º e 196) e redimensiona e moderniza o vetusto princípio da Separação de Poderes, articulado por Montesquieu. A tal movimento, a doutrina jurídica e a jurisprudência têm dado o nome de Ativismo Judicial.

Com efeito, Judicialização da Saúde e Ativismo Judicial, ou seja, novos mecanismos utilizados na práxis da Jurisdição Constitucional, suas decorrências, efeitos, vantagens e desvantagens, relações com o Princípio da Separação de Poderes, entre outros fatores merecem maior aprofundamento. É este o tema a ser ferido no primeiro capítulo do presente estudo.

Contudo, se de um lado a atuação jurisdicional em demandas nas quais pretensões medicamentais, tratamentais, entre outras, são pleiteadas tem representado inexorável remédio contra a parca eficiência das medidas adotadas e, mormente, as demonstrações de inércia do Poder Público no campo da saúde, de outro, o antídoto tem sido aplicado, por vezes, de maneira excessiva, ou desregulamentada. A concretude de direitos fundamentais não deve ser confundida com arbitrariedades, consubstanciadas em decisões judiciais, especialmente as de caráter provisório e precário – tais como liminares e antecipações de tutelas – desarrazoadas e capazes de criar conseqüências nefastas e catastróficas para os entes componentes da Federação e para a própria sociedade brasileira de maneira geral.

³ Art. 35, XXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Nesse diapasão, tentaremos esmiuçar, no nosso segundo capítulo, parâmetros gerais para a atuação jurisdicional na área da saúde, sabendo que alguns casos podem gerar certas peculiaridades, que estão sendo construídos no âmago da academia e da jurisprudência para que o Estado-Juiz não incorra nesse tipo de erro supraesposado, trazendo-se, assim, uma maior segurança jurídica aos próprios jurisdicionados, analisando, especificamente, a vertente do fornecimento público de medicamentos e tratamentos.

As perplexidades mais comuns e significativas na atuação jurisdicional nas ações tangentes ao direito de fornecimento público de fármacos e tratamentos é, sem sombra de dúvidas, na esfera financeira/econômica. É que, por diversas vezes, o Estado alega não ter condições fático-materiais de cumprir tais decisões judiciais, em virtude do orçamento limitado e pré-estabelecido. Nessa trilha, os órgãos jurídicos responsáveis por defender os três níveis da federação brasileira, invocam, a seu favor, uma teoria, proveniente da Alemanha, denominada de “Reserva do Possível”, que a seu turno, vem merecendo amplo tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Nesses casos, sempre há dificuldade para que se tenha uma conciliação entre o direito fundamental à saúde, que aqui será tratado, repita-se, na conjuntura dos medicamentos e tratamentos, e a possibilidade real de impactos imensamente negativos que determinados provimentos jurisdicionais podem trazer. Nessa tensão, algumas proposições também estão sendo elaboradas para tentar compor o conflito de interesses apresentados.

Diante da importância desse assunto, o terceiro capítulo deste ensaio, tentará tratar a Teoria da Reserva do Possível, de sorte a explicar sua origem, a maneira e grau de incidência com que tem sido aplicada no direito brasileiro, suas decorrências, críticas que lhe são atribuídas, entre outros, com ênfase na problemática questão de ponderação de valores, que lhe é ínsita, e as eventuais sugestões de parâmetros para que o Judiciário produza a melhor resolução desta intrincada celeuma.

De todo o modo, o exame da matéria ora trazida à baila é de extrema relevância no atual quadrante histórico, pois, hodiernamente, é uma das questões que mais aflingem a sociedade brasileira e o próprio Estado, em sua concepção lata. Ao trabalho, pois!

1. A Judicialização da Saúde e o Ativismo Judicial

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe diversos avanços no campo do direito à saúde. Este foi definido pelo art. 6º como verdadeiro exemplo dos direitos sociais através dos quais o Estado deve prover os anseios e necessidades mais basilares do cidadão. É o que se convencionou denominar de mínimo existencial, conceito esse que foi muito bem apreciado por Bernardo Gonçalves, a ver:

“... muitos autores desenvolveram a chamada teoria do mínimo existencial, segundo o qual, para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessária a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos. Esses direitos protegidos sobre tal rótulo voltam-se para o atendimento e concretização das necessidades básicas de um ser humano...”⁴

Nessa esteira, a Carta Política também não se olvidou de arquitetar as linhas mestras em matéria de saúde, incluindo-a como objeto de proteção inserto no âmbito do que ela própria denominou de Seguridade Social, isto é, “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.⁵ A propósito, sobre o assunto, Alexandre de Moraes analisa que:

“A seguridade social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade”.⁶

Na realidade, a Lei Maior foi até mais exaustiva no que toca à saúde, pois definiu seu conceito no art. 196; criou o Sistema Único de Saúde (SUS) (arts. 198 e 200) – calcado nos princípios da universalidade, da igualdade e equidade, verdadeiramente demonstrando que a saúde é um direito de todos; e, ainda, autorizou a assistência salutar à iniciativa privada (art. 199).

Entretanto, em que pese a Constituição tenha feito evoluir sobremaneira a matéria em comento, ao estatuir o marco normativo geral de sua regulamentação e as normas destinadas a esse fim, que viemos de discriminar, há comandos de eficácia limitada, notadamente de matiz programático, na clássica lição de José Afonso da Silva, necessitando,

⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 466.

⁵ Art. 194, *caput*, da CF/88

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.806.

portanto, da integração legislativa, a ser provida pelo legislador ordinário, além da conseqüente e imprescindível atuação concreta do Poder Executivo, para que possam produzir a plenitude de seus efeitos. No ponto, faz-se absolutamente mister a transcrição de passagem dos escólios de José Afonso da Silva:

“Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, reservando espaço para esclarecimentos e especificações ulteriores, podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado”.⁷

Infelizmente, os mandamentos constitucionais nessa área não têm sido devidamente densificados pelo legislador e as ações promovidas pelo Executivo tendentes a efetivá-los quase sempre se demonstram insuficientes, quando não inexistentes, inócuas e, sobretudo ineficazes, o que, por certo, demonstra clara violação à própria Lei Maior e uma desídia descomunal no setor. As demandas da população, designadamente a de baixo poder aquisitivo que não consegue obter recursos financeiros para utilizar-se do sistema médico privado, não são muitas vezes atendidas por diversas razões, sobretudo de índole política, que se afastam completamente dos fins constitucionais colimados e de nossa forma de governo nomeadamente republicana.

Ante esse quadro de anomalia e disfuncionalidade da atuação legiferante e especialmente executiva, o cidadão, quase sempre de baixíssima renda, tem procurado o outro braço estatal para preencher seus requerimentos, a saber, o Judiciário, que tem como missão precípua a produção do equacionamento de conflitos intersubjetivos de interesses, glosando práticas ilegais e fazendo valer a imperatividade das determinações constitucionais.

Neste campo dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário, essencialmente inerte, tem a verdadeira função de fazê-los serem obedecidos, embora sempre haja enorme questionamento sobre o tema, e, de fato, tem exercido seu papel, em movimento bastante ativo, ao conceder diversos provimentos mandamentais direcionados aos outros poderes, visando suprir lacunas e práticas que impossibilitam à efetivação do direito social à saúde. O Judiciário, na realidade, vem funcionando como o último refúgio do cidadão, em seu intento de obter o reconhecimento de pretensões voltadas para o direito à saúde e, conseqüentemente, ao mínimo existencial, que não é provido pelos demais Poderes, o que,

⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 138

álfas, implica em uma exarcebada mudança de linguagem argumentativa na resolução do tema.

Este fenômeno de recorrer-se ao Judiciário em relevantes questões políticas e sociais, colocando-o no centro da discussão na condição de guardião dos direitos fundamentais e da ordem constitucional, diante da inércia dos outros poderes tem sido nomeado de Judicialização da Vida, no sentido geral, e Judicialização da Saúde, na compreensão específica deste esforço acadêmico. Sobre o tema, o Luís Roberto Barroso assim define a Judicialização em tela:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos de Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministros e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade...”⁸

Na mesma toada, o constitucionalista fluminense ainda apresenta algumas razões para o advento desse movimento⁹, tais como a redemocratização do país, operacionalizada pela Carta de 88, assentando que “*Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive com outros poderes*”; a constitucionalização abrangente que “*trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária*”; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que ao combinar e efetivar amplamente os modelos americano e europeu resultou na simples constatação de que “*quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF*”.

Na perspectiva particular da Judicialização da Saúde, Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes acentuam, com precisão, que:

“Ainda no campo ‘político’, não se poderia ignorar a atuação do Poder Judiciário, o qual com frequência crescente, profere decisões com os mais diversos conteúdos a respeito de políticas oficiais de saúde. Tais decisões, amiúde ligadas a demandas individuais por prestações ou bens essenciais à saúde perante o sistema público ou entidades de saúde suplementar, configuram, provavelmente, o tipo de ação estatal

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

⁹ Idem, págs. 332/333.

mais polêmico entre acadêmicos e especialistas governamentais. Trata-se da chamada Judicialização das políticas públicas de saúde”.¹⁰

Assim, repara-se que esta discussão não só vem ocupando a pauta do Judiciário como também transcende sua extensão para os bancos da academia.

De outro lado, o exercício de concretização de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais de segunda geração é reflexo de uma linha de atuação extremamente proativa do Judiciário, que, por vezes, representava – em uma concepção mais clássica e ortodoxa – intromissão no campo de competência dos outros poderes, de um jeito ampliativo de produzir interpretação constitucional, capaz de potencializar o alcance de incidência das normas constitucionais, com o escopo de suprir desvios e principalmente a letargia do Parlamento e do Executivo neste campo, desvencilhando a eficácia social da Lei Maior dos problemas decorrentes do processo político majoritário, ínsitos a toda democracia, mesmo que em graus diferentes. Esse movimento inovador de exegese tem recebido o título de Ativismo Judicial, de origem eminentemente norte- americana.

O processualista José Augusto Delgado define o Ativismo Judicial como: *“uma postura a ser adotado pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”*¹¹.

Na mesma linha, o mencionado professor Barroso, em outro de seus ensaios, professa que:

“A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes...”¹²

Percebe-se do exposto que embora sejam fenômenos muitos similares, a Judicialização e o Ativismo Judicial não se confundem. São, indubitavelmente, os fatores mais relevantes na explanação da maior intervenção jurisdicional nas celeumas políticas e sociais, especialmente na esfera das políticas públicas, mas enquanto a Judicialização indica um direito constitucionalmente atribuído à atividade judicante de prestar as tutelas devidas, o Ativismo retrata uma postura mais atuante da magistratura, sobretudo ante o quadro de inércia

¹⁰ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Batsos Telles. **Reflexões sobre o Controle das Políticas de Saúde e de Medicamentos**. In: Direito à Vida e à Saúde. BIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

¹¹ DELGADO, José Delgado. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Minas Gerais: Del Rey, 2008, p. 319.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2012.

estatal, com o claro fito de efetivar direitos até então marginalizados. Nesse diapasão, o mestre Barroso consigna:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.¹³

O Ativismo Judicial desde que foi inicialmente percebido no Brasil vem provocando inúmeras discussões a respeito de sua viabilidade, pertinência e, mormente, de sua extensão.

A indagação referente ao papel do Ativismo na órbita da Separação dos Poderes estatais sempre é latente. O princípio da Separação dos Poderes foi inicialmente concebido por Jonh Locke em seu “Segundo Tratado sobre o Governo”, mas foi com o histórico livro “O Espírito das Leis” de Montesquieu que se tornou verdadeiramente conhecido. Nessa ótica, o Estado teria suas três funções essenciais, quais sejam, a de legislar, executar e julgar, realizadas por três poderes distintos. Embora não houvesse o desconhecimento do sistema de controle interdependente, que, posteriormente, restou conhecido através do direito norte-americano por Sistema de Freios e Contrapesos (*check and balances*), a doutrina de Montesquieu ainda considerava as três funções estatais descritas de maneira demasiadamente estanque e, por certo, incompleta e incipiente, principalmente em casos de inércia ou desvios na atuação dos poderes, o que dificultava muito o controle desses, causando enormes prejuízos aos Estados que foram sentidos no decorrer da história.

Nessa esteira, a teoria de Montesquieu, desenvolvida em um ambiente de burguesia, pós – revolucionário e liberal, fazia com que o Judiciário tivesse o papel de mera “boca da lei”, a fim de que fosse preservada a supremacia da lei, em detrimento dos abusos perpetrados à época, pelo Estado Absolutista, e, conseqüentemente, um respeito à isonomia, aqui tida como formal. No ponto, Flávia Viveiros de Castro ensina que:

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf >. Acesso em: 23 mar. 2012.

“No que diz respeito à autonomia do Poder Judicial a posição de Montesquieu é enfática: os juízes deviam ser apenas a boca que pronunciava as palavras da lei. Conhecidos os fatos e a regra de direito, o juiz apenas procederia a uma operação lógica e automática de aplicação das leis aos fatos. A sentença proferida sobre o caso concreto seria a mera reprodução do já decidido genérico-abstratamente pela norma...”¹⁴

O ideário em testilha realmente servia à diretriz do pensamento liberal daquele quadrante histórico, mas, com o passar do tempo, após o amplo desenvolvimento da doutrina dos Freios e Contrapesos pela doutrina e jurisprudência americana, da ascensão do paradigma de Estado Social, depois substituída pela noção de Estado Democrático de Direito, cujo substrato jurídico é a teoria do Neoconstitucionalismo¹⁵ e filosófico, o Pós-Positivismo¹⁶ e a ascensão política e científica do direito constitucional, redundaram uma nova leitura do princípio, positivada no art. 2º da CF/88, cuja redação agora se transcreve:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Daí, deflui a idéia de que os poderes devem interferir à luz de balizas delimitadas, na atuação dos outros quando houver desvios e abusos, em uma compreensão refinada do modelo de *checks and balances*. Nessa linha, a já aludida professora Viveiros de Castro vaticina:

“No que pertine à harmonia entre os poderes do Estado, a referência que deve ser feita diz respeito à mútua interferência entre os mesmos, visando à criação de um sistema de freios e contrapesos, indispensável para que se evite arbítrio e o abuso de poder. Cria-se um complexo sistema de corresponsabilidades, que busca o equilíbrio e controle recíprocos”¹⁷.

¹⁴ CASTRO, Flávia Viveiros de. **O Princípio da Separação dos Poderes**. In: Os Princípios da Constituição de 1988. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 138

¹⁵ O Neoconstitucionalismo é uma terminologia utilizada para identificar o constitucionalismo contemporâneo e tem como principais características, sob o prisma metodológico-formal, segundo os escólios de Ana Paula de Barcellos, a normatividade da Constituição “isto é, o renhencimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade”; a superioridade da Constituição sobre o restante da jurídica, cuidando aqui, como ressalta a professora, de característica afeta às Cartas rígidas, ou seja, que demandam um processo legislativo mais complexo para sua alteração; e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, “por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos interpretados a partir do que dispõe a Constituição”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). 2ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, p. 44).

¹⁶ O Pós-Positivismo é um movimento jusfilosófico que começou a ganhar força após o final da Segunda Guerra Mundial e que hodiernamente permeia a grande maioria das Constituições dos Estados tidos como democráticos, inclusive a brasileira. Nesse sendeiro, o multicitado professor Luís Roberto Barroso propende que: O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais...”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344

¹⁷ CASTRO, op, cit., 2006, p. 142.

Na conjuntura do Poder Judiciário, as mudanças foram extremamente sensíveis. É que tal Poder teve que desenvolver uma nova forma de técnica interpretativa, inspirada em vários novos princípios e absolutamente distante do modelo liberal, capaz de suprir o novo papel que lhe foi outorgado na esfera da Jurisdição Constitucional, notadamente no que toca a guarda dos direitos fundamentais para que a Constituição não vire mera letra morta, ou uma rele “folha de papel”, na dicção de Lassale, ou seja, *“de nada servirão as definições jurídicas que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação ou por esta e seu rei, proclamando-as Constituições, seja qual for seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência”*.¹⁸

É partindo dessas premissas que o Ativismo Judicial encontra amplo supedâneo no ordenamento constitucional brasileiro vigente, ante o quadro de omissão na concretização dos direitos fundamentais, destacadamente os de caráter social, e da própria força normativa constitucional. Portanto, Barroso propende que:

“Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa...”.¹⁹

No terreno específico do direito à saúde e da judicialização da saúde, todas as premissas retroesposadas encontram fundamental proteção, justificando, ainda mais, uma atitude proativa jurisdicional. É que apesar de estar estatuído em disposições representativas de normas programáticas, de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, na clássica lição de José Afonso da Silva, o direito ora posto em xeque, ao ser erigido ao patamar de prerrogativa constitucional de cunho social, pode sim, segundo uma nova concepção vanguardista que cada vez mais perpassa pelos entendimentos judiciais, produzir vários efeitos imediatos.

O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Malgrado o dispositivo em comento tenha sido apostado no capítulo referente aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, não há razão, no contexto contemporâneo de constitucionalismo que aqui já foi apresentado, para não estender

¹⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é Constituição**. 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005, p. 11

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In: Interesse Público, nº 46, 2007 (edição da biblioteca digital da editora Fórum).

sua incidência à categoria de direitos sociais. O caráter vinculante do texto constitucional demanda que toda norma seja dotada de um mínimo de eficácia, que, no caso dos direitos fundamentais de segunda geração, emana exatamente desta precisa interpretação expansiva do comando constitucional ora trazido à baila, inclusive em homenagem ao relevante postulado da nova práxis de Jurisdição Constitucional, quer seja, o da máxima efetividade. Nessa trilha, extremamente esclarecedoras são as palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho:

“Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhe a eficácia, sem alterar o conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas”.²⁰

Largando desses importantes indicadores, deve-se acrescentar que o art. 5º, § 1º da Carta Magna, aplicável a estirpe de direitos fundamentais sociais, detém natureza clara de princípio e como tal, na moderna percepção de Pós-Positivismo, representa espécie de norma jurídica tendente a evidenciar mandamentos de otimização que, nas lições de Alexy, “*são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades*”.²¹

Fica claro, assim, que embora vários dos efeitos necessários à plena aplicabilidade das normas programáticas dependam de limitações “fáticas e jurídicas”, consubstanciadas na atuação do Legislativo e do Executivo, em cada uma de suas instâncias, deve-se ter em mente que aquelas possuem, de fato, um mínimo de aplicabilidade imediata, a ser assegurada pelo Judiciário, se preciso. Tais assertivas são corroboradas pelos ensinamentos do professor Ingo Sarlet, em longo, mas de necessária transcrição, por sua percuciência, excerto de um de seus livros:

“Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora...”.²²

Na mesma linha apresentada, o jurista gaúcho ainda disserta que consegue vislumbrar várias decorrências práticas desse entendimento jurídico, como a possibilidade de não recepção de normas pré-constitucionais que contrariem os ditames relacionados com direitos sociais, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos posteriores que também resultem em ofensa as garantias fundamentais sociais, bem como declaração de ilegalidade de atos administrativos e práticas infensas aos mesmos, sua dimensão interpretativa/integrativa, seu vetor de obstaculização do retrocesso neste campo, entre outras, todas à disposição do Judiciário na realização de sua função.

Diante dos pressupostos apresentados, autoriza-se o Ativismo Judicial como forma de coibir desvios e principalmente condutas omissivas dos outros poderes nas realizações de políticas públicas, notadamente na esfera da saúde, para dar concretude às balizas retroarticuladas. É, nesse sentido, que o também gaúcho professor Lenio Streck pontua:

“Dito de outro modo, na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura diferenciada, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira...”.²³

Nesse contexto, ainda deve-se destacar que a saúde, como corolário do já abordado mínimo existencial, tem, assim como os próprios direitos prestacionais, sob o ângulo do constitucionalismo previsto pioneiramente pelo doutrinador alemão Robert Alexy²⁴ – que rege a própria idéia dominante atual de constitucionalismo – uma faceta claramente negativa, defensiva, que antigamente somente era relacionada aos direitos de primeira geração, ou seja, das liberdades negativas. Mais uma vez, devemos recorrer ao professor Sarlet, que a seu turno, explica:

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 271.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.59

²⁴ ALEXY, op. cit., 2008 , capítulo 9.

“Já no que diz com as suas funções no contexto dos direitos fundamentais, o direito (e garantia) ao mínimo existencial, funciona, numa primeira perspectiva, de resto a mais desenvolvida na esfera jurídico-constitucional, especialmente no direito estrangeiro, na dicção de Paulo Caliendo, como ‘uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo’”.²⁵

Nesse particular, deve-se ter em mente que a saúde significa fator indissociável do próprio direito à vida, bem jurídico mais basilar do ordenamento jurídico e bem da vida mais caro ao ser humano, que a sua vez, sempre foi concebido como uma prerrogativa de primeira geração, estampando, inclusive o conhecido desiderato revolucionário francês “Vida, Liberdade e Fraternidade”. Sobre o tema, merece transcrição a ementa de histórico julgado do STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello:

“E M E N T A: 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 CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em

²⁵ SARLET, op. cit., 2010, p. 322.

12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (grifo nosso)²⁶

Outrossim, os já aludidos professores Thiago Marrara e Lydia Telles Nunes ainda apontam²⁷ que o ativismo judicial em matéria de saúde apresenta as vantagens de desestimular o mau funcionamento do Estado, “*sobretudo do Poder Legislativo e Executivo nas tarefas que lhe incumbem a fim de concretizar a Constituição..*”; coíbe o esvaziamento de investimentos no setor da saúde e “*o respeito às regras previstas no art. 198 da Constituição...*”; e dificulta o retrocesso social, “*na medida em que veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados*”.

De outro lado, os autores indicam as principais desvantagens que costumeiramente são suscitadas em relação ao ativismo judicial, afeto à esfera da saúde. Além da já rechaçada questão da violação da harmonia entre os poderes, assim como da substituição de decisões de órgãos técnicos por decisões superficiais da magistratura e dos limites financeiros exemplificativos da reserva do possível, temas esses que serão tratados, respectivamente, no segundo e terceiro capítulos, também é levantada a celeuma atinente à confusão entre microjustiça e macrojustiça, “*uma vez que o Judiciário, segundo Castro, muitas vezes autoriza demandas dos cidadãos perante o sistema estatal de saúde sem considerar a globalidade das políticas públicas existentes, incluindo as políticas orçamentárias. Assim, não raro, ao buscar a justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticados em um mesmo momento e de modo coerente*”²⁸

Noutro giro, o constitucionalista Barroso ainda comenta a respeito de outras contraposições feitas ao Ativismo, quais sejam, os Riscos para a Legitimidade Democrática e os Riscos de Politização da Justiça.

Em relação ao primeiro embate, tem-se que a magistratura brasileira é composta de membros independentes, embora não escolhidos pelo povo, mas têm legitimidade democrática para rever, dentro de certas limitações, as ações, decisões e omissões dos outros poderes, no que vem sendo chamado de contramajoritarismo, para que o Pacto Supremo

²⁶ Agravo Regimental no RE nº 271.286-8 (publicada no DJU em 24.11. 2000).

²⁷ Marrara; Nunes, op. cit., 2010, págs. 87/88

²⁸ idem, págs. 88/89

originariamente assumido pelo povo, ou seja, a Lei Fundamental, especialmente no tocante aos direitos fundamentais que integram seu núcleo duro, encontre prevalência. Dessa forma, o catedrático aduz:

“O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”²⁹.

Mais a frente, arremata: “... *Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco...*”³⁰.

No que concerne aos riscos de Politização da Justiça, tem-se que o Judiciário pode e deve resguardar, na atual conjuntura de constitucionalismo, pós-positivista, a ampla centralidade e cogência dos direitos fundamentais, mesmo que isso ostente uma interferência em problemas tidos como políticos como é o caso das políticas públicas, originariamente de competência dos demais poderes. Sua atuação, nesse campo, deve se resumir ao cumprimento de sua missão constitucional, sob a égide do caso concreto e de fortes mecanismos de motivação de suas decisões, conforme pontifica Barroso:

“Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação... Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção

²⁹ BARROSO, op. cit, 2009, p. 339.

³⁰ idem, p. 340.

do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia”³¹.

De todo modo, o tema em discussão é tormentoso e ainda provoca ainda muitas reflexões, consoante demonstra o administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

“Neste passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das idéias de “judicialização da saúde (ou politização da justiça)”, segundo os quais se admite o que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema”.³²

Apesar da respeitável ponderação acima colacionada, percebe-se, de todo o exposto, que a grande maioria da comunidade jurídica, atualmente, entende a importância do Poder Judiciário prover concretude aos direitos fundamentais, saneando as mazelas provocadas pelos outros poderes. Ou seja, o Ativismo Judicial é uma necessidade que se impõe diante do novo quadro de constitucionalismo, ontologicamente ligado à Constituição de 1988.

Em realidade, a grande maioria das críticas destinadas ao instituto diz respeito aos seus limites, a sua delimitação. O Ativismo Judicial quando utilizado em excesso e sem balizamento pode transformar-se de importante mecanismo de implementação dos direitos fundamentais em deplorável arbitrariedade, que depõe contra a própria legitimidade democrática do Poder Judiciário, redundando em danos, muitas vezes catastróficos e irreversíveis, para o Estado Democrático de Direito.

Na órbita da saúde, a situação tem se mostrado mais dramática ainda. Decisões judiciais inconsequentes, despreocupadas com as nefastas decorrências sociais, econômicas, políticas e jurídicas que delas podem emanar são cada vez mais frequentes. Mas essa postura exorbitante não retira a importância de nova visão do Direito e da flexibilização do vetusto princípio da separação absoluta de poderes.

³¹ *ibidem*, p. 342.

³² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49

Portanto, traremos à baila, no segundo capítulo, alguns parâmetros para a intervenção judicial, especificamente no que diz respeito às lides judiciais atinentes ao fornecimento público de medicamentos e tratamentos, tendentes a conciliar a concretude do direito social à saúde pelo Judiciário, com a diminuição dos possíveis efeitos detrimetosos que esse tipo de postura ativista pode acarretar, para que seja reafirmada sua legitimidade jurídica e democrática.

2 Parâmetros para o controle judicial no fornecimento público de medicamentos e tratamentos

Os limites para a participação do Poder Judiciário, nos domínios do fornecimento público de medicamentos e tratamentos, são, de fato, extremamente controversos. É que o Judiciário, atualmente, como vimos no capítulo anterior, deve atuar de forma mais proativa, ante o quadro novo de constitucionalismo e a importância dos direitos fundamentais de forma a concretizá-los, mas essa postura deve ser contingenciada por parâmetros, que devem tentar ser esboçados e compilados, para que não se transforme em indesejável arbítrio, inenfo ao espírito democrático e republicano que permeia a Carta de 88, tão bem explanado pelo Procurador da Fazenda Nacional, doutor pela UFMG, Luís Carlos Martins Alves Jr.:

“A Constituição de 1988 teve uma origem legítima e participativa. Ela restaurou o regime democrático no Brasil. Se enquadra no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito porque agasalha as conquistas dos paradigmas liberal e social e avança no sentido de tornar o indivíduo cidadão: aquele que participa da construção e dos benefícios do Estado”³³

A primeira grande dificuldade sempre apontada na matéria em foco, é a chamada dificuldade técnica do Poder Judiciário, isto é, a falta de *expertise* dos integrantes desse Poder estatal em relação aos conhecimentos específicos de saúde, que são demandados na formulação de políticas públicas e na própria análise da tutela judicial quanto próprio direito social à saúde. Dessa maneira, esclarece o jurista fluminense Daniel Sarmiento:

“Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para a avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos”.³⁴

De fato, a despeito dos concursos para ingresso na magistratura exigirem cada vez mais a chamada interdisciplinariedade de conhecimentos³⁵, os juízes não têm, via de regra, a estrutura necessária para análise de casos de grande complexidade técnica, como os que envolvem a proteção das políticas públicas.

³³ ALVES JÚNIOR, Luis Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 454.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In *Leituras Complementares de Constitucional*. NOVELINO, Marcelo (Org). 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2010, p. 420.

³⁵ A Resolução nº 75/2009 do CNJ dispõe que as provas discursivas, além das disciplinas tradicionais, deverão abordar obrigatoriamente as seguintes matérias: Sociologia do Direito, Psicologia Jurídica, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política.

No entanto, os julgadores podem ser municiados com subsídios técnicos específicos, advindos dos mais variados setores da sociedade para que tal dificuldade de expertise seja devidamente mitigada, contribuindo-se, assim, para que o Judiciário possa decidir da melhor maneira possível tais demandas, especialmente pelo fato de que o Estado-Juiz tem a missão constitucional de dirimí-las, isto é, não pode ser negado o acesso à jurisdição (art. 5º, XXV, CF/88).

Em relação ao particular problema aqui tratado, ou seja, o fornecimento público de fármacos e tratamentos, o auxílio outorgado por outros ramos do conhecimento científico e pelos variados nichos da sociedade civil, já se é uma realidade e precisa ser ampliado.

Atualmente, o trabalho de profissionais da área de saúde, notadamente médicos, é sempre requisitado pelo Judiciário, para que engendrem laudos técnicos, funcionando como auxiliares da justiça, de acordo com os ditames estabelecidos no art. 145 e ss. do CPC, no contexto de um mecanismo de prova, regulado pelo art. 420 e ss., denominado de pericial³⁶. Portanto, os profissionais da área de saúde, bem como instituições imparciais, com reconhecidos serviços prestados para o desenvolvimento acadêmico e científico nessa seara, são comumente instados a se pronunciarem em relação a temas técnicos, referentes especialmente à provisão pública de medicamentos e tratamentos

Tal tipo de manifestação especializada oficial é altamente recomendável nesse tipo de situação, pois além de suprir uma deficiência de conhecimento científico do Judiciário, reafirma as limitações legais específicas tendentes a garantir a imparcialidade do magistrado, atributo esse que faz recomendar sua maior observância na valoração das provas de determinados autos, em detrimento de posicionamentos médicos particulares, trazidos quase sempre pelas partes, que se encontram muito mais passíveis de incongruências e de parcialidade. Destarte, os peritos oficiais, máxime no setor em comento, devem sempre vir à baila, quando possível e necessário, para colaborarem, sobremaneira, com os magistrados, designadamente em seu livre convencimento motivado, no deslinde desse tipo de causa.

Ainda na Medicina, já há algum tempo observa-se a preocupação na formulação de métodos técnico-científicos específicos, colaboradores da tarefa judicante, na resolução de problemas intrincados em feitos que discutam políticas públicas.

³⁶ “Existem casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe. Nestes casos, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, auxiliar da justiça (normalmente em caráter eventual) que, dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.428).

Nesse contexto, ganha indiscutível relevo a chamada Medicina Baseada em Evidências (MBE).

A MBE nasceu em 1990, através de um movimento canadense que defendia uma maior cientificidade das decisões médicas, ou seja, surgiu como uma tentativa de promoção do uso de condutas científicas de inibição de condutas ineficazes e de investigação clínica de tratamentos experimentais. Sendo assim, os professores de medicina Otávio Clark e Denizar Vianna lecionam que *“um dos grandes benefícios que a MBE trouxe para a sociedade foi a noção de que a validade de uma informação em saúde está mais ligada ao método usado no estudo do que a quem gerou a informação”*.³⁷

Nessa linha de raciocínio, não se demorou muito para perceber que a MBE poderia servir de instrumento norteador, extremamente útil, ante a já estudada judicialização da saúde, na produção de decisões judiciais. Nesse diapasão, os mestres da medicina, citados no parágrafo anterior, pontuam:

“A MBE parte de um processo estruturado para identificação de informações de alta qualidade que possam ser utilizadas na prática médica. Obviamente, tal processo pode ajudar muito as decisões judiciais relacionadas à medicina”.³⁸

Com efeito, o método da MBE encaminha à atuação jurisdicional ao estabelecimento de algumas diretrizes para a articulação de decisões, tais como, a perquirição das evidências dos benefícios para cada paciente da adoção de determinada medida médica e a investigação da existência de estudos sistematizados que indiquem tal postura; a comparação das benesses médicas, em geral, de determinado medicamento/tratamento, se comparado com outras alternativas; os custos das condutas médicas requeridas; entre outros.

Da mesma forma, merece ser citada uma disciplina em ascensão no estudo médico, qual seja, a Economia da Saúde, que também pode ajudar bastante os julgadores, pois procura encontrar a melhor fórmula de convivência de importantes vetores do sistema de saúde brasileiro, sempre presentes no debate das demandas judiciais, a saber, a qualidade mínima desejável para os medicamentos e tratamentos, o acesso justificável, com mínima restrição desses itens e seu custo máximo suportável pela sociedade³⁹

³⁷ CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. **Medicina Baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais**. IN: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

³⁸ Idem, p. 124.

³⁹ FERRAZ, Maria Bosi. **Economia da Saúde e sua Inserção no Sistema da Saúde**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 131.

De outra parte, verifica-se que o crescente número de lides na área da saúde e sua inquestionável complexidade já fazem com que o Judiciário busque o conhecimento aprofundado de fundamentos teóricos, junto a outros órgãos do Estado e da sociedade civil, que o amparem no equacionamento de disputas intersubjetivas de interesse, nesse citado setor.

O exemplo mais significativo da percepção que acabamos de esposar, foi a convocação pelo Supremo Tribunal Federal, através do então Presidente Ministro Gilmar Mendes, de uma Audiência Pública para debater o tema da saúde, mormente a sua judicialização. O histórico conclave ocorreu nos dias 27, 28, 29 de abril e 4, 6, 7 de maio de 2009, contou com a presença de gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e membros de entidades e organismos da sociedade civil, e atendeu um forte reclame do constitucionalismo contemporâneo no sentido de que unidades governamentais e principalmente da sociedade civil tenham maior poder de voz na formação das práticas de jurisdição constitucional. No ponto, devem sempre ser lembradas as palavras do maior prócere desse movimento referido, o doutrinador alemão Peter Haberle:

“... Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais”.⁴⁰

Os ensinamentos colhidos na aludida Audiência Pública ensejaram uma intensa influência no brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes, a ser esmiuçado posteriormente, na SS 2361 AgR, por ele relatada e que representou verdadeiro *leading case* no que concerne ao direito fundamental à saúde.

Segundo Hórtis Aparecido de Souza, José Sebastião dos Santos e Julieta Ueta, pode-se concluir que as contribuições trazidas pelos participantes da Audiência para diminuição do problema em testilha podem ser brevemente sintetizadas da seguinte maneira: deve-se ter a incorporação de novas tecnologias e a adoção de protocolos clínicos; deve ser projetado um eficiente planejamento orçamentário, assim como uma cuidadosa política de aquisição de insumos; deve ser delineada a repartição de competências entre os entes

⁴⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36.

federados; o diálogo entre o Executivo e o Judiciário deve ser frequente e civilizado em prol do melhor atendimento dos anseios do cidadão.⁴¹

Outrossim, cresce a cada ano o número de encontros, promovidos pela academia, magistratura, MP, entre outros órgãos, a respeito da matéria do direito à saúde, sobretudo no que tange à judicialização e ao ativismo judicial. Esse tipo de iniciativa é extremamente produtora e não deve ficar à margem da consideração dos juízes no momento de decidir processos que tenham como alvo tal direito fundamental, notadamente quanto à discussão do fornecimento público de medicamentos e tratamentos.

Nesse sentido, destaca-se o I Encontro do Fórum Nacional de Saúde, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, ocorrido nos dias 18 e 19 de novembro de 2011, aonde se discutiram inúmeras questões atreladas ao objeto do presente esforço acadêmico. Este importante Simpósio, criado pela Resolução nº 107 do CNJ, teve como objetivo *“identificar e discutir os processos em tramitação no Judiciário brasileiro que envolvam questões relacionadas ao setor de saúde, como acesso a medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), vagas para internação em hospitais ou problemas com planos e seguradoras, entre outros. A partir deste trabalho, passará a ser possível a adoção de novas consultas públicas que contribuam para a resolução destas demandas”*.⁴²

Outro fator extremamente delicado que sempre gera alguma perplexidade no meio jurídico e na vida social é a querela atinente à legitimidade passiva⁴³ em demandas processuais que tratem sobre o provimento estatal de medicamentos e tratamentos, isto é, encontra-se alguma dificuldade na definição do ente federativo responsável pela satisfação de possíveis provimentos jurisdicionais condenatórios nessa específica matéria.

Com efeito, a análise da celeuma apontada acima tem como pressuposto a abordagem prévia de um rápido panorama do quadro de competência legislativa e administrativa, estatuído na Carta Magna, sobre o tema da saúde, máxime no que se relaciona à distribuição de medicamentos e tratamentos.

⁴¹ DE SOUZA, Hórtis Aparecido; DOS SANTOS, José Sebastião; UETA, Julieta. **A Influência da Gestão do Sistema de Saúde na Utilização da Via Judicial Para Acesso a Produtos e Serviços**. In: Direito à Vida e à Saúde. BIANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, pgs. 167/171.

⁴² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18600:justica-discutira-demandas-de-saude-em-ms>. Acesso em 6 de abril de 2012.

⁴³“A legitimidade é a pertinência subjetiva do direito de agir, na feliz e consagrada expressão de Alfredo Buzaid. Ou seja, as pessoas são legitimadas pela lei para pleitearem em juízo aquilo que lhes é devido”. (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 262.

A Constituição Federal, por intermédio de seu art. 24, XII c/c art. 30, II, estabelece a competência legislativa concorrente, na proteção e defesa da saúde, à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios. Nesse diapasão, deve-se ter em mente que a Carta (art. 24, § 1º) ainda preconiza a edição de normas gerais sobre a matéria, pela União, a suplementação normativa dessa legislação federal pelos Estados e pelo DF (art. 24, § 2º), bem como pelos Municípios, no que couber, podendo este último ente peculiar do Federalismo brasileiro legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I e II).

Em relação à competência material ou administrativa. A Lei Fundamental erigiu a comunhão de responsabilidades entre os quatro entes que integram a Federação brasileira, ou seja, todos eles podem formular e executar políticas de saúde (art. 23, II).

Sendo assim, o Congresso Nacional, em setembro de 1990, aprovou a Lei nº 8.080, a chamada Lei Orgânica da Saúde, instrumentalizando o já mencionado Sistema Único de Saúde, ao regulamentar sua forma de organização e de funcionamento. No ponto, o multireferido acadêmico Barroso disserta:

“A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)”.⁴⁴

Realmente, a Lei do SUS incumbiu os Municípios e o DF, por sua situação peculiar no âmbito de nossa Federação (art. 32 da CF/88 e art. 19 da Lei 8.080/90), sem prejuízo da competência da União e dos Estados, do planejamento, organização, controle, gerência e execução dos serviços públicos de saúde, conforme se depreende do art. 18, I e II da Lei Orgânica da Saúde. Isso faz com que os Estados e a União somente executem políticas sanitárias de modo suplementar, colmatando eventuais lacunas da atuação municipal, que por sua vez, é prioritária, em razão daquilo que é denominado de municipalização, especialmente encontrado no art. 7º, IX, a, da Lei em tela.

O financiamento do SUS, no entanto, tem participação de todos os entes federados, o que indica por certo “*que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba*

⁴⁴ BARROSO, op.cit., 2007.

custeá-lo sozinho ou isoladamente".⁴⁵ De fato, as normas que positivam a competência da União e dos Estados na Lei do SUS, art. 16, XIII e art. 17, respectivamente, não se olvidaram de determinar também sua participação cooperativa e financeira dentro do SUS. A primeira responsabiliza a direção nacional do SUS por "*prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao DF e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional*", e por outro lado, determina à direção estadual do Sistema Único de Saúde a "*prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios*".

Particularmente no setor da distribuição de medicamentos, não há repartição expressa de competência dos entes federados na Constituição, mas apenas alguns critérios consignados em vários atos administrativos, entre os quais tem mais relevância a Portaria nº 3.916/98, elaborada pelo Ministério da Saúde, que firma a Política Nacional de Medicamentos, fazendo com que todos os níveis federativos criem listas de fármacos a serem providos à população.

Nessa linha, pertine ao gestor federal a elaboração da Política Nacional de Medicamentos (RENAME), que inclusive foi feita em 2006, além da colaboração aos gestores estaduais e municipais. No outro flanco, os administradores municipais e distritais devem formular a relação municipal de medicamentos essenciais, observando a RENAME, com a inclusão de tratamentos mais simples e menos dispendiosos, além de executar a assistência farmacêutica.

Dessa maneira, os Municípios e o DF têm o mister de conceder os medicamentos destinados à atenção básica de saúde. Já a União, os Estados e também o DF – em caráter cumulativo – devem laborar no atendimento dos fármacos de índole excepcional, quais sejam, os direcionados para o tratamento de patologias específicas, que incidem em plexo determinado de indivíduos, com maior custo financeiro para o erário estatal, tais como insuficiência renal crônica, esclerose múltipla, neoplasia maligna, etc. Na esfera federal, a lista vem prevista nas Portarias nº 2.577/GM de 2006 e 1.321 de 2007. Os gestores estaduais e distritais também devem definir o rol de medicamentos, particularmente tidos como excepcionais, para que possam ser fornecidos pelos entes politicamente autônomos que representam.

⁴⁵ *ibidem*.

Na oportunidade, deve-se ressaltar, ainda, que as referidas listagens possuem jaez vinculativo para o Poder Público, gerando direito subjetivo para o cidadão ao recebimento de medicamentos alí insertos.

Tendo isso sido posto, passa-se a analisar a situação do ente federativo que deve integrar o pólo passivo em processos judiciais em que sejam pleiteados medicamentos e/ou tratamentos.

A jurisprudência majoritária do STF e do STJ está se sedimentando, de forma robusta, no sentido de que no universo da saúde pública, a responsabilidade dos entes federativos deve ser efetivamente solidária⁴⁶. Nesse sentido, vale a pena conferir, a título de exemplo, os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010).

2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010) (grifo nosso).

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. (RE 195192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000) (grifo nosso).

De fato, a interpretação que vem sendo seguida pelos Tribunais Superiores pátrios dá maior garantia ao cidadão, pois assegura que o direito social à saúde, através dos serviços disponibilizados pelo SUS, será melhor garantido. Se determinado ente político autônomo da

⁴⁶ “Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito a dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva)”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume II: Obrigações**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 660).

Federação por qualquer motivo que seja, descumpra o seu dever de prestação no direito de 2ª geração em tela, os outros entes poderão ser acionados, haja vista o ônus que lhes é estabelecido pela Constituição (art. 196) de cooperação no financiamento do SUS. Dessa forma, deve-se transcrever magistral passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2361, já mencionada:

“De toda forma, parece certo que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos”.⁴⁷

Pondera-se, de outra parte, que existem setores doutrinários refratários à responsabilidade solidária dos entes da Federação, por apontarem determinados inconvenientes nessa postura. Nesse caminho, Barroso, levando em consideração o raciocínio – já apresentado- das listas elaboradas por cada ente, professa:

”Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam”.⁴⁸

Sobre a responsabilidade solidária dos entes da federação no atendimento das ações de saúde, pende no STF a apreciação da Proposta de Súmula Vinculante nº 4, realizada pelo Defensor Público-Geral da União (legitimado pelo art. 3º, VI da Lei 11.417/2006), na qual se postula exatamente a edição de verbete vinculante no sentido de ratificar a tese da responsabilidade solidária dos 4 entes da federação no fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos a pacientes carentes, quando comprovada a necessidade. A tramitação dessa Proposta, no entanto, encontra-se sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie até que seja julgado o RE 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral já reconhecida, que deve fincar contornos mais definitivos sobre o tema. No ponto, elucidativo excerto do supranarrado voto do Min. Gilmar Mendes na SS 2361 AgR:

“Também tramita nesta Corte a Proposta de Súmula Vinculante nº 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da federação no atendimento das ações de saúde. Referida PSV teve a tramitação sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie, Presidenta da Comissão de Jurisprudência, e está no aguardo da apreciação do mérito do referido RE 566.471 (DJe 26.8.09)”.

⁴⁷ SS 2361 AgR/PE, Plenário, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), DJe 076, publicado em 29-4-2010.

⁴⁸ BARROSO, op.cit., 2007.

Para finalizar o assunto da legitimação passiva dos entes da federação quanto ao assunto do fornecimento público de medicamentos e tratamentos, deve-se ressaltar que, apesar do entendimento da responsabilidade solidária estar se solidificando na jurisprudência, como acabamos de expor, o STF e o STJ não vêm admitindo a utilização do instituto processual denominado de chamamento ao processo⁴⁹, regulamentado pelo art. 77, III, do CPC no caso de dívida solidária, e ss., na hipótese aqui trata, seja pelos empecilhos práticos, de índole processual, que isso poderia acarretar, seja por perfilharem o entendimento de que tal instituto somente se aplica às obrigações solidárias de pagar quantia certa, não devendo existir interpretação extensiva tendente a abranger, neste âmbito, as obrigações de entrega de coisa certa, como a ora retratada, o que realmente parece ser a melhor posição. Confirmam-se, a propósito:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. INVIABILIDADE.

1. A matéria debatida no Recurso Especial 1.144.382/AL, submetido ao rito do art. 543-C, refere-se à responsabilidade dos entes públicos, no âmbito do SUS a par dos arts. 17 e 18 da Lei 8.080/1990.

2. No presente caso, o apelo não aborda os mencionados dispositivos legais, estando a tese recursal limitada ao instituto do chamamento ao processo previsto no art. 77 do CPC. Assim, fica afastada a preliminar de suspensão do feito.

3. O instituto do chamamento ao processo é típico de obrigações solidárias de pagar quantia. Cuida-se de excepcional formação de litisconsórcio passivo facultativo, promovida pelo demandado, que não comporta interpretação extensiva para alcançar prestação de entrega de coisa certa. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido”. (AgRg no AREsp 28.136/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 17/10/2011) (grifo nosso).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). **3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito**

⁴⁹ Sobre o instituto: “Trata-se de intervenção de terceiro provocada pelo réu, cabível apenas no processo de conhecimento, que se funda na existência de um vínculo de solidariedade entre o chamante e o chamado”. (JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e do Processo de Conhecimento**, vol. I. 10ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2008, p. 367).

fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido”. (RE-AgR 607381/ SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.05.2011) (grifo nosso).

Noutro giro, costuma-se diferenciar as balizas impostas às ações individuais daquelas estabelecidas no campo das ações coletivas, em relação ao ramo ora estudado.

É que setores da jurisprudência e, sobretudo da doutrina, começam a entender que embora o Judiciário não possa se abster de amparar o direito do cidadão ao provimento estatal das prestações fáticas atinentes a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, sob pena de relegação do direito à saúde a um plano inadmitido pela Constituição de 1988. Assim, deve-se ter em mente que o melhor plano de discussão do tema é o das tutelas coletivas por terem características mais vantajosas. Enquanto nas ações individuais o direito controvertido se refere tão-somente a uma relação jurídica subjetivo-individual, tendo os provimentos jurisdicionais eficácia apenas entre as partes litigantes, as demandas coletivas tratam de uma espécie de direitos distinta, isto é, metaindividuais ou transindividuais, que por sua vez, como o próprio nome explica, transcendem a esfera particular, *“pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda coletividade”*⁵⁰, e são divididos, conforme conceituação preceituada no Código de Defesa do Consumidor, em difusos⁵¹, coletivos⁵² e individuais homogêneos⁵³.

Sendo assim, Luís Roberto Barroso propõe⁵⁴ que *“no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos”*. A justificativa desse entendimento vem da louvável percepção de que as multianalisadas listagens são formuladas pelos entes

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, vol. II: Processo de Conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 737.

⁵¹ Os direitos difusos são entendidos pelo art. 81, I como *“os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”*.

⁵² Os direitos coletivos são entendidos pelo art. 81, II como *“os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”*.

⁵³ Os direitos individuais homogêneos são entendidos pelo art. 81, III como *“os decorrentes de origem comum”*. Ademais, é cediço que tais direitos guardam a essencial nota da divisibilidade.

⁵⁴ BARROSO, op. cit., 2007.

políticos com ampla perquirição de “*necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir de uma visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos*”.

O argumento de fato tem validade jurídica, especialmente sob um prisma democrático, uma vez que os subsídios financeiros para o custeamento do SUS emanam do contribuinte, isto é, do povo, que, por isso, conforme relembra o próprio Barroso⁵⁵, deve eleger preponderantemente, através dos seus representantes eleitos no Poder Legislativo e Poder Executivo, a melhor forma de alocação de recursos, de acordo com as prioridades e anseios dessa população representada. Nessa linha, o mestre de Yale conclui:

“A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tornar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos”.⁵⁶

Nessa linha de raciocínio de Barroso, o Judiciário, no específico exercício da apreciação de demandas individualizadas, teria a missão de atuar em casos de ausência de legislativa ou de ações administrativas implementadoras dos ditames constitucionais, bem como em situações nas quais embora existam tais pressupostos, estejam sendo descumpridos total ou parcialmente os comandos expendidos. Sendo assim, o Estado-Juiz perpetraria verdadeiro controle de legalidade ou constitucionalidade, sem adentrar propriamente no mérito das vias eleitas pelos outros poderes, na esteira dos escólios da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, LXXIII, e 37). Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito...”.⁵⁷

Nessa perspectiva, ainda encontra relevo o fato de que no Brasil, apesar do excepcional avanço construído a partir da Carta de 1988, especialmente com a criação da Defensoria Pública, o acesso à justiça não é igualitário, em função das diferenças sociais e

⁵⁵ BARROSO, op. cit., 2007.

⁵⁶ idem.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 744.

culturais entre os cidadãos brasileiros. Dessa maneira, a falta de isonomia de conhecimento de direitos e, principalmente, dos mecanismos de proteção deles, pode fazer com que a concessão de direitos ligados à saúde, por intermédio de tutelas judiciais individuais, acarrete efeitos nefastos para a sociedade, causando verdadeiro desequilíbrio das contas públicas e rompendo a igualdade no atendimento dos serviços de saúde. No ponto, curial a observância dos ensinamentos de Daniel Sarmiento:

“Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem estes direitos. Nesse contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de ‘Robin Wood às avessas’, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média. Enquanto isso, graves violações de direitos perpetradas contra os mais carentes ficam sem resposta judicial”.⁵⁸

De fato, quando há atuação do Executivo na configuração de um rol de medicamentos a serem disponibilizados pelos entes federativos, segundo as premissas já apontadas, essa diretriz deve ser preferencialmente seguida e, nesse caso, o Judiciário deve ter seu trabalho adstrito à verificação de seu cumprimento. Todavia, a concepção assentada por Barroso pode ser em determinadas relações demasiadamente restritiva e generalista, pois a vida em sociedade produz situações muitas vezes excepcionais que certamente chegam ao Judiciário, que a seu turno, deve ponderar a existência de determinados fatores para que consiga equacionar, da melhor forma possível tal tipo de querela. Portanto, a linha perfilhada pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro deve preponderantemente ser seguida, mas não essencialmente.

Há situações nas quais o caso concreto exige uma postura mais afirmativa do Judiciário no plano da tutela individual. São casos em que o jurisdicionado consiga comprovar, através de provas de uma argumentação jurídica mais rigorosamente avaliada, tendente a rebater as preferenciais opções estatais, que determinados medicamentos ou critérios estabelecidos na política do SUS estejam realmente defasada, sejam absolutamente ineficazes ou impróprios, conforme se verifica do mais uma vez comentado voto exarado pelo Min. Gilmar Mendes na SS 2361 AgR:

“... Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

⁵⁸ SARMENTO, op.cit., 2010, págs. 424/425.

Também ocorre a necessidade de melhor visão da matéria, quando determinada pessoa consiga atestar que os medicamentos fornecidos pelo SUS, não sejam eficazes para a sua enfermidade dadas as peculiaridades da espécie, especialmente se a medicina adequada já devesse constar de lista face os avanços científicos comprovados.

Nesses casos, ganha mais força a contestação judiciária das listas e políticas escolhidas pelo SUS em virtude delas terem que passar por periódica revisão, muitas vezes, inclusive, tendo que ser reformuladas. Mais uma vez invoca-se passagem do brilhante voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na multialudida Suspensão de Segurança, quando imediatamente após tecer a consideração recém-transcrita, arremata:

“... Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”.

É neste complexo terreno, todavia, que o Judiciário tem maior possibilidade de incorrer em erro. Nada obstante as listas, Protocolos Clínicos e Diretrizes terapêuticas do SUS não serem “inquestionáveis”, na dicção do Min. Gilmar Mendes, o alerta da teoria restritiva do professor Barroso, qual seja, o risco de descompensação dos sistemas de saúde e orçamentário dos entes federados, deve ser sempre atentado, sempre lembrando que a regra é a observância das vias eleitas pelo Estado.

Nessa esteira, o julgador, em tais casos excepcionais, deve ter acurada ótica do problema como um todo, exercendo um minudente juízo de proporcionalidade, em sua tríplice faceta, a saber, proporcionalidade em sentido estrito⁵⁹, adequação e exibibilidade/indispensabilidade⁶⁰, acerca da demanda individual, poderando se os principais princípios indicadores de especificidade de determinada cizânia, de acordo com as provas dos autos e a argumentação jurídica desenvolvida, sejam capazes de fazer elidir a prioridade do

⁵⁹ “O ‘princípio da proporcionalidade’ em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. págs. 70/71).

⁶⁰ “Os subprincípios da adequação e da exibibilidade ou indispensabilidade (Erforderlichkeit), por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais” (idem).

seguimento das listas dos entes federados e da premissa de que tal elisão somente pode ser feita excepcionalmente em ações individuais – sendo tal debate mais propício na esfera das tutelas coletivas. Sem dúvida, essa prática de hermêutica rende sérias homenagens à teoria de Robert Alexy, senão vejamos:

“Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importânciada satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”.⁶¹

Além do assinalado grau de defasagem das listas e das políticas do SUS, ainda na direção apresentada no último parágrafo, aspectos financeiros e, mormente, de necessidade e urgência do uso de certo fármaco, além da comprovação de hipossuficiência do cidadão (a serem melhor explorados no terceiro capítulo deste trabalho), entre outros, também precisam ser considerados. Muitas vezes o cerne da questão é a dilação probatória, o que dificulta a outorga desse tipo de pleito em provimentos jurisdicionais precários, satisfativos ou assecuratórios, tais como liminares e antecipações de tutela.

Essa arguição do Judiciário deve ser igualmente cautelosa quando se cuidar de tratamentos médicos, pois embora não haja neste ponto uma compilação tão sistematizada quanto no caso dos medicamentos, o SUS também estabelece diversas políticas e disponibiliza vários tratamentos, considerando a complexidade, o custo, e o tipo das enfermidades, como se verá mais detalhadamente à frente. Portanto, também aqui, o Judiciário, em sede de demandas judiciais individuais, deve priorizar as alternativas estatais, somente afastando-as após o exercício refinado e excepcional da ponderação constatado acima.

Sobre o controle judicial das políticas de saúde, o Ministro Gilmar Mendes, ainda no Agravo Regimental na SS 2361, vaticina:

“Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

É que nas duas primeiras situações descritas, o Judiciário deverá intervir em qualquer de seus planos de atuação, de tutela individual ou coletiva, consoante já exposto, na

⁶¹ ALEXY, op. cit., 2008, págs. 167/168.

esteira da doutrina do professor Barroso, com o fito de dar concretude aos ditames constitucionais. De outro lado, a terceira hipótese reflete situação impossível de ser atendida por ser inviável juridicamente, eis que não é dado ao Judiciário ordenar uma postura, por óbvio, que seja infensa à determinação legislativa, salvo se considerar que tal vedação seja avaliada como ilegal, no caso de atos normativos secundários, ou inconstitucional, em relação às leis em sentido estrito, isto é, promulgadas após a tramitação do devido processo legislativo. Nesse ponto, a via da liminar ou da tutela antecipada fica muito difícil, tendo em vista os obstáculos legais existentes

Para finalizar os comentários aos contornos dos limites à atuação judicial na órbita das demandas individuais, não se deve olvidar que uma postura mais ativa da jurisdição também se faz necessária por outro motivo de índole mais pragmática. Nem todas as prestações materiais na área da saúde podem ser vindicadas pela via da tutela coletiva, pois há, como já visto, inúmeras situações especiais, neste contexto, que não obedecem aos requisitos necessários para a deflagração de ações coletivas, quais sejam, a indivisibilidade ou a homogeneidade, que também devem ser amparadas pelo único caminho possível, quer seja, a tutela individualizada. Nesses moldes, o doutrinador fluminense Daniel Sarmiento preceitua:

“... há situações absolutamente singulares de determinados titulares de direito social, que não se enquadram no perfil da ação coletiva, pois esta, como se sabe, pressupõe a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado. Tais situações não podem ser ignoradas pelo Judiciário, e as demandas individuais são o meio adequado para trazê-las ao conhecimento dos tribunais”.⁶²

De outra banda, tem-se que as insurgências dos cidadãos frente às políticas do SUS e as listagens dos entes federados devem ser primordialmente, mas não exclusivamente, como já constatado, exercidas no campo das tutelas coletivas ou até no do controle abstrato (a ser melhor examinado no próximo capítulo).

Nesse diapasão, o professor da UERJ, Luís Roberto Barroso, elenca⁶³, sinteticamente, três razões ínsitas à esfera processual coletiva que justificam a assertiva acima disposta.

A uma, neste terreno existe uma possibilidade bem maior do Judiciário ter uma visão mais contextualizada das políticas públicas a serem tratadas, permitindo a formação de um acervo probatório mais significativo que possibilite mais elementos a serem considerados pelos julgadores em sua persuasão racional, ou seja, “*Será possível ter uma idéia mais*

⁶² SARMENTO, op. cit., 2010. p. 426.

⁶³ BARROSO, op. cit., 2007.

realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo”.

A duas, no exercício da resolução de casos concretos, os magistrados são acusados de satisfazerem uma realidade menor, chamada de micro-justiça, ignorando outros elementos importantes, situados em lugar mais amplo do debate, bem como o gerenciamento de recursos limitados para o preenchimento das outras múltiplas demandas, isto é, esquecem-se da macro-justiça. Dessa forma, o autor assenta que *“na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiça”.*

A três, a decisão judicial terá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, nos moldes da legislação aplicável, fato esse que homenageia a isonomia e a universalização no atendimento das expectativas da população. Também permite que a administração pública se planeje nas prioridades do uso dos recursos públicos. *“Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado”.*

Deve-se frisar, igualmente, que as ações coletivas, especialmente a ação civil pública, trabalham com uma noção distinta de legitimidade ativa, isto é, possibilita uma miríade menor de postulantes, mas que tenham finalidades institucionais mais vastas, o que efetivamente tem o condão de facilitar a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e, por conseqüência, também destrava ou minimiza a dificuldade de obtenção de isonomia nos serviços de saúde. Destacam-se, nesse sentido, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações que tenham como função a precípua a defesa dos interesses coletivos *latu sensu*, como operadores essenciais dessa garantia processual.

Na conjuntura em tela, o instrumento processual que mais tem sido utilizado, até mesmo pela maior extensão que pode alcançar, é, inexoravelmente, a ação civil pública, como faz questão de lembrar Aline Araújo Passos:

“Tem se destacado a ação civil pública, neste contexto, por se revelar, dentre todas (ação popular, mandado de segurança coletivo, etc), a de maior extensão. Com efeito, é a ação que maior número de legitimados possui (art. 5º, da Lei 7.347/85), a que autoriza a mais ampla proteção de direitos coletivos *latu sensu*, já que, a despeito da indevida restrição constante do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, fundamenta-se no princípio da não-taxatividade previsto constitucionalmente (art. 129, III), além de autorizar, à luz do princípio da máxima amplitude a tutela

jurisdicional, a dedução de diferentes pedidos, que permitem a obtenção de qualquer tipo de tutela em juízo (art. 83, do CDC, c/c art. 21, LACP).⁶⁴

Quanto aos parâmetros particulares de controle judicial, neste ramo de demandas coletivas, são muito convenientes os critérios estabelecidos pelo catedrático, tantas vezes mencionado, no também multiesposado artigo *“Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial”*⁶⁵, que, a despeito de se direcionarem à sistemática dos medicamentos, são amplamente aplicáveis à discussão dos tratamentos médicos, inclusive porque são dois aspectos que se imbricam. Agora, passaremos a retratá-los, sempre com as achegas do material doutrinário e jurisprudencial a eles pertinente.

Primeiramente, o articulista defende que *“O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos”*. É que realmente esta faceta constitui um *“dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a comprovada eficácia das substâncias”*.

A *contrariu sensu*, também poderia o Judiciário, nessa perspectiva, excluir remédios de comprovada ineficiência, especialmente se a lista que os estatuir estiver carecendo de revisão, tal como nas demandas individuais, só que aqui, por todas as características já esposadas da tutela coletiva, tal análise pode ser feita com muito mais amplitude e exatidão.

O ponto ora trazido à lume tem mesmo grande relevância. A ratificação judicial da presença de remédios comprovadamente ineficientes ou de duvidosa capacidade técnico-científica, os poucos recursos públicos podem ser gastos de maneira pouco estratégica e pouco útil, em detrimento de anseios infinitamente mais importantes e de mazelas mais significativas. À guiza de exemplo, Vieira e Zucchi assinalam que:

“Dos medicamentos antineoplásicos adquiridos via judicial, dois deles sequer estão registrados no Brasil e a maioria carece de mais ensaios clínicos controlados randomizados que fundamentem sua eficácia. Em resumo, US 281 mil foram utilizados para a aquisição desses medicamentos, com total desconsideração da organização do SUS, que prevê o atendimento dessa demanda de outra forma. Além

⁶⁴ PASSOS, Aline Araújo. **Ações Coletivas e Implementação de Políticas Públicas Para a Tutela de Direitos Fundamentais**. In: Leituras Complementares de Constitucional. NOVELINO, Marcelo (Org). 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2010, p. 487.

⁶⁵ Barroso, op. cit., 2007.

*disso, este recurso foi gasto com medicamentos que, em sua maioria, não apresentam fortes evidências de benefício aos pacientes”.*⁶⁶

A constatação dos autores apenas revela uma hipótese muito corriqueira de violação à proibição legal do fornecimento público de unidades medicinais não registradas na ANVISA⁶⁷ e deve ser reprimida pela interveniência do Poder Judiciário. O registro em comento constitui mecanismo essencial de eficiência das políticas públicas de saúde brasileiras, e teve sua função muito bem precisada pelo Min. Gilmar Mendes, em seu voto, na multicitada SS 2361 AgR:

“O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador- Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou Diretor-Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos”.

Na mesma oportunidade, o eminente Ministro do STF ainda teve a chance de traçar importante distinção, no caso de inexistência de determinados tratamentos médicos na rede pública, que é de inafastável abordagem por sua correção, qual seja, entre os *“tratamentos puramente experimentais”* e aqueles *“ainda não testados Sistema de Saúde brasileiro”*.

Sobre a primeira vertente, o Ministro esgrimiou:

“Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”.

Já quanto à segunda, Sua Excelência asseverou:

“Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e,

⁶⁶ VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. **Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública, v. 41, nº 2, São Paulo, abril de 2007.

⁶⁷ A Lei 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, delineia, no art. 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

⁶⁸ O art. 16 da mesma Lei 6.360/76 estabelece os requisitos para obtenção de registro, tal como o reconhecimento da segurança e eficácia do produto para o uso a que se destina.

assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada”.

Sendo assim, nesse último caso, consoante passagem transcrita anteriormente, o ilustre magistrado entende que é possível a intervenção do Judiciário, seja por ações individuais, seja por demandas coletivas.

Este ponto de análise, dessarte, deve ser encerrado, por sua clarividência, com a brilhante percepção dos médicos Luís Roberto Barradas Barata e José Dínio Vaz Mendes, que, sem embargo de não serem da área jurídica, dimensionaram bem a atitude necessária do Judiciário na celeuma:

“Em resumo: há que ter-se clareza da superioridade de um novo medicamento em detrimento do utilizado até então, para incluí-lo nas listas públicas padronizadas”.⁶⁹

Adiante, o constitucionalista Barroso apresenta duas bússolas norteadoras da atuação judiciária na matéria em testilha, que têm o claro escopo de racionalizar as listagens dos entes federados e as políticas do SUS, prestigiando-as, mas sem esquecer-se de fortalecer a concretude do direito social à saúde, e tornando-as, ao mesmo tempo, menos dispendiosas.

De um lado, o mestre fluminense sugere que “*o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil*”. Nesse tópico, tem-se que a opção do Judiciário, ao determinar a inclusão de medicamento/tratamento médico em listas forjadas pelos entes federados que, repita-se, os autovinculam, deve dar primazia, salvo eventual impossibilidade, aos tratamentos e medicamentos disponibilizados por estabelecimentos situados no Brasil, especialmente se forem conveniados ao SUS. Dessa forma, além de privilegiar a opção técnica estatal e incentivar a pesquisa médico-científica no País, evita-se o escoamento de significativo montante financeiro oriundo do erário estatal. Segundo Barroso, “... *Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário*”.

Ademais, calha ressaltar que o STJ considera legal a Portaria nº 763/1994, expedida pelo Ministério da Saúde, que a seu turno, veda o tratamento de pacientes no exterior às expensas do SUS, segundo pode se depreender deste esclarecedor aresto:

“ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. PORTARIA N.º 763, DE 07.04.1994. LEGALIDADE.

⁶⁹ BARATA, Luís Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. **Uma Proposta de Política de Assistência Farmacêutica Para o SUS**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 74.

1. A Primeira Seção considerou legítima a proibição de tratamento médico no exterior financiado pelo Ministro da Saúde (Portaria n.º 763/1994). Precedente: MS 8895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 7.6.04.
2. Tese também sufragada na Primeira Turma (REsp 616.460/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21.3.05).
3. Recurso especial provido”.(REsp 511.660/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006, p. 189) (grifo nosso).

No outro flanco, o professor Barroso estabelece outro fator muito importante para a atuação do Judiciário, notadamente no que toca ao equilíbrio financeiro e à eficiência das listagens e políticas do SUS, a saber, “*O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo*”. Para tanto, o Mestre de Yale explana sobejamente que “*os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei n.º 6.360/76, com a redação da Lei n.º 9.787/990, é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade*”.

Por fim, o ilustre constitucionalista, verificando um natural grau de importância entre determinadas pretensões haja vista os interesses, bens da vida que elas albergam, pondera que “*O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida*”. Ato contínuo, o professor conclui que “*parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem ,entretanto, ser essencial para a sobrevivida*”.

De fato, no bojo desse último critério apresentado, qualquer juízo de proporcionalidade, ante a importância e a essencialidade do bem jurídico – constitucionalmente garantido – chamado vida, irá indicar que os medicamentos ofertados pelo Estado devem mesmo seguir a lógica prática de maior ou menor importância deles para a manutenção de tal elemento. Em que pese o significado cada vez mais crescente na sociedade de que é preciso viver-se com qualidade, faz-se incontestemente o pensamento de que primeiro, por óbvio, é preciso viver-se.

Pois bem. Traçados estes parâmetros gerais para o controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos, chega a hora de abordar o espinhoso tema da relação direta existente entre a atuação jurisdicional, na tentativa da operacionalização do direito social à saúde, e a escassez de recursos do Estado, fato esse, que por sua vez, contingencia o Judiciário a ter uma visão parcimoniosa do assunto, sempre tentando encontrar a melhor forma de conciliar os valores envolvidos na tensão entre

concretização do citado direito social e, conseqüentemente, do mínimo existencial, e os limites financeiros e orçamentários do Poder Público, que alíás, modernamente, encontram-se embutidos e representados pela tão proclamada Teoria da Reserva do Possível.

É dessa querela e de suas implicações que este esforço acadêmico se ocupará no terceiro e último capítulo.

3 Parâmetros para o controle judicial do fornecimento público de medicamentos e tratamentos em face da Teoria da Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível nasceu no direito alemão, tendo sido efetivamente propalada através de decisão da Corte Constitucional germânica, exarada em 1972, no caso denominado de “Numerus Clausus”, no qual se debatia a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um maior número de concorrentes aos postos estudantis. Sobre o episódio, o membro do Ministério Público Federal, Daniel Sarmento, aduziu:

“Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito ‘se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que se pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, ‘em primeira linha, pelo legislador’, que ‘deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando... as exigências de harmonização econômica geral’”.⁷⁰

A respeito da forma como o direito alemão considera a reserva do possível, o Juiz Federal baiano Dirley da Cunha Júnior analisa com clareza meridiana:

“A doutrina e a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos”.⁷¹

Com efeito, a Corte Constitucional alemã assentou que existem direitos sociais oponíveis *prima facie* ao Estado, mas tais direitos não poderiam ser concedidos de maneira absoluta, eis que limitações financeiras e orçamentárias existem e devem ser consideradas no contexto em tela, através da ponderação desses dois fatores que se encontram indiscutivelmente em estado de tensão.

Desde então, começou um grande movimento, de acordo com as peculiaridades dos ordenamentos jurídicos de cada país, tendente a dispensar maior atenção à dicotomia

⁷⁰ SARMENTO, op. cit., 2010, págs. 407/408.

⁷¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). 2ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, p. 434.

efetivação dos direitos sociais x reserva do possível. Tal movimento evidentemente surtiu efeito e a diretriz alemã chegou ao Brasil com grande intensidade, mormente após o advento da Constituição de 1988, que por sua vez, colimou uma série de fins sociais a serem efetivados pelo Estado, tendo, inclusive, trazido em seu art 6º, a positivação de uma considerável plêiade de direitos sociais em espécie, de um lado, e o estabelecimento de diretrizes orçamentárias rígidas a serem seguidas pelos Poderes, de outro, no seu art. 165 e seguintes.

Com a evolução dos estudos a respeito da indigitada teoria, entende-se atualmente que a reserva do possível deve ser tomada a partir de duas facetas, uma fática e outra jurídica.

A vertente fática diz com a real viabilidade econômica de satisfação estatal dos direitos prestacionais, ou seja, da disponibilidade de recursos financeiros necessários para tanto. Já o aspecto jurídico reflete a necessidade de existência de autorização orçamentária para que possa destinar os recursos públicos para o desiderato do atendimento prestacional.

A referida distinção não escapou à análise de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, na perspectiva particular do direito à saúde, ao articularem que:

“O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e a alocação de recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde” (...) Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica”.⁷²

Dentro desse quadro, desde que a teoria da reserva do possível foi trazida para o nosso país, sua incorporação ao nosso ordenamento jurídico tem recebido acerbas críticas, especialmente calcadas no fato de que existem diferenças substanciais entre as realidades econômicas, jurídicas, sociais e políticas de Brasil e Alemanha, país de origem da teoria em epígrafe.

Nessa esteira, alguns especialistas entendem que a transposição da reserva do possível, forjada em uma nação desenvolvida, para o Estado brasileiro, ainda em desenvolvimento e com enormes agruras sociais, não seria possível e nem tampouco desejável. No ponto, Andreas Krell disserta que:

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico - Constitucional: Uma Visão Geral Sobre o Sistema (público e privado) de Saúde no Brasil.** p. 29. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2012.

“A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de ‘lógica jurídica’, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países centrais do chamado ‘Primeiro Mundo’ com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes”.⁷³

O professor Krell é secundado pelo já citado catedrático Dirley da Cunha, conhecido detrator da aplicabilidade da reserva do possível à realidade brasileira, quando defende:

“A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas aos quais se sujeitam (...) Num estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível”.⁷⁴

Mais adiante, o referido jurista baiano ainda arremata:

“Deveras, transladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem Estar”.⁷⁵

Na realidade, apesar do brilhantismo com que é defendida essa tese de inadaptabilidade da reserva do possível ao contexto jurídico-social brasileiro, parece-nos, fortes em Daniel Sarmiento, que tal cláusula, em uma conjuntura de países de Terceiro Mundo, deve, na verdade, ser observada com severidade, dada a carência econômica, não devendo funcionar, todavia, como barreira inescapável ao pleito de direitos sociais, mas apenas como índice limitador a ser observado, ou seja, como efetivo parâmetro a ser ponderado. A percuciência das palavras de Sarmiento, ao criticar os argumentos de quem prega a impossibilidade de incidência da reserva do possível no nosso direito, desafia sua transcrição no presente trabalho:

⁷³ KRELL, Andreas. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em: http://www.institutoapojar.org.br/imagens/bibliotecas/Realizacao_dos_direitos_fundamentais.PDF. Acesso em: 15 de abril de 2012.

⁷⁴ JÚNIOR, op cit., 2007, págs. 435/436.

⁷⁵ idem, p. 437.

“... me parece que o argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância. Não obstante, concordo com o Prof. Krell quando ele afirma que tanto o maior grau de miserabilidade da população brasileira, como a forma explícita de positivação dos direitos sociais no texto constitucional – muito diferente, por exemplo, da Constituição alemã, que não os consagrou expressamente -, são incompatíveis com a tese da insindicabilidade. Como Krell, não tenho dúvidas sobre a legitimidade e necessidade da intervenção judicial nesta seara. Sem embargo, diferentemente dele, entendo que isto não afasta a incidência da reserva do possível, compreendida – frise bem- não como um bloqueio à tutela jurisdicional dos direitos sociais, mas como critério importante para a sua parametrização”.⁷⁶

Portanto, deve-se repetir que a sindicabilidade dos direitos sociais no plano judicial está mais que assegurada diante da relevância e seriedade empregadas pela Lei Fundamental no tratamento do assunto. Conforme já amplamente tratado, a reserva do possível constitui, nessa linha, apenas um dos fatores a serem sopesados pelo julgador ao se deparar com os casos concretos que lhe chegam para serem solvidos. A assertiva se baseia claramente no método de ponderação adotado por Robert Alexy, autor esse que também esgrimiou seus fundamentos a respeito do papel da reserva do possível na temática dos direitos sociais:

“Fica claro que o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, ‘em sua validade normativa, não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização’. Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – ‘a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ – não pode levar um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito”.⁷⁷

Deve-se ter em mente, nessa linha de raciocínio, que muitas decisões judiciais que simplesmente desconsideram seus próprios impactos financeiros negativos na área do direito social à saúde, como seu instrumento norteador, podem, na verdade, causar efeitos verdadeiramente catastróficos, sobretudo no que diz com a realidade municipal, conforme noticia Ana Carla Bliacheriene e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

“Na prática, muitos municípios do país não se vêem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população. Junte-se a isso o fato de que muitos desses municípios são condenados pelo Poder Judiciário a pagar determinados fármacos e tratamentos

⁷⁶ SARMENTO, op. cit., 2010, p. 409.

⁷⁷ ALEXY, op. cit., 2006, p. 515.

quando, além de atender à população local, atendem a uma macrorregião que está ao seu entorno. Esses dados não podem passar ao largo da ponderação do Judiciário”.⁷⁸

Não se trata de tentar um tipo de fórmula de Pareto⁷⁹, mas apenas de ter consciência de que os impactos financeiros/orçamentários devem ser fator de ponderação do magistrado no julgamento de casos, que tenham como objeto a prestação material de bens que componham o mínimo existencial, sabendo que este, apesar de representar colorário do princípio da dignidade da pessoa humana e de exercer função central em todo Estado que se pretenda democrático de direito, não pode funcionar como uma espécie de “abracadabra jurídico”⁸⁰, servindo como uma espécie de panacéia e desconsiderando limites e parâmetros que devem necessariamente ser observados para sua efetivação.

Dessarte, trazendo a discussão para o objeto específico do presente esforço acadêmico, qual seja, o fornecimento público de fármacos e tratamentos médicos, é preciso sistematizar a forma como deve ser compreendida a reserva do possível neste complexo jogo de ponderação de bens jurídicos. O Judiciário deve sim debruçar-se sobre a teoria trazida à baila, pois. O cerne do debate é saber como a reserva do possível deve ser encarada para que isso aconteça.

Com efeito, não parece que as possibilidades materiais financeiras do Estado, comumente associadas a já referida reserva do possível, devam ser encaradas de maneira tão periférica que só possam ser alegadas em juízo como fundamento de denegação de medicamentos ou tratamentos médicos se o Estado comprovar a total ausência de recursos para efetivá-la. Na verdade, tal interpretação da reserva do possível reflete uma postura inconseqüente que desconsidera as demais obrigações Estatais que se encontrem inclusive plasmadas na Constituição. No limite, isso é uma concepção que muito se assimila à desconsideração da reserva do possível fática, à uma ausência de ponderação, devendo, portanto, ser refutada.

O cotejo hermético valorativo também não pode ocorrer puramente entre o direito ao medicamento ou ao tratamento médico, que carrega em si a força do direito à saúde

⁷⁸ BLANCHERIE, Ana Carla; MENDES SANTOS, Guilherme Adolfo dos. **Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites da Vinculação e da Discricionariedade na Execução da Dotação Orçamentária: O Impacto das Liminares Judiciais Relativas à Saúde Para O Orçamento dos Municípios**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

⁷⁹ “A superioridade de Pareto, princípio segundo o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém...”. (POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. SILVA, Eduardo Ferreira (Trad.). 1ª Ed. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2010, p. 105).

⁸⁰ SARLET, op. cit., 2010, p. 352.

– percebido de uma forma genérica – e do direito à vida (como já apontado), e o estrito impacto financeiro causado ao ente federativo pelo fornecimento de tais bens, por intermédio de decisão judicial condenatória ou mandamental que tenha levado em consideração apenas o caso concreto. Ora, se a ótica se der num contexto tão setorializado como o do caso individual, o equacionamento deverá pender sempre para a concretização do direito à saúde, diante do universo de recursos financeiros comungados pelos entes da federação e a natural hipossuficiência do cidadão requerente por mais dispendioso que o fármaco ou tratamento médico solicitado possa ser.

A visão em comento é míope e peca por se dar em uma realidade muito diminuta. Peca também por desconsiderar o ponto nevrálgico da celeuma, ou seja, o respeito ao princípio da isonomia.

É que ao conceder um benefício médico especificamente a um cidadão, o julgador não pode esquecer que existem outras tantas pessoas que também são acometidas da mesma enfermidade daquele indivíduo particular beneficiado e que o Estado poderá não contemplá-las como a mesma solução pela escassez de recursos monetários. Nesse sentido, Gustavo Amaral identifica brilhantemente a questão:

“A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”.⁸¹

Nesse diapasão, faz-se evidente a importância da distinção da avaliação, feita no capítulo anterior, dos parâmetros concretos e particulares em demandas individuais e coletivas, bem como parece evidente que o integrante do *parquet* federal, Daniel Sarmiento se encontra dotado de razão ao ministrar que:

“... a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta”⁸²

⁸¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos Para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

⁸² SARMENTO, op. cit., 2010, p. 411.

Depois de ressaltar a importância da análise pormenorizada das situações peculiares de cada caso, mesmo diante deste critério por ele aventado, até mesmo em virtude do grau de sensibilidade humanística que o Judiciário deve ter com as agruras dos indivíduos, o autor ainda define:

“O que pretendo salientar é apenas que, em razão da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições”.⁸³

Dessa maneira, o sentido da ponderação sempre necessária para o julgamento de demandas nas quais são requeridas prestações medicamentosas ou de tratamentos médicos deve ganhar outros contornos. Além de ser naturalmente considerada a saúde e a vida do indivíduo requerente, deve-se considerar, como um preceito que deflui da isonomia, a saúde e a vida dos outros indivíduos que tenham os mesmos problemas de saúde e que talvez não possam ser agraciados com as mesmas prerrogativas, funcionando a reserva do possível fática, dessa forma, como mero argumento indicador e representativo desse último vetor de ponderação, para o controle judicial pertinente, ou seja, a dita reserva do possível fática deve funcionar como um transvestimento da saúde e vida das outras pessoas, ficando subjacente a estas e assim sendo interpretada.

Já a reserva do possível jurídica, identificada com a presença de supedâneo legal para o empreendimento de gastos estatais necessários à concretização do direito social pleiteado, no nosso caso, a saúde, também deve ser encarada de maneira temperada. Não se pode considerar, de uma banda, a previsão orçamentária dos gastos públicos feita pelo legislador como um mero aparato jurídico despiciendo, que pode ser alterado a qualquer momento, ao alvedrio dos juízes que não tem a seu favor o conhecimento técnico necessário para tanto, como já comentado. Ora, em uma democracia as escolhas dos legisladores, representantes do verdadeiro custeador de todo o sistema estatal – o povo – plasmadas nas peças jurídico-orçamentárias, devem prevalecer preferencialmente. De outra parte, no entanto, as preferências legislativas não podem funcionar como um óbice para a concretização dos direitos sociais, pois, se de outra forma fosse, estaria sendo negada a própria força transformadora e vinculante da Constituição, que a seu turno, insculpiu como linha mestra de atuação dos três Poderes, a efetivação de tais direitos, devendo o Judiciário intervir para que

⁸³ *ibidem*, p. 411.

tal postulado se concretize, quando houver necessidade. No tópico, avulta em importância a abordagem, uma vez mais, das lições de Daniel Sarmiento, quando exprime:

“... Cumpre, portanto, reconhecer que se, de um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em ‘campo livre’ de Constituição, uma vez que é impossível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário”.⁸⁴

Mesmo após reconhecer o devido enfoque que a reserva do possível deve possuir, deve-se ressaltar que, muitas vezes, realmente, os integrantes do Poder Judiciário se vêem obrigados a realizar uma difícil “escolha de Sofia”, ao optarem, mesmo com elevado grau de racionalidade, por conceder a tutela vindicada pelo indivíduo autor de determinada demanda, sabendo que isso pode acarretar na retirada de recursos financeiros do erário dos entes federativos que poderiam ser empregados nas políticas públicas de combate à mesma enfermidade daquele demandante ou nas de coibição de outras moléstias, ou por denegarem o pedido feito pelo litigante específico, em nome do princípio da igualdade de acesso às políticas públicas de saúde, sabendo que poderá concretizar com isso, ainda que indiretamente, prejuízos à saúde daquele e até mesmo em casos limites, verdadeiramente dramáticos, o falecimento dele.

Portanto, nessa difícil tarefa os julgadores devem ter claros os parâmetros a serem considerados para formarem suas convicções nessas hipóteses, porque se trata efetivamente de uma “escolha de Sofia”.

Em decisão monocrática que extinguiu, por perda superveniente de objeto, a ADPF nº 45⁸⁵ – que versava sobre o veto presidencial a dispositivo de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2004, tendente a assegurar os recursos mínimos à área de saúde, em cumprimento a Emenda Constitucional nº 29/00 – o Ministro Celso de Mello constatou bem a controvérsia em debate, tendo identificado, inclusive, os parâmetros necessários que devem permear as decisões judiciais neste campo:

“os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas”.

⁸⁴ ibidem, p. 413

⁸⁵ DJU de 04/05/2004.

O Ministro chancelou ainda, após reconhecer a possibilidade do Poder Judiciário atuar na função de garante da concretização do direito social à saúde, ante a inércia dos demais poderes, a relevância da efetivação do chamado mínimo existencial e falta de plausibilidade jurídica do descaso estatal para com ele, senão vejamos:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustificadamente recusada pelo Estado”.

Sua Excelência, derradeiramente, assentou a importância da análise do fator cláusula da reserva do possível, que por sua vez, só pode trabalhar como eximente da responsabilidade estatal no cumprimento do dever de provimento do mínimo existencial se restar cabalmente comprovada a incapacidade econômico financeira do Poder Público e sem que isso dê azo à nulificação dos direitos sociais, senão vejamos:

“... É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

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

Com efeito, o binômio proposto por Celso de Mello, traduzido na parêntese *“razoabilidade da pretensão individual-social em face do Poder Público - existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas”*, retrata, de fato, o centro do debate ora posto em xeque e, por isso, deve ser perquerido de maneira mais detida.

O primeiro aspecto, a saber, a razoabilidade da pretensão do demandante, guarda umbilical ligação com o grau de essencialidade da prestação material que está sendo reivindicada. No caso dos medicamentos e tratamentos médicos, terá mais chance de lograr êxito em seu pleito aquele reclamante que comprovar o maior nível de comprometimento de seu mínimo existencial em virtude da conduta estatal. Uma vez mais, cabe ilustrar tal perspectiva com as lições do tantas vezes referido Daniel Sarmiento:

“Neste modelo, o mínimo existencial constitui elemento importante, pois quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior será o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido. Porém persiste a possibilidade teórica de adjudicação de direitos sociais mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, a depender da constatação concreta dos interesses em disputa”.⁸⁶

A magnitude da relevância emprestada à pretensão do litigante individual resta mais evidenciada quando percebida dentro do contexto dos parâmetros estabelecidos no capítulo anterior, assim como se analisada pelo ângulo da necessidade e da hipossuficiência do vindicante.

A avaliação da necessidade e da hipossuficiência do demandante poderia ser contestada sob a alegação de que a Constituição Federal prevê, em seu art. 196, a universalidade e a igualdade do acesso às ações e serviços de saúde, o que possibilitaria o direito de todos os cidadãos, independente do grau aquisitivo ou de outras peculiaridades, à gratuidade de qualquer atendimento ou tratamento para suas vicissitudes salutaras.

Em realidade, exige-se, dentro da conhecida escassez de recursos, uma leitura mais sistematizada e refinada dos preceitos constitucionais em tela, que funcionará como pedra angular no jogo ponderativo de valores, feito pelo intérprete com a finalidade de apurar a possibilidade de concessão de prestações materiais estatais, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, decorrentes dos direitos fundamentais de segunda geração.

A necessidade e a hipossuficiência, esta como corolário indissociável daquela, devem ser tomadas dentro de uma conjuntura de observância de isonomia material, em que iguais são tratados como iguais e desiguais como desiguais, na medida de suas desigualações, conforme relembram Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo:

⁸⁶ *ibidem*, p. 420.

“Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilada à noção mais corrente de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde, assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa.”⁸⁷

Em seguida, os mencionados professores continuam a revelar a importância de se estudar a gratuidade do acesso e da assistência à saúde, sob o prisma em questão:

“Em síntese, tais circunstâncias revelam que o tema da gratuidade do acesso e da assistência à saúde – que não é necessariamente a regra do direito comparado – devem ser melhor investigados e avaliados, sobretudo para efeito de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e dos encargos, seja pela maximização do acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema público de saúde, seja pela melhor distribuição dos próprios recursos de saúde, como conseqüente incremento na qualidade da assistência prestada – o que reconduz aos objetivos fundamentais da República, previstos pelo art. 3º do texto constitucional. (...) A concepção de uma igualdade substancial (inclusive no que diz com a observância das diferenças) poderia, desde que assegurado o acesso universal a serviços de qualidade, levar à restrição da gratuidade (pelo menos para compreendê-la como ma tendencial gratuidade, consoante passou a estabelecer a Constituição Portuguesa após uma revisão quanto a este ponto) do acesso e das prestações oferecidas no âmbito do SUS, como já verificado em algumas políticas públicas, assim como sustentado em parte da literatura especializada e na jurisprudência”⁸⁸

Assentadas tais premissas, deve-se investigar, a seguir, o que deve ser considerado pelo Judiciário na apuração da existência de necessidade e hipossuficiência.

Quanto à necessidade, alguns elementos podem nortear o convencimento do julgador.

A simples prescrição de um medicamento ou de um atestado de importância da realização de um tratamento médico, assinado por um profissional da medicina, e trazidos aos autos pelo demandante, não pode representar, por si só, fator irrefutável da efetiva necessidade de obtenção dos requerimentos mencionados. A consideração de todo acervo probatório coligido aos autos é fundamental nesses casos.

O histórico clínico do paciente pode funcionar como importante fio condutor da conclusão da necessidade ora posta em xeque, pois, dessa forma, o julgador terá condições de examinar o grau de evolução da enfermidade, podendo arguir o quão relevante para a melhora ou cura do querelante é a deflagração ou continuação da ingestão de determinado insumo médico ou da aplicação de dado tratamento. Aliás, um resumo do quadro clínico do litigante

⁸⁷ SARLET; FIGUEIREDO, op.cit., págs. 31/32.

⁸⁸ idem, p. 32.

pode também ajudar a ostentar se há impropriedade da medida requerida seja pelo seu tipo de doença, seja pelo seu nível de evolução, pois muitas vezes a prestação fática solicitada pode não se adequar ao caso em espécie, devendo-se cambiar os medicamentos ou tratamentos a serem recebidos, dados os pressupostos ventilados, que por sua vez, podem até ser disponibilizados pelo SUS, conforme relata Andrea Carla Veras Lins:

“Em muitos casos vemos que a negativa decorre do fato de que os fármacos não estão previstos para a patologia descrita, ou não foram entregues em razão do estágio evolutivo da enfermidade, havendo outras terapias indicadas. Pode acontecer, ainda, de haver previsão de tratamento alternativo do SUS, com a mesma eficácia daquele foi indicado”.⁸⁹

A comprovação da necessidade da medida pedida, através de protocolos médicos mais abalizados, é igualmente importante para que se saiba se ela não pode ser substituída por outro mais barato, perfeitamente intercambiável, de acordo com o quadro específico do demandante, especialmente quando previsto nas políticas de atendimento do SUS, preferencialmente adotadas, consoante já referido, ou para que se permita conhecer as razões pelas quais o organismo do indivíduo somente se adequa aquele particular insumo ou tratamento, e, ato contínuo, a razoabilidade do provimento daqueles instrumentos pelos entes federativos que não se encontram previstos nas diretrizes do SUS, pela peculiaridade do caso. Ademais, nunca é demais lembrar que o expediente probatório ora trazido à baila também identifica se o cidadão efetivamente está acometido de algum tipo de enfermidade, pois em alguns casos, as pessoas podem exigir a tutela do fornecimento de medicamentos e tratamentos sem estarem com qualquer doença, com o escopo de, uma vez obtido o intento, transferí-los para outras pessoas ou utiliza-los de maneira pouco altruísta, quiçá, até criminosa, o que decididamente traria um desfalque absolutamente desnecessário e irrazoável para o erário público.

Outrossim, é altamente recomendável, notadamente no campo dos provimentos jurisdicionais provisórios, que se faça uma observação para que de tempos em tempos o demandante colacione aos autos o seu estado de saúde, podendo determinar, em casos limítrofes, a produção de perícia. Sendo assim, a já citada Advogada da União, Andrea Lins, disserta:

“Claro que o magistrado não poderá acompanhar o processo quando já encerrada sua atividade jurisdicional, mas nada impede, ao contrário, aconselha que se estabeleça a

⁸⁹ LINS, Andrea Carla Veras. **A Produção, o Direito à Saúde e a Correlação nas Ações Judiciais Individuais: Uma Visão Pragmática**. In: *Direito à Vida e à Saúde*. BIANCHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 114.

apresentação de relatório atualizado, com determinada periodicidade, descrevendo e atestando a necessidade da continuidade do fármaco/tratamento. De outra forma, a autoridade que dá cumprimento à decisão, mesmo com o trânsito em julgado, poderá vir a entregar uma medicação a quem dela não precisa”.⁹⁰

De outra parte, as balizas identificadoras do estado de pobreza, hipossuficiência também desafiam uma maior atenção.

Em princípio, tem-se, partindo da fórmula hermêutica que deve ser imprimida pelo Judiciário aos princípios da universalidade e igualdade do acesso aos serviços e ações de saúde – lastreado no postulado da isonomia material – que os detentores de plano de saúde devem, *a priori*, ter seus pedidos judiciais de aquisição de medicamentos e tratamentos, não disponibilizados naturalmente pelo SUS, denegados.

É que tais pessoas já têm mecanismos próprios para obterem seus anseios na área de saúde, a partir da iniciativa privada, e a recusa de prestação de fármacos e tratamentos médicos por parte do plano de saúde deve ser debatida, sobretudo se houver alguma recalcitrância administrativa, sob o ângulo do direito civil contratual e da responsabilidade civil. No entanto, não se entende que tal obstáculo deva servir como barreira insuperável.

Eventual falta de cobertura de medicamentos e tratamentos médicos em decorrência da modalidade de pactuação desenvolvida com o plano privado de saúde pode ser suprida pelo fornecimento público do SUS, através de mandamento judicial, mesmo que não esteja contemplado o específico requerimento do indivíduo das políticas públicas de saúde pré-estabelecidas pelos entes federados. Nada obstante, a argumentação fático-probatória e jurídica desenvolvida pela defesa de um cidadão nessa situação deverá ser naturalmente ainda mais elaborada que a de uma pessoa que não tenha o privilégio de possuir um plano de saúde (a maioria das vezes por falta de recursos financeiros), dentro de um universo que englobe isonomia substancial de um lado e escassez de recursos financeiros estatais, de outro, porquanto as provas de necessidade e hipossuficiência, mesmo no caso de recusa do plano de saúde, restarão mais difíceis de serem acatadas pelos magistrados atuantes em ações como essa. Entretanto, em que pese a improbabilidade, há chance teórica de êxito, conforme pode se depreender do seguinte aresto do STF:

”EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 196 E 199 DA CONSTITUIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA COM AQUELES PRESTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA PELO PACIENTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÔNUS ADICIONAL PARA O SISTEMA

⁹⁰ *ibidem*, p.115.

PÚBLICO. I - O indivíduo tem liberdade para se utilizar, conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público de saúde ou daquele disponibilizado por entidades particulares. **II - Inexiste ofensa à Constituição no fato de o paciente, à custa de recursos próprios, complementar com o serviço privado o atendimento arcado pelo SUS.** III - Agravo regimental improvido. (RE 516671 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-06 PP-01456) (negrito nosso).

Também chama atenção o debate em torno da forma de comprovação da alegação do estado de pobreza.

Aqui, parece-nos que não há como seguir a lógica simples, mas justificada, da dispensação do pagamento de verbas sucumbenciais judiciais, prevista pela Lei 1.060/50⁹¹. O Estado-Juiz, diante da evidente reserva do possível, deve ser mais severo ao perflustrar a hipossuficiência para aquisição de fármacos ou tratamentos médicos.

Deve ser considerado um espectro maior probatório, tal como a presença de contas de luz, água, gás, etc, bem como outras possíveis despesas suplementares, que representem montante econômico incompatível com o alegado estado de hipossuficiência ou até mesmo a declaração de Imposto de Renda do paciente. Foi nesse sentido que o STJ manteve sentença, que havia negado pedido para obrigar o Poder Público a prover medicamento para asma brônquica severa, mesmo contra alegação de hipossuficiência do autor, calcado em outros elementos do acervo probatório juntado aos autos, senão vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM ASMA BRÔNQUICA SEVERA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de ASMA BRÔNQUICA SEVERA. É assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade, de forma a tornar o processo efetivo, o acesso à justiça amplo e justa a composição da lide. Precedentes: REsp 625329/RJ, Ministro LUIZ FUX, DJ 23.08.2004; REsp 735477/RJ, DJ 26.09.2006; REsp 813957/RJ, DJ 28.04.2006.

3. Assentando o Tribunal a quo concluído que a experiência nos leva a concluir que quem ganha R\$ 350,00(trezentos e cinquenta reais) por mês, não utiliza o telefone de forma a ter uma conta mensal de R\$ 109,11 (cento e nove reais e onze centavos). Partindo do pressuposto de que a declaração de fls. 17 é verdadeira, resta a conclusão de que o autor tem outras fontes de renda, que não ficaram esclarecidas nos autos, para que possa ser avaliada a questão da impossibilidade do autor arcar com os custos dos medicamentos (...) Nenhuma

⁹¹ O art. 4º insculpe: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

prova foi feita de que o autor não tem condições de comprar o medicamento receitado. (...) Entendo incomprovados, portanto, os fatos narrados na inicial constitutivos do direito do autor (fls.107), afastar tal premissa esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido”. (AgRg nos EDcl no REsp 944105/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008) (grifo nosso).

Nessa senda, também pode se dizer que podem facilitar a verificação da miserabilidade a prova de que o indivíduo possui cartão de usuário do SUS, isto é, de que foi devidamente cadastrado para ter a fruição dos serviços públicos de saúde. Sobre o cadastro do SUS, transcrevendo, de novo, os ensinamentos de Andrea Lins, tem-se que:

“Cadastrado no seu município, o paciente se submeterá aos procedimentos administrativos e clínicos, assim como os demais usuários. Em geral, inicia-se o atendimento em um posto ou centro de saúde e, sendo necessário, o paciente pode ser encaminhado a algum hospital, quando se exigem medidas mais específicas e complexas. Daí por que aqueles que têm condições de socorrer-se do auxílio particular do profissional não se dirigem a uma unidade de saúde para efetuar o cadastro”.⁹²

A autora ainda traça importante vetor de perquirição da hipossuficiência. É que também devem restar comprovados os valores que o indivíduo teria de gastar para custear o medicamento e/ou tratamento médico sindicado, mas com os quais ele não pode arcar.

“Outra observação que merece ser pontuada é a demonstração, por parte do paciente, dos valores efetivos que teria de desembolsar para obter o medicamento. Ou seja, se afirma que este lhe custará, mensalmente, “x”, há que comprovar esse custo. A menção a fontes oficiais de preço também poderá ser utilizada”.⁹³

Noutro giro, temos a outra parte do binômio apresentado pelo atual Decano do STF, a saber, “*a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivadas as prestações positivadas dele reclamadas*”.

Desse jeito, o Estado não pode alegar de maneira genérica a chamada reserva do possível para escusar-se de cumprir seu papel constitucional na efetivação dos direitos fundamentais, conforme transparece de trecho da própria decisão do Ministro Celso de Mello, já transcrito.

A reserva do possível é claramente uma matéria de defesa, isto é, invocável pelo Estado, que por sua vez, deve prová-la suficiente e objetivamente. Não há necessidade, no entanto, como já se expôs, de produzir prova verdadeiramente draconiana de ausência total de

⁹² LINS, op. cit., 2010, p. 111.

⁹³ idem, p. 111.

recursos para que a tese seja acolhida. Nessa trilha, o magistrado aposentado Régis Fernandes de Oliveira, ex- Deputado Federal, repercurte bem a dinâmica em debate:

“Ao Poder Judiciário, pois, cabe assegurar a plena execução dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição. O único obstáculo será a explanação ampla e convincente da autoridade pública no sentido de demonstrar a impossibilidade material do cumprimento. É que, como já se ressaltou, os recursos são finitos e, pois, não há como atender a tudo e a todos de forma plena. Por consequência, deve haver por parte do Estado o atendimento a todos os direitos assegurados. A única escusa é a impossibilidade financeira, diante do caso concreto”.⁹⁴

O multicitado Procurador Regional da República, Daniel Sarmiento, corrobora a linha de raciocínio acima explanada:

“Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais – como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das alegações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação”.⁹⁵

Destarte, é ônus do Estado, indubitavelmente, a produção de material probatório claro e concreto da ausência total (embora não seja estritamente preciso) ou parcial de recursos, bem como da inexistência de desperdício dos recursos existentes e da produtividade da aplicação dos gastos, nos moldes do que preconiza o magistrado gaúcho Ingo Sarlet:

“Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, § 1º, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Neste mesmo sentido, como bem averba Gerando Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos”.⁹⁶

Nesse diapasão, tem-se que uma boa forma do Judiciário, por intermédio do STF, apurar a real escassez de recursos públicos e a eficácia dos recursos existentes, de uma maneira geral, é através do controle concentrado de constitucionalidade.

Vale lembrar, que o STF tem evoluído na sua jurisprudência para assentar a possibilidade de análise por ADIN de Leis Orçamentárias⁹⁷, que, anteriormente não era

⁹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 292.

⁹⁵ SARMENTO, op. cit., 2010, p. 413.

⁹⁶ SARLET, op.cit., 2010, 357.

⁹⁷ Embora a ADI nº 4.048 tenha sido posteriormente por perda superveniente de objeto, em momento anterior, ao julgar a Medida Cautelar incidente em tal ação, deixou consignado que: (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O

admitida pelo fato da mesma Suprema Corte entender, em um primeiro momento, que tais normas eram de efeito concreto, inatacáveis, portanto, pela fórmula da ação direta de inconstitucionalidade. No tópico, vale lembrar as colocações do constitucionalista mineiro Bernardo Gonçalves:

“... até recentemente entendia o STF que não caberia ADI contra Lei ou normativo de efeito concreto, por não se revestirem de generalidade e abstração. Porém, conforme observado, na decisão da ADI 4.048 (Informativo nº 502 do STF de maio de 2008) e posteriormente em outras ADIs (ADI nº 49, ADI nº 50), o STF reconheceu a possibilidade de ADI contra Lei ou ato normativo concreto e suspendeu liminarmente ato normativo de cunho concreto”.⁹⁸

Nessa senda, o controle abstrato de constitucionalidade, especialmente no que diz com a ação direta de constitucionalidade, configura poderoso instrumento de fiscalização e análise das alocações orçamentárias feitas pelo Executivo de todos os entes federados⁹⁹.

Vale lembrar, nessa diretriz de pensamento, que a Emenda Constitucional 29/00 alterou o texto constitucional para fazer constar, no art. 198, § 2º, que União, Estados, DF e Municípios devem investir percentuais mínimos de recursos nas ações e serviços públicos de saúde.

No caso da União, a regulamentação do dispositivo depende de Lei Complementar¹⁰⁰ que até hoje, inacreditavelmente, ainda não foi editada, mas isso não impede que uma parte dos recursos públicos federais seja reservada nas Leis Orçamentárias, especialmente a Lei de Diretrizes Orçamentária e a Lei Orçamentária Anual, para aplicação na área da saúde, concretizando esse importante direito fundamental social e dando ênfase aos já abordados efeitos imediatos das leis de eficácia limitada. Eventual descumprimento do percentual estabelecido em tais instrumentos ou eventuais insurgências contra o próprio estabelecimento desse tipo de exigência normativa ou de seus próprios valores podem ser questionadas no Judiciário, e o controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo diante da

Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade (...). (Julgamento em 14.05.2008, DJ: 22.08.2008. Rel. Min. Gilmar Mendes) (grifo nosso).

⁹⁸ FERNANDES, op. cit., 2011, p. 942.

⁹⁹ BARROSO, op. cit., 2007.

¹⁰⁰ O art. 198, § 2º, I da CF preconiza: § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º (...)

nova interpretação do Supremo a respeito da fiscalização da constitucionalidade das Leis Orçamentárias – recém-descrito – como ocorreu, aliás, na própria ADPF nº 45 multireferida.

Para os Estados, DF e Municípios o controle de constitucionalidade pela via principal da alocação de recursos na área de saúde fica ainda mais fácil, pois os valores mínimos a serem empregados em tal desiderato se encontram mais bem delineados. É que o art. 77, II do ADCT estatui, sobre os valores mínimos a serem dispensados as ações e serviços voltados para a saúde, que *“no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios”*. Já o inciso III do mesmo artigo positiva os seguintes ditames: *“no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”*. Por fim, o parágrafo 4º do mesmo dispositivo aludido traz em seu bojo que: *“Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo”*.

De todo o exposto, pensamos que realmente a chamada teoria da reserva do possível deve servir de base ponderativa, e não obstáculo intransponível, para a resolução de casos relacionados ao direito fundamental à saúde e, mais especificamente, do fornecimento público de medicamentos e tratamentos médicos. A finitude de recursos existe, isto é, o Estado trabalha com uma quantidade escassa de mecanismos financeiros para cumprir todas as funções que constitucionalmente lhe são atribuídas, e, sendo assim, tal limitação deve ser levada a sério para que os próprios direitos fundamentais sejam levados a sério, conforme registram os acadêmicos norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein:

“Hard budget constraints imply that some potential victims of child abuse will become actual victims of child abuse, and state will have done little or nothing about it. This is deplorable, but in an imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously”.¹⁰¹

Adiante, seguindo a mesma linha, os mestres norte-americanos ainda arrematam:

“Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary

¹⁰¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co. 1999, p. 94.

without regard to budgetary consequences for with other branches of government bear the ultimate responsibility”.¹⁰²

Em consequência, a chave mestra a ser encontrada pelo Judiciário, nesses casos, embora reconheçamos a dificuldade do processo, é tentar avaliar todos os aspectos apresentados de sorte a encontrar o correto equacionamento das querelas, sempre dando prevalência a nota da coerência das decisões, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, e sempre tentando também, lograr a conciliação do bem jurídico a que se der primazia, diante do caso concreto, com o núcleo essencial¹⁰³ daquele interesse jurídico preterido na hipótese, ou seja, aplicando o princípio da nova hermenêutica constitucional, denominado de *concordância prática*, tão bem desenvolvido pelo jurista alemão Konrad Hesse, que após tratar do postulado da unidade da constituição, explanou:

“... Em íntima relação com o anterior encontra-se o princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade. Onde ocorram colisões não se deve, através de uma precipitada ‘ponderação de bens’ ou, inclusive, de uma abstrata ‘ponderação de valores’ realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de ‘otimização’: faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima. A fixação desses limites deve observar em cada caso concreto o princípio da proporcionalidade; não deve ir além do necessário para a concordância entre ambos os bens jurídicos...”¹⁰⁴

Conclusão

Ao final deste trabalho acadêmico, é possível compilar as principais idéias desenvolvidas através das proposições que se seguem:

¹⁰² *ibidem*, p. 97.

¹⁰³ “... De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo, *op. cit.*, 2009, p. 350).

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. **A Interpretação Constitucional**. In: Konrad Hesse: Temas Fundamentais do Direito Constitucional – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, págs. 113/114.

- 1) A Constituição de 1988 promoveu diversos avanços nos domínios da saúde, definindo-a como direito social – em seu art. 6º -, incluindo-a no âmbito da Seguridade Social e estatuidando o marco normativo geral de sua regulamentação, bem como as normas destinadas ao cumprimento de tal desiderato.
- 2) Os comandos constitucionais que tratam do direito à saúde dependem, muitas vezes, de integração legislativa e/ou de ações regulamentares e/ou práticas a serem providas pelo Executivo, para que possam alcançar a plenitude de seus efeitos.
- 3) O Legislativo e o Executivo têm falhado na missão constitucional da efetivação do direito à saúde, provocando relevante insatisfação na população, que por sua vez, sente-se compelida a recorrer ao Poder Judiciário, depositando nesse a esperança da concretização de seus anseios, com base nos pilares estabelecidos na Lei Maior.
- 4) Tal fenômeno vem sendo chamado de Judicialização da Saúde e somente ganhou substância com a redemocratização do país, institucionalizada pela Carta de 88, e viabilizada, nesta matéria, pela reaquisição das garantias da magistratura, com a constitucionalização de vários temas antes deixados ao simples alvedrio do processo político majoritário, e pela amplitude do sistema de jurisdição constitucional brasileiro que possibilita o encaminhamento de questões de ordem política ou moral à apreciação do STF.
- 5) Ao lado da Judicialização da Saúde e do quadro de estagnação dos outros Poderes, ascendeu no campo do Poder Judiciário brasileiro um movimento hermenêutico apelidado de Ativismo Judicial, de origem eminentemente americana, que significa uma postura mais proativa daquele Poder na efetivação dos objetivos constitucionais, notadamente na seara dos direitos sociais, acarretando um maior poder interventivo na atuação dos demais braços estatais.
- 6) A sedimentação do Ativismo Judicial somente pôde acontecer após o desenvolvimento de uma releitura do vetusto Princípio da Separação dos Poderes, criado por Montesquieu em um ambiente diferente (marcadamente liberal, burgês) do que agora se apresenta, lastreado pela doutrina dos Freios e Contrapesos e pelo avanço do ideário do Estado Democrático de Direito, que encontra suporte no Neoconstitucionalismo e no Pós-Positivismo, redundando na positivação da novidade em comento no art. 2º da Lei Fundamental.

- 7) O Ativismo Judicial encontra justificativa, com temperamento, no ordenamento constitucional brasileiro vigente, portanto, ante o quadro de omissão na consecução dos direitos fundamentais, destacadamente os de viés social, e pela própria força normativa constitucional.
- 8) Entre outros fatores, costumam ser apontadas algumas dificuldades para a implementação do Ativismo Judicial, os riscos para a legitimidade democrática e os riscos de politização da justiça.
- 9) O constitucionalista Luís Roberto Barroso responde às críticas mencionadas lembrando que os juízes brasileiros são independentes e são detentores de legitimidade democrática para rever e interferir, dentro de certos limites, as ações e omissões dos demais Poderes, com vistas a fazer valer os ditames preconizados na Lei Fundamental. Ademais, Barroso entende, acertadamente, que o Poder Judiciário deve resguardar, na atual quadra de consitucionalismo, a centralidade e imperatividade dos direitos fundamentais, para que possa cumprir sua missão constitucional, mesmo se isso resultar em determinado grau de interferência nos trabalhos do Executivo e do Legislativo.
- 10) Infere-se que o Ativismo Judicial é um comportamento essencialmente ativo do Poder Judicante, imprescindível à concretude dos direitos fundamentais, mas que, no entanto, deve ter sua delimitação estabelecida, pois se utilizado em excesso pode transformar-se em execrável arbitrariedade, especialmente na área da saúde.
- 11) No segundo capítulo pretendeu-se a fixação de alguns parâmetros para o controle judicial no fornecimento público de medicamentos e tratamentos.
- 12) Os limites para a participação do Poder Judiciário, no território do fornecimento Público de medicamentos e tratamentos são extremamente controversos.
- 13) Imputa-se ao Poder Judiciário, a chamada dificuldade técnica, isto é, a falta de expertise dos membros desse Poder a respeito da consciência específica de formulações de saúde, absolutamente exigida na elaboração de políticas públicas e no exame da tutela judicial. Por isso, o Judiciário, cada vez mais, tem se valido do auxílio de outros ramos do conhecimento para mitigar a debilidade em discussão, sobretudo no âmbito do fornecimento público de medicamentos e tratamentos, ganhando destaque a requisição da produção de laudos técnicos por peritos especializados, o desenvolvimento, no terreno da Medicina, de métodos técnico-científicos que

sustentem a resolução de celeumas jurídicas, tal como a Medicina Baseada em Evidências, e a realização de simpósios com profissionais capacitados para o debate do tema.

- 14) O STF, sensível às necessidades de aprofundamento no tópico da saúde, promoveu, através de seu então presidente Gilmar Mendes, uma audiência pública para abordagem da matéria, nos dias 27, 28, 29 de abril e 4, 6, 7 de maio de 2009, com a presença de abalizadas figuras representativas dos seguimentos civis e estatais.
- 15) A Constituição Federal estabelece, em seu art 24, XII c/c art. 30, II, a competência legislativa concorrente dos entes federados na proteção e defesa da saúde, bem como a competência administrativa/material desses entes políticos na criação e execução de políticas de saúde (art. 23, II), tendo o Congresso Nacional aprovado a Lei nº 8.080/90, regulamentadora do Sistema Nacional de Saúde (SUS).
- 16) No setor e distribuição de medicamentos, não há divisão de competências taxativa dos entes componentes da federação, mas tão somente alguns critérios consignados em vários atos administrativos, entre os quais encontra mais relevância a Portaria nº 3.916/98, erigida pelo Ministério da Saúde, que firma a Política Nacional de Medicamentos e impõe a todos os níveis federativos a criação de listas de fármacos a serem providos à população.
- 17) Compete ao gestor federal a elaboração da Política Nacional de Medicamentos (RENAME), com ênfase no provimento de fármacos destinados ao combate de patologias mais graves, que tragam maior dispêndio ao erário, e o auxílio aos administradores das outras instâncias federativas.
- 18) Os gestores municipais e os distritais devem promover a realização de listas com medicamentos essenciais, direcionados a saúde básica, sempre observando os ditames preconizados na RENAME. Os gestores distritais, ao lado dos estaduais, também possuem a incumbência da consecução de listagens que definam o rol de medicamentos específicos a serem fornecidos pelas unidades federativas respectivas.
- 19) As listagens descritas guardam caráter vinculativo para o Poder Público, gerando direito subjetivo para o cidadão ao recebimento dos medicamentos e tratamentos por elas abrangidos. Sendo assim, o STF e o STJ têm entendido, no universo da saúde pública, pela responsabilidade solidária dos entes federados para integrarem o pólo passivo de lides judiciais que deduzam a temática ora ferida.

- 20) Deve-se, a propósito, traçar as diferenças entre as balizas a serem impostas nas ações individuais daquelas estabelecidas no campo das ações coletivas.
- 21) Segundo Barroso, na seara das ações individuais a atuação do órgão jurisdicional deve se cingir à efetivação das listas de medicamentos que são engendrados pelos entes políticos, após avaliação dos recursos financeiros dispendidos e de aspectos médico-científicos envolvidos na tratativa da eficácia e emprego dos fármacos, por intermédio de representantes eleitos pelo povo. Tais recursos constituem a principal fonte de custeio do SUS, devendo, portanto, ter prioridade na escolha da alocação recursal de acordo com seus anseios mais prementes. Destarte, o Judiciário, nessa perspectiva, teria a missão de atuar em casos de omissões legislativas/ executivas ou em situações de descumprimento dos ditames impostos.
- 22) Nada obstante, entende-se que a concepção de Barroso, em determinadas hipóteses, pode conter demasiada restritividade ou generalização, pois a vida em sociedade produz situações excepcionais que podem chegar ao Judiciário, que a seu turno, deve traçar acurada ponderação de determinados fatores, diante do caso concreto, para dirimir a demanda que lhe chega, especialmente se o jurisdicionado consegue rebater preferências estatais por estarem defasadas ou por serem impróprias, comprovando a urgência de utilização de certo medicamento e seu estado de hipossuficiência. Ademais, nem toda prestação material de saúde pode ser vindicada pela via da tutela coletiva, uma vez que essa possui pressupostos específicos para ser utilizada.
- 23) O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Agravo Regimental na SS 2361 (muitas vezes aludido neste esforço acadêmico), considera que é preciso distinguir se a prestação de saúde pleiteada pelo cidadão não se encontra entre as políticas de saúde desenvolvidas pelo SUS em razão de omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecimento ou de uma vedação legal a sua distribuição, pois, nos dois primeiros casos, entende Sua Excelência que o Judiciário deverá intervir, seja no plano individual como no coletivo, com o escopo de dar efetividade às determinações constitucionais, e na última hipótese o Judiciário não poderá autorizar o pleito, por total inviabilidade jurídica.
- 24) Com efeito, pensa-se que o Judiciário deve seguir a preponderantemente a linha esposada na teoria de Barroso, dando prestígio às escolhas políticas cristalizadas nas listagens dos entes federados, mas, em casos limites, em que sejam verificadas as

características referidas, tal regra deve ceder para que seja deferida a tutela requerida, pois o convívio social não decorre de um cálculo matemático.

- 25) É na esfera da tutela coletiva e até mesmo na do controle abstrato de constitucionalidade que as insurgências dos cidadãos frente às políticas públicas do SUS e às listagens dos entes federados devem ser essencialmente, embora não exclusivamente, sopesados.
- 26) Na seara processual coletiva: o Judiciário fica credenciado a ter uma visão mais contextualizada das políticas públicas postas em jogo, com um quadro probatório mais robusto para formação da persuasão racional dos julgadores; examina-se a alocação de recursos financeiros bem como a definição das prioridades das políticas públicas, encontrando-se em um ambiente mais vasto, comumente denominado de macro-justiça, tendo-se em conta que na tutela individual o julgador se depara com uma realidade bem menor, isto é, a micro-justiça; a decisão judicial gera efeitos *erga omnes* ou *ultra-partes*, solução que prestigia a isonomia e a universalização das expectativas da população; existe um número menor de possíveis postulantes, mas com finalidades institucionais mais amplas, trazendo uma dinâmica diferente à legitimação ativa e facilitando a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.
- 27) Quanto aos parâmetros específicos de controle judicial, neste ramo de demandas coletivas, são muito pertinentes os critérios estabelecidos pelo multialudido Luís Roberto Barroso, no artigo “*Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial*”, quais sejam: a determinação da inclusão nas listagens dos entes politicamente autônomos de medicamentos de eficácia comprovada, com a exclusão dos experimentais e os alternativos, concluindo-se também pelo alijamento de remédios de comprovada ineficácia, especialmente se houver necessidade de revisão das listas; a opção do Judiciário por substâncias disponíveis no Brasil, em detrimento das que são disponibilizadas apenas no exterior; a opção do Judiciário por medicamento genérico, de menor custo; e indispensabilidade do medicamento para a manutenção da vida.
- 28) No terceiro capítulo desenvolveu-se parâmetros do controle judicial do fornecimento público de medicamentos e tratamentos em face da Teoria da Reserva do Possível.

- 29) A teoria da reserva do possível tem origem no direito alemão, tendo sido efetivamente propalada depois de decisão proferida pela Corte Constitucional germânica, em 1972, no caso que ficou conhecido como “*Numerus Clausus*”, em que se debatia a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas. Nesse julgado, o Tribunal Alemão firmou a existência de direitos sociais oponíveis ao Estado, mas que tais prerrogativas não poderiam ser concedidas de forma absoluta, pois devem ser contrapostos com as restrições financeiras e orçamentárias que deles dimanam, através da ponderação desses importantes fatores em contraponto.
- 30) A partir de então, a questão ganhou notabilidade em todo o mundo, e ficou muito bem simbolizada pela dicotomia: efetivação dos direitos sociais x reserva do possível. No Brasil, a discussão mereceu maior destaque com a promulgação da Lei Maior de 1988, uma vez que tal instrumento normativo alavancou os direitos fundamentais sociais para um patamar jamais visto antes, mas estabeleceu diretrizes orçamentárias rígidas a serem seguidas pelos Poderes constituídos.
- 31) A reserva do possível é encarada sob dois enfoques, o fático e o jurídico, sendo que o primeiro diz com a viabilidade econômica de satisfação estatal dos direitos prestacionais, da disponibilidade de recursos financeiros, e o segundo com a necessidade de existência de autorização orçamentária (destinação de recursos públicos para atendimento das demandas sociais).
- 32) A teoria da reserva do possível é criticada por boa parte da doutrina, mormente sob a alegação de que não seria possível sua adaptação ao caso brasileiro, diante das enormes desigualdades existentes entre as realidades econômicas, jurídicas, sociais e políticas de Brasil e Alemanha.
- 33) Todavia, tem-se que, na realidade, dada a maior debilidade sócio-econômica brasileira a teoria da reserva do possível deve ser encarada com adaptação, não devendo, entretanto, funcionar como obstáculo intransponível ao pleito e efetivação dos direitos sociais pela via judicial, mas exclusivamente como fator a ser sopesado pelo julgador ao enfrentar problemáticas demandas processuais concretas.
- 34) No quadro específico do fornecimento público de medicamentos e tratamentos médicos, torna-se necessário, mais ainda, a compreensão da reserva do possível, neste complexo jogo de ponderação de interesses, não devendo ser interpretada como a total ausência de recursos financeiros para efetivação dos direitos sociais, ou ser

reconhecida apenas sob a ótica do impacto financeiro gerado por decisões judiciais condenatórias, mas senão pelo prisma da isonomia, pela consciência de que o deferimento de pedidos individuais, na seara jurisdicional, acarreta benefício a um particular que pode não ser percebido por outros cidadãos que estejam em situação semelhante por falta de recursos monetários, isto é, como uma representação da saúde e da vida das outras pessoas.

- 35) De fato, o desenlace desse jogo ponderativo é sempre muito difícil pela natureza dos bens envolvidos e, por isso, os magistrados devem ter claros os parâmetros a serem considerados para pacificação dos conflitos. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática de extinção do feito por perda de objeto, na ADPF nº 45 identifica o ponto fulcral, resumido na parêntica *razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público – existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivadas dele reclamadas*.
- 36) O primeiro aspecto do binômio citado possui íntima relação com o grau de essencialidade da prestação material reivindicada, ou seja, no caso dos medicamentos e tratamentos médicos, terá mais chance de obter sucesso em sua pretensão aquele reclamante que comprovar o maior nível de comprometimento de seu mínimo existencial em virtude da conduta estatal.
- 37) Sendo assim, além da perquirição das balizas traçadas no segundo capítulo, a razoabilidade da pretensão deduzida pelo litigante deve ser apurada pelo ângulo da necessidade e da hipossuficiência do mesmo.
- 38) A necessidade de obtenção do medicamento/tratamento deve ser avaliada de acordo com a totalidade do acervo probatório coligido aos autos, não sendo aconselhável a acolhida de laudo particular isolado trazido pelo autor. O histórico clínico do postulante pode funcionar como importante elemento de convicção para o julgador, uma vez que tal expediente pode demonstrar o grau de evolução da enfermidade, a relevância para a deflagração ou continuidade da ingestão de determinado medicamento ou aplicação de determinado tratamento, bem como a relação de propriedade da medida requerida e o grau da enfermidade e até mesmo a possibilidade de substituição da tutela solicitada por outra menos dispendiosa.
- 39) A prova de hipossuficiência do requerente deve seguir lógica mais rigorosa do que a prevista para dispensa do pagamento de verbas sucumbenciais judiciais, consignada na

Lei 1.060/50. Nessa esteira, o Estado-Juiz deve averiguar a presença de um conteúdo probatório mais amplo, com elementos mais contundentes tais como contas de luz, água, gás, etc, declaração do Imposto de Renda, entre outros. Também podem auxiliar os magistrados a comprovação de que o demandante é possuidor de cartão de ponto do SUS, ou seja, que é vinculado a tal Sistema para usufruir dos serviços públicos de saúde, bem como o panorama dos valores a serem gastos com o respectivo medicamento e/ou tratamento postulado e a impossibilidade financeira de seu custeio pelo recalcitrante.

- 40) Em relação à outra banda do binômio apresentado pelo Ministro Celso de Mello, isto é, a “*a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivadas as prestações positivadas dele reclamadas*”, tem-se que a reserva do possível é matéria de defesa, a ser devidamente justificada e provada pelo Estado, de forma suficiente e objetiva.
- 41) Outra valiosa porta de cotejo da escassez de recursos públicos existentes e a eficiência do gasto desses recursos é o controle de constitucionalidade concentrado, pelo STF, especialmente se considerarmos as escolhas legislativas/executivas abstratas de alocação orçamentária. Nesse caminho, o STF, alterando posicionamento anterior, evoluiu para assentar a possibilidade da análise de Leis Orçamentária, via Ação Direta de Constitucionalidade.
- 42) Dessarte, entende-se, de fato, que a denominada teoria da reserva do possível deve servir como fator de ponderação a ser avaliado de maneira séria e prudente, diante das premissas esposadas, para resolução de casos relacionados ao fornecimento público de medicamentos e tratamentos médicos, e não como obstáculo insuperável a concretização do direito social à saúde.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES JÚNIOR, Luis Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos Para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARATA, Luís Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. **Uma Proposta de Política de Assistência Farmacêutica Para o SUS**. Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). 2ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In: Interesse Público, nº 46, 2007 (edição da biblioteca digital da editora Fórum).

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em < [www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/.../1235066670174218181901.pdf). pdf>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLANCHERIE, Ana Carla; MENDES SANTOS, Guilherme Adolfo dos. **Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites da Vinculação e da Discricionariedade na Execução da Dotação Orçamentária: O Impacto das Liminares Judiciais Relativas à Saúde Para O Orçamento dos Municípios**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, vol. I**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CASTRO, Flávia Viveiros de. **O Princípio da Separação dos Poderes**. In: Os Princípios da Constituição de 1988. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. **Medicina Baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais**. IN. Direito à Vida e à Saúde. BLANCHIERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

DELGADO, José Delgado. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Minas Gerais: Del Rey, 2008.

DE SOUZA, Hórtis Aparecido; DOS SANTOS, José Sebastião; UETA, Julieta. **A Influência da Gestão do Sistema de Saúde na Utilização da Via Judicial Para Acesso a Produtos e Serviços**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHIERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

FERRAZ, Maria Bosi. **Economia da Saúde e sua Inserção no Sistema da Saúde**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHIERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume II: Obrigações**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**.

HESSE, Konrad. **A Interpretação Constitucional**. In: Konrad Hesse: Temas Fundamentais do Direito Constitucional – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co. 1999.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). 2ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e do Processo de Conhecimento**, vol. I. 10ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2008.

KRELL, Andreas. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em:
http://www.institutoapojar.org.br/imagens/bibliotecas/Realizacao_dos_direitos_fundamentais.PDF. Acesso em: 15 de abril de 2012.

LASSALE, Ferdinand. **O que é Constituição**. 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005.

LINS, Andrea Carla Veras. **A Produção, o Direito à Saúde e a Correlação nas Ações Judiciais Individuais: Uma Visão Pragmática**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, vol. II: Processo de Conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Batsos Telles. **Reflexões sobre o Controle das Políticas de Saúde e de Medicamentos**. In: Direito à Vida e à Saúde. BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PASSOS, Aline Araújo. **Ações Coletivas e Implementação de Políticas Públicas Para a Tutela de Direitos Fundamentais**. In: Leituras Complementares de Constitucional. NOVELINO, Marcelo (Org). 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico - Constitucional: Uma Visão Geral Sobre o Sistema (público e privado) de Saúde no Brasil**. p. 29. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/iws_mff_direito_a_saude_%20final%2027%2011%2010.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In Leituras Complementares de Constitucional. NOVELINO, Marcelo (Org). 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIEIRA, F. S; ZUCCHI, P. **Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública, v. 41, nº 2, São Paulo, abril de 2007.