

**ALEXANDRE HENRIQUE MOURA CHUPEL**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DISCUSSÃO SOBRE EM QUE  
MEDIDA PODE-SE LIMITAR O FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME**

Brasília  
2014

**ALEXANDRE HENRIQUE MOURA CHUPEL**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DISCUSSÃO SOBRE EM QUE  
MEDIDA PODE-SE LIMITAR O FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília

Orientador: André Pires Gontijo

Brasília

2014

CHUPEL, Alexandre Henrique Moura.

*Judicialização da saúde: discussão sobre em que medida pode-se limitar o fornecimento de medicamentos não listados na RENAME*

54 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: André Pires Gontijo

**ALEXANDRE HENRIQUE MOURA CHUPEL**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: DISCUSSÃO SOBRE EM QUE  
MEDIDA PODE-SE LIMITAR O FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília

Orientador: André Pires Gontijo

Brasília, de 2014.  
**Banca Examinadora**

---

**Professor  
Orientador**

---

**Examinador**

---

**Examinador**

## AGRADECIMENTOS

*Ao meu orientador, Professor André Pires Gontijo, que assumiu a missão e o encargo de ser orientador do presente trabalho.*

*Ao meu pai, principal incentivador da temática da pesquisa.  
À minha mãe, por simplesmente ser minha mãe.*

*À minha família, por presenciar e compreender o esforço e dedicação empenhados.*

*À minha namorada, pela paciência e acalento a mim dirigidos.*

## RESUMO

A presente monografia, inserida no âmbito do Direito Constitucional, aborda sucintamente o cenário da judicialização da saúde no Brasil, atendo-se especialmente à questão relativa ao fornecimento de medicamentos não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos, questionando-se quais os limites e parâmetros existentes. Diante desse quadro, por meio da pesquisa dogmática e jurisprudencial, sistematizou-se todo o fenômeno da judicialização da saúde, baseando-se na concepção do direito à saúde como direito fundamental. O trabalho ressalta a necessidade de que todos os agentes envolvidos no sistema de saúde do Brasil se atentem ao elevado crescimento de demandas judiciais relativas à saúde, apresentando suas causas e consequências, além de revelar que não há espaço para decisões apriorísticas, sendo dever do juiz ater-se às particularidades de cada caso, sempre respeitando o chamado mínimo existencial. Além disso, não se pode olvidar que todos devem buscar soluções anteriores ao Poder Judiciário como forma de tutela, proteção e eficácia do direito à saúde.

Palavras Chaves: judicialização, fundamentalidade, RENAME, reserva do possível, mínimo existencial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 O TRATAMENTO JURÍDICO DA SAÚDE .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 O direito à saúde como direito fundamental e sua natureza jurídica .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 O direito à saúde na CF/88.....</b>	<b>14</b>
<b>1.3 Competências do SUS .....</b>	<b>18</b>
<b>2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1 O fenômeno da judicialização genérica.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2 Judicialização da saúde.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 Críticas e perspectivas da judicialização .....</b>	<b>30</b>
<b>3 DA RECUSA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1 A lista e seus critérios .....</b>	<b>34</b>
<b>3.2 Possibilidade de limitação ao fornecimento de medicamentos, mínimo     existencial e reserva do possível.....</b>	<b>36</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

Por meio da vivência no Núcleo da Saúde da Defensoria Pública do DF e, através da análise geral das notícias veiculadas, além da opinião de profissionais do direito, foi escolhido o tema da relativização do direito social à saúde quando da negativa do Estado ao fornecimento de medicamentos não previstos na RENAME.

Percebe-se que é assunto de grande preocupação no país, pois pode-se afirmar que a saúde no Brasil, por meio do SUS (Sistema Único de Saúde), vem passando por uma série de problemas. Os hospitais não possuem estrutura física adequada e nem equipamentos suficientes e em condições de atender a demanda. Além disso, por muitas vezes não há material hospitalar em quantidade necessária. Soma-se a isso a falta de médicos e os baixos salários pagos à categoria.

De mais a mais, a demanda cresce vertiginosamente e, com uma gestão falha e deficitária, é de se esperar que os problemas surjam.

Com isso, nada mais natural para o cidadão, diante de uma situação crítica e urgente, onde é imprescindível se ministrar medicamento específico que não é fornecido pelo Estado, e não prevendo solução diversa, recorrer ao judiciário, na esperança de resolver a situação.

Daí nasce o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, em especial na questão do fornecimento de medicamentos não incluídos na lista da RENAME, onde o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre questões que, antes da CF/88, não era requisitado.

Surge então a necessidade de se analisar a possibilidade da limitação ao fornecimento desses medicamentos, bem como a atuação do Poder Judiciário e suas consequências.

Considerando a pertinência do tema, foi abordado no primeiro capítulo a natureza jurídica do direito social à saúde, apresentando seu caráter de fundamentalidade, localizando-o no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, foram analisadas quais são as competências do SUS.

No segundo capítulo, há a descrição do fenômeno da judicialização de forma genérica e, após, da judicialização da saúde em si, com a análise das causas e consequências desse processo.

No terceiro e último capítulo, foram abordados os critérios de elaboração da lista de medicamentos da RENAME, com as respectivas críticas e elogios, fazendo mister necessário tecer comentários sobre o mínimo existencial e a reserva do possível.

# **1 O TRATAMENTO JURÍDICO DA SAÚDE**

## **1.1 O direito à saúde como direito fundamental e sua natureza jurídica**

O direito social à saúde, apesar de não estar incluído no rol do artigo 5º da CF/88, foi alçado ao status de direito fundamental com o advento da Constituição Federal de 1988.

Pode-se questionar se, de fato, essa fundamentalidade existe, baseando-se na premissa de que o direito social à saúde está elencado no artigo 196 e seguintes da Lei Maior. Essa dúvida é facilmente superada, uma vez que limitar os direitos fundamentais a somente um capítulo é cair em inconstitucionalidade. A própria Constituição Federal, a propósito, traz em seu escopo outro dispositivo que confere maior amplitude e esses direitos: artigo 5º, § 2º que afirma que os direitos e garantias que estejam expressos no texto constitucional porventura não excluem outros que derivem, por exemplo, dos princípios por ela adotados. Uma eventual restrição, portanto, afronta diretamente a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º.

A localização “geográfica” de um direito não parece ser o melhor critério definidor de sua fundamentalidade, mas sim a carga valorativa que possui. Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 36) afirmam que:

“[...] o escopo de concretização do princípio da dignidade humana, o que conduz à conclusão de que a Constituição Federal, ao indicar, em seu art. 1º, inc. III, o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro, buscou, dentre outras coisas, atribuir uma unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais.”

Acrescenta-se que os direitos fundamentais consubstanciam-se em “três valores caudatários da dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social” (DALLARI & NUNES JÚNIOR, 2010, p. 37)

Sob essa perspectiva, o direito à saúde é uma derivação direta do direito à vida e, portanto, direito fundamental. Luis Roberto Barroso (2007, p. 10), não sem razão, assevera que “a dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos”.

Essa concepção é bastante aceita pela doutrina e jurisprudência pátria. Gilmar Ferreira Mendes, a respeito do tema, discorre (BRANCO & MENDES, 2004):

“Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bohn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.”

E como direito social, tem-se o direito à saúde, expressamente previsto no art. 6º da Lei Maior. Ramom Tácio de Oliveira assevera que, apesar de estar previsto nos artigos 196 e seguintes, “os direitos sociais vêm enumerados no art. 6º da CF. São considerados fundamentais, porquanto inseridos no Capítulo II, do Título II, CF.” (2000, p. 101)

Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Nunes Serrano Júnior (2010, p. 67) trilham o mesmo caminho:

“Em outras palavras, a Constituição Federal alojou formalmente o direito à saúde no catálogo dos direitos fundamentais, fazendo-o por meio do art. 6º da Lei Maior, visto que este a integra em seu Título II, destinado expressamente à disciplina dos Direitos e Garantias Fundamentais.”

Alexandre de Moraes afirma, de forma categórica, que “os direitos sociais **são direitos fundamentais do homem**, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito [...]” (2013, p. 201, grifo nosso)

A jurisprudência pátria adota essa concepção e presenteia os estudos com diversos julgados que apontam nessa direção. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, no RE 393175 AgR/RS, aduz em seu voto que “O direito à saúde - **além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas** – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”. (grifo nosso)

É evidente que a doutrina e a jurisprudência cada vez mais consolidam-se sobre a fundamentalidade do direito social à saúde, não merecendo mais discussões ou comentários acerca.

Porém, as divergências avançam em torno da natureza desses direitos, em especial o direito à saúde. Seria ele um direito prestacional ou de defesa? Fabricio Juliano Mendes Medeiros (2011. p. 52, grifo nosso) preleciona:

“Com efeito, diferentemente das denominadas liberdades públicas, os direitos sociais pressupõem a existência de desigualdades e necessidades entre os seres humanos e buscam proporcionar uma efetiva igualdade por meio de uma ação interventiva capitaneada pelo Estado. Os direitos sociais se diferenciam, pois, das chamadas liberdades clássicas basicamente pelo fato de que aqueles não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir ou direitos de crédito. **São direitos prestacionais por excelência.** Não é por outra razão que se diz que o objeto desses direitos é a contraprestação sob a forma da prestação de um serviço público pelo sujeito passivo, o Estado.”

Ramom Tácio de Oliveira compartilha o mesmo entendimento ao afirmar que os direitos sociais “representam, diversamente dos direitos individuais, que significam uma abstenção por parte do Estado em respeito à autonomia dos indivíduos, obrigações positivas do Estado.” (2000, p. 101)

Delvechio de Souza Pereira (2010, p.10, grifo nosso) corroborando com o exposto, afirma que:

“Incluído no rol dos direitos sociais, também chamados de direitos de 2ª dimensão – caracterizados por outorgar ao indivíduo direitos a prestações estatais específicas, tais como saúde, educação, trabalho, dentre outros –, **o direito à saúde demanda uma atuação positiva do Estado para sua realização.**”

Os direitos sociais “apresentam-se como **prestações positivas** a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social (...)” (LENZA, 2010, p. 838, grifo nosso)

A doutrina majoritária perfilha-se a essa linha de intelecção, adotando a concepção prestacional do direito à saúde. Mais especificamente, entende-se o direito à saúde como um direito prestacional material. É fruto da ideia social do Estado e existe para combater as desigualdades existentes entre os indivíduos. (BRANCO & MENDES, 2012).

Em resumo, por voltarem-se “à implementação da igualdade jurídica”, os direitos sociais credenciam “o seu titular a exigir posturas pró-ativas do Estado para efetivar os seus direitos fundamentais, em situações *sociais desiguais*” (FARIAS & ROSENVALD, 2013, p. 81)

A questão que surge então é: a norma constitucional do direito à saúde possui aplicabilidade imediata? A doutrina parece divergir bastante em relação ao tema, evidenciando a necessidade de destrinchar alguns aspectos relacionados.

A Constituição é reflexo da soberania do povo. Em um Estado Democrático, não se admite posição contrária a esta. (BRANCO & MENDES, 2012). Partindo dessa premissa, após uma leitura ainda que perfunctória do artigo 5º, §1º da CF/88, percebe-se que os direitos e garantias previstos no artigo 5º tem aplicabilidade imediata.

Ocorre que o direito social à saúde não se encontra no supracitado artigo, mas sim em seu subsequente, abrindo as portas da divergência doutrinária.

Existem doutrinadores, por exemplo, que argumentam que a CF/88 estabeleceu somente parâmetros ao Estado, cabendo à legislação supralegal o dever de “concretizar” esses direitos. Não parece uma linha de pensamento muito segura, pois dever-se-ia indagar se o legislador ordinário estaria legitimado a regulamentar indiscriminadamente as disposições constitucionais. Essa nuance será analisada ao longo do presente trabalho

Ora, é bem verdade que, de fato, a CF estabelece esses parâmetros, mas de igual modo, os dispositivos que tratam da saúde possuem natureza ordenatória, caracterizando verdadeiros “mandados objetivos”. Confira-se Fabricio Juliano Mendes Medeiros (2011, p.59, grifo nosso):

“Por outro lado, da análise dos dispositivos constitucionais que cuidam do tema em exame, pode-se também afirmar que, ao erigir a saúde à condição de direito fundamental, **a Constituição de 1988 acabou dotando as normas definidoras do direito à saúde de aplicabilidade imediata**, a teor do §1º do art. 5º da Constituição.”

Nesse sentido, preleciona Flávia Piovesan (2008, p. 163, grifo nosso):

“Observe-se que, no Direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a **Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata.**”

Não parece ser razoável vislumbrar outra concepção, uma vez que mesmo implícitos ou expressos, os direitos sociais, enquanto fundamentais, estão submetidos ao crivo do artigo 5º, § 1º da CF, o que leva-os a terem aplicabilidade imediata.

Ana Paula Barcellos assevera que a norma constitucional que trata do direito à saúde é imperativa quanto aos seus efeitos. É, portanto, norma de “eficácia jurídica simétrica ou positiva”, possuindo aptidão para produzir o efeito almejado. (2008, p. 75-76)

Direito à saúde, direito social. É, portanto, fundamental, prestacional e de aplicabilidade imediata.

## **1.2 O direito à saúde na CF/88**

Para compreender o real significado da previsão do direito à saúde na CF/88, é necessário tecer algumas considerações históricas, ainda que breves. *Primus*, é notório o fato de que os direitos sociais nem sempre estiveram presentes nos textos das constituições mundo a fora. Em priscas eras, o liberalismo imperava e desfilava todo o seu poder onde “preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas [...]”. A autonomia da vontade e a propriedade privada davam os contornos a todas as relações travadas entre as pessoas. (DALLARI & NUNES JÚNIOR, 2010, p. 48)

Sob uma visão desatenta, o liberalismo poderia passar a falsa ideia de proteção à liberdade. Isso porque a autonomia da vontade em sentido ilimitado gerava uma “submissão dos economicamente vulneráveis aos desígnios dos detentores do poder econômico.”

Nos dizeres de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p.48):

“É assim que se pode entender a conclusão, ditada pelo emergir de novas formas históricas, de que a garantia da liberdade de maneira

absoluta, em algumas situações, engendrava mecanismos que frequentemente acabavam, como em um processo de tensão dialética, negando sua própria existência.”

Não é difícil imaginar, hipoteticamente, essas afirmações. Tome-se, como exemplo, um proletário francês, humilde dos pés à cabeça, que vivia em uma época de profundas transformações industriais, onde a desvalorização da mão-de-obra crescia vertiginosamente. Ora, era um cidadão livre! Poderia trabalhar onde quisesse, não? Não. Esse humilde proletário tinha que se sujeitar às más condições que os empregadores arrivistas ofereciam, pois era assim que o mercado se regulava. Que liberdade tinha então? Uma liberdade consistente em trabalhar mais do que descansar? Ganhar uma miséria pela labuta e ainda conseguir a proeza de sustentar uma família inteira? Não existia liberdade, ou se existia era restrita e o liberalismo contribuía significativamente para essa restrição.

Um Estado que se abstinisse dessas questões constituía um Estado que não realizava sua função precípua. Nesse cenário, diante da frequente violação à dignidade humana, em especial do trabalhador, os direitos sociais começaram a ganhar força, fruto de “uma aspiração de alforria da classe operária [...]” (DALLARI & NUNES JÚNIOR, 2010, p. 49)

As constituições iniciaram a incorporação desses direitos sociais aos seus textos, com um destaque maior e uma preocupação em alçá-los a categoria de normas constitucionais.

Trazendo essa linha histórica pro Brasil, deve-se apresentar, de início, a evolução da própria noção sobre saúde pública no país. Assim, remonta-se ao século XIX, com a chegada na Corte Portuguesa. Nessa época, o Estado ocupava-se minimamente com a saúde pública. Luis Roberto Barroso (2007, p. 12-13), ao abordar o tema, advoga que:

“Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial.”

Nesse contexto, é quase impossível não recordar da figura de Oswaldo Cruz, médico sanitarista que, no governo de Rodrigues Alves, empenhou-

se na erradicação da febre amarela e da varíola na cidade do Rio de Janeiro, capital federal há época. A preocupação com a saúde pública era mínima, quase que inexistente, fato que se deduz diante da ignorância da população sobre a importância da vacina. Vale lembrar, a título de curiosidade, que essa ignorância culminou na famosa Revolta da Vacina, datada de 1904, que quase resultou na queda do então presidente Rodrigues Alves. (2000, p. 620)

Observa-se que existia tão somente esse modelo “campanhista”, não havendo ações curativas. Esse quadro começa a transformar-se na década de 30 do século XX, com a estruturação do sistema público de saúde que incluiu as ações curativas que, entretanto, restringiam-se somente aos trabalhadores vinculados aos recém-criados institutos de previdência. (BARROSO, 2007, p. 13)

Com o advento do regime militar, os institutos de aposentadoria e pensão (componentes dos institutos de previdência), foram unificados sob a tutela do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). Ainda assim, a maior parte da população brasileira continuava excluída do espectro de proteção à saúde pois, para fazer jus à assistência de saúde, era necessário estar integrado formalmente ao mercado de trabalho. (BARROSO, 2007, p. 14)

O panorama mudou somente com a Constituição Brasileira de 1988, que foi promulgada em uma época propícia para debates dessa ordem. Luis Roberto Barroso afirma que (2007, p. 14):

“Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitário” foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde.”

O SUS veio com a proposta de universalizar a assistência e os serviços de saúde com uma abrangência muito maior do que no regime jurídico anterior, abarcando aqueles que eram antes marginalizados. O SUS será abordado em tópico próprio ainda nesse capítulo, de forma mais detalhada. Aqui, é imperioso destacar o direito à saúde no texto da Constituição Federal.

A Lei Maior de 1988 trata da saúde em vários dispositivos, alguns esparsos, outros unificados sob o mesmo título. O texto da Carta Magna dispõe sobre o direito à saúde em seu artigo 6º, afirmando que a saúde é um direito social

de todos. Porquanto direito social, direito fundamental. *In verbis*: “São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (grifo nosso)

Andou bem o legislador constituinte ao não se limitar ao disposto no artigo 6º, sob pena de cair em norma de conteúdo altamente indeterminado. Nessa feita, o artigo 193 aduz que o objetivo da ordem social é direcionado ao bem-estar e justiça sociais, ou seja, o Título VIII dispõe sobre as disposições referentes à ordem social, aqui compreendidos os direitos sociais.

E é aqui que o direito à saúde ganha um conteúdo mais concreto. O artigo 196 trata do acesso universal e igualitário à saúde, preconizando que as ações e serviços de saúde serão pautados na universalidade e na igualdade. Mas não somente isso. É uma afirmação da premissa republicana que traduz-se na vedação de “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.” (WEICHERT, 2004, p.158)

Luis Roberto Barroso (2007, p. 14, grifo nosso) discorre:

“A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. **Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.**”

O artigo 197 da CF/88 afirma que as ações e serviços de saúde são de responsabilidade do Poder Público, que deverá regulamentá-las, fiscalizá-las e controlá-las. Além disso, abre a possibilidade dessas políticas serem realizadas por outros sujeitos que não a Administração.

O artigo 198 aduz que a saúde será concretizada por um sistema único, com as diretrizes fixadas pela sua redação, tais como atendimento integral, participação da comunidade e descentralização. É a previsão do SUS. Regulamenta ainda os recursos que serão disponibilizados para essas ações e serviços de saúde.

Ademais, o artigo 199 possibilita que a assistência à saúde seja realizada pela iniciativa privada, de forma complementar e seguindo as diretrizes do SUS. É de vital importância essa norma constitucional pois, de fato, o Poder Público

não consegue abarcar toda a demanda em saúde existente no país, necessitando da iniciativa privada como auxiliar.

O artigo 200 elenca as atribuições do SUS, tema abordado no capítulo 3 do presente trabalho.

### **1.3 Competências do SUS**

No final da década de 80, o direito à saúde foi incluído no rol dos direitos sociais, fruto dos movimentos populares que insurgiam naquele momento histórico. Com a nova sistemática empregada, o direito à saúde passou ao status de direito fundamental, exigindo um novo modelo que o regulasse.

Não era admissível, portanto, continuar com a estrutura organizacional até então vigente que, na prática, considerava o direito à saúde um objetivo estatal distante e ineficaz, que não passava de um ideal não concretizado pautado em bases exclusivas.

Era indispensável traçar as novas diretrizes básicas que estruturassem o direito à saúde. Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 77), o texto constitucional trouxe à baila mecanismos que visam dar concretude à saúde. A Constituição Federal de 1988, dentre outras coisas:

“[...] demarcou a necessidade de movimento dos entes federados para sua efetivação (art. 23, II), definiu a abrangência das ações em saúde (art. 198, II) e determinou a criação de um sistema único, ao qual foi atribuído o dever de dar efetividade ao direito à saúde. Assim, o Sistema Único de Saúde – SUS é, na verdade, o mecanismo institucional no qual o constituinte depositou o dever estatal de implementação do direito à saúde.”

Desse modo, o SUS (Sistema Único de Saúde) consiste em expressão da concretização do direito à saúde, ou seja, é mecanismo, instrumento que dá efetividade a esse direito social. É, sob um conceito mais técnico, o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta” (BARROSO, 2007, p. 16)

A Constituição Federal de 1988, ainda que prolixa por excelência (BRANCO, COELHO& MENDES, 2007, p. 16), não conseguiria sistematizar totalmente o SUS. Nesse contexto, logo após sua promulgação, aprovou-se a lei

8.080/90, chamada também de Lei Orgânica da Saúde que “estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento”. (BARROSO, 2007, p. 15-16). O SUS é, por conseguinte, tutelado pela CF/88 e pela lei 8.080/90.

Analisando o texto constitucional, percebe-se que o artigo 198, caput da CF/88 preconiza, *in verbis* que [...] as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...], o que leva a conclusão de que “todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram o sistema único.” (DALLARI & NUNES JÚNIOR, 2010, p. 77)

O legislador constituinte deixou claro que o SUS é um sistema “bancado”, mantido por esforços conjuntos dos entes federados. Não há a possibilidade de um ente federado ficar à margem do sistema, sob pena de violação ao texto constitucional, em especial o artigo 23, II da CF que preleciona que é competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a manutenção da saúde e assistência pública.

A cooperação entre os entes constitui verdadeira espinha dorsal do sistema e, por isso, a obrigação de todos incluírem-se no SUS justifica-se pelo fato de que a ausência de esforços de um ente acarretaria prejuízo a todo o sistema.

Um bom exemplo é trazido à tona por Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 78):

“Com efeito, é perfeitamente previsível que um cidadão, na falta de recursos adequados em sua cidade, recorra a serviços da vizinhança. Na lógica do sistema, isso só não pode como, frequentemente, deve ocorrer, pois em municípios de pequeno porte não é razoável que se encontrem todos os recursos para todos os tipos de atenção.”

Não seria aceitável que um município, por exemplo, não aderisse ao SUS, o que conseqüentemente aumentaria o ônus para os municípios vizinhos. A ideia de cooperação entre os entes federativos está associada à própria noção de federação que, segundo lição de Plácido e Silva, corresponde a “união indissolúvelmente instituída por Estados independentes ou da mesma nacionalidade para a formação de uma só entidade soberana.” (2010, p. 355)

Além dessa cooperação, há, evidentemente, atribuições específicas a cada um dos entes federativos. Nas lições de Luis Roberto Barroso (2007, p. 16):

“A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde” (art. 18, I e III).

É evidente, pois, que os Estados e a União Federal atuam supletivamente, de forma a suprir as “eventuais ausências dos Municípios”. Essa supletividade é fruto da descentralização administrativa decorrente da própria CF e da lei 8.080/90. (BARROSO, 2007, p. 17)

Luis Roberto Barroso adverte ainda, de forma oportuna que o “fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente”, reforçando a ideia de cooperação que permeia o SUS. (2007, p. 17)

O SUS, portanto, será resultado de esforços conjuntos de todos os entes federativos e buscará concretizar os objetivos traçados pela Carta Magna, elencados no artigo 196, *in verbis*:

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

Percebe-se, através de uma leitura ainda que perfunctória, que o artigo 196 traduz a noção de universalidade e igualdade. Marlon Alberto WEICHERT aduz que o supracitado artigo traz “duas normas específicas sobre o desenvolvimento das atividades estatais: a universalidade e a igualdade nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.” (WEICHERT, 2004, p. 158)

O SUS possui a igualdade e a universalidade como pilares e a assistência integral como uma de suas diretrizes, conforme o artigo 198, II da Lei Maior.

A Lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, também elenca os objetivos perquiridos pelo SUS, tais como:

- Identificar e divulgar os fatores que condicionam e determinam a saúde;
- Formular políticas de saúde que promovam a observância do disposto no parágrafo primeiro do artigo 2º da própria lei;
- Prestar assistência à população através de ações que visem à promoção, recuperação e proteção da saúde.

Além de ações assistenciais e preventivas, o SUS possui também objetivos tais como a pesquisa, fruto da noção conceitual ampla que é conferida ao direito à saúde.

As atribuições do SUS, por seu turno, encontram-se no artigo 6º da lei 8.080/90.

Todas essas atribuições parecem, nos dizeres de Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, ter “granjeado adequada síntese da Norma Operacional Básica do SUS – NOB 1/96, que afirma que a atenção à saúde compreende, em verdade, três grandes campos [...]”. Esses campos seriam o da assistência, das intervenções ambientais e das políticas externas à saúde. (2010, p. 82)

Há ainda que se destacar a participação direta da comunidade no Sistema Único de Saúde para além da posição de meros destinatários dos serviços. Como bem assevera Fernando Aith, a participação “trata-se de diretriz que impõe aos agentes públicos a criação de mecanismos de participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde, incluído aí a normatização.” (AITH, 2007, p. 357)

De fato, a lei 8.142/90 regulamenta essa participação popular ao estabelecer a existência de duas instancias colegiadas, a saber: a conferência de saúde e o conselho de saúde. A conferência de saúde é formada por representantes

dos mais variados segmentos da sociedade, enquanto o conselho de saúde é composto, dentre outras pessoas, pelos próprios usuários.

Pois bem. Mesmo com todos esses mecanismos, incluída a participação da comunidade, o sistema não se mostra autossuficiente, ou seja, o SUS não possui capacidade suficiente para fazer frente a demanda pelos serviços de saúde. Nesse contexto, a iniciativa privada ganha destaque a partir do advento do artigo 199 da CF/88, *in verbis*:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

A partir de uma leitura, ainda que perfunctória, do artigo 199 da CF, percebe-se a coexistência do serviço público e dos prestadores de serviços privados. Porém, os dois não se tutelam pelo mesmo regime jurídico. Em relação ao Sistema Único de Saúde, a iniciativa privada assume um caráter de complementariedade, ou seja, “as entidades privadas só podem atuar junto ao SUS para completar eventuais necessidades de atendimento.” (DALLARI & NUNES JÚNIOR, 2010, p. 96)

Ramiro Nóbrega Sant’Ana (2009, p. 25) advoga que:

“A prestação dos serviços de saúde à população é feita por um sistema de saúde, cujas diretrizes, a própria Constituição define. Tal sistema pode ser financiado pelo Estado ou por particulares. No primeiro caso, temos o sistema público de saúde, o SUS, que deve oferecer seus serviços a todos os cidadãos (arts. 196 a 198 da CF). No segundo caso, temos o sistema privado, **que funciona de forma complementar ao SUS** (art. 199 da CF) e cuja oferta de serviços

depende de contraprestação pecuniária (pelo SUS, pelo usuário ou pelos planos de saúde).”

É de clareza solar, portanto, que a Constituição Federal incumbiu a manutenção do sistema de saúde ao Poder Público, cedendo residualmente à iniciativa privada os espaços lacunosos porventura não preenchidos pelo serviço público.

Ao analisar todas as nuances apresentadas, conclui-se que o SUS constitui um sistema cooperativo, unitário e universal, com objetivos bem delineados no sistema jurídico, aqui incluída a CF/88, com o propósito bastante claro, qual seja, funcionar como uma verdadeira ferramenta de efetivação ao acesso e exercício do direito à saúde no Brasil. Permeia-se pela assistência integral a todo cidadão brasileiro e estrangeiro, ou seja, toda e qualquer ação e/ou serviço promocional, protetiva e de recuperação da saúde das pessoas.

## **2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO**

### **2.1 O fenômeno da judicialização genérica**

Feitas as premissas iniciais no capítulo 1 referentes à saúde, quais sejam: natureza jurídica, tratamento constitucional e competências e atribuições do SUS, é possível discorrer sobre o fenômeno da judicialização

É imperioso analisar o fenômeno da judicialização genérica e em especial a judicialização da saúde, perpassando por questões como as causas e consequências desse processo.

Nessa feita, destaca-se que as políticas realizadas pelos diversos e incontáveis governos que se sucedem objetivam materializar “as posturas adotadas pelos atores que participam do ambiente decisório”. Essas políticas devem traduzir o interesse e a necessidade do grupo destinatário. (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p. 235)

Porém, nem sempre é fácil traduzir em políticas públicas os anseios da população, pois há diversas limitações para o estabelecimento dessas políticas, conforme lição de Delvechio de Souza Pereira (2010, p. 10-11):

“[...] esta dimensão prestacional do direito à saúde vai de encontro à limitação de recursos financeiros do Estado face às infundáveis demandas da sociedade, haja vista que a formulação e implementação de políticas públicas pressupõe a realização de escolhas pelo poder público que, invariavelmente, afetarão de maneira distinta os diversos segmentos da sociedade.”

O Poder Executivo, em uma visão conservadora e tradicionalista, seria o único responsável sobre essas questões. Em um Estado Democrático de Direito, porém, impõe-se uma nova leitura desse paradigma, qual seja, a inclusão de novos sujeitos no processo. Leonardo Arquimimo de Carvalho e Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho afirmam que “em diferentes ambientes atores públicos e privados aderiram ao uso de medidas garantidoras de efetividade nos compromissos propositivos”. (2008, p. 235)

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em seu voto na ADPF 45, assevera:

“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 claro que, *a priori*, “as agendas das políticas públicas são fixadas pelo executivo”. Todavia, o Poder Judiciário vem ganhando um papel bastante ativo nos últimos anos, exercendo influência sobre as decisões políticas e, conseqüentemente, ocupando um espaço originalmente do executivo. (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p. 235-236)

A falta de políticas públicas, ou mesmo sua deficiência, resultam em ações que chegam ao Poder Judiciário que acaba por imiscuir-se na função dos gestores e administradores. (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p.236)

É bem verdade que no Brasil instalou-se esse panorama, com um crescente aumento no número de ações judiciais que buscam o “cumprimento das políticas públicas de saúde previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88)”, o que culminou no fenômeno da judicialização da saúde.

## **2.2 Judicialização da saúde**

Aprofundando o tema, deve-se abordar o fenômeno da judicialização da saúde em especial. Discute-se: quais são as causas e conseqüências desse processo?

A judicialização da saúde é um fenômeno cuja ocorrência foi possibilitada pelo advento da CF/88, que alçou o direito à saúde ao status de direito fundamental. O Estado passou a preocupar-se mais com as questões relativas à saúde, ao mesmo tempo em que todos os entes federativos passaram a integrar o SUS. Os gastos com saúde aumentaram vertiginosamente, conseqüência natural da proteção constitucional que lhe é conferida. Todo esse panorama é ilustrado por Ramiro Nóbrega Sant’Ana que afirma que “a missão de oferecer atendimento universal e integral à população criou a obrigação de manter funcionando serviços básicos de prevenção e cura, bem como oferecer outros, mais complexos, de recuperação e promoção da saúde”. (2009, p. 56)

Essa ampliação resulta em um aumento dos custos. Dados da OMS (Organização Mundial da Saúde) apontam que o percentual do PIB (Produto Interno Bruto) gasto com a saúde no Brasil aumentou em 1,8% no período compreendido entre os anos 2000-2010, conforme tabela que se segue:

**Tabela: Gastos com Saúde**

Member State	Health expenditure ratios <sup>a</sup>											
	Total expenditure on health as % of gross domestic product		General government expenditure on health as % of total expenditure on health <sup>c</sup>		Private expenditure on health as % of total expenditure on health <sup>c</sup>		General government expenditure on health as % of total government expenditure		External resources for health as % of total expenditure on health		Social security expenditure on health as % of general government expenditure on health <sup>d</sup>	
	2000	2010	2000	2010	2000	2010	2000	2010	2000	2010	2000	2010
Afghanistan	...	10.4	...	22.5	...	77.5	...	3.9	...	27.3	...	0
Albania	6.4	6.0	36.1	42.2	63.9	57.8	7.0	8.5	6.0	1.9	20.4	70.9
Algeria	3.5	4.3	73.3	79.9	26.7	20.1	8.8	9.0	0.1	0	35.5	30.0
Andorra	6.2	7.2	64.8	73.4	35.2	26.6	19.1	21.3	...	...	88.1	88.0
Angola <sup>a</sup>	2.9	3.4	58.1	61.0	41.9	39.0	2.9	6.3	3.0	2.3	0	0
Antigua and Barbuda	4.8	5.9	69.0	70.8	31.0	29.2	12.1	18.7	...	0	0	10.3
Argentina <sup>a</sup>	9.2	8.3	53.9	64.4	46.1	35.6	14.7	17.7	0	0.1	59.6	65.9
Armenia	6.3	4.5	18.1	40.5	81.9	59.5	4.6	6.4	8.7	6.4	0	0
Australia <sup>a</sup>	8.1	9.0	66.8	68.5	33.2	31.5	15.1	16.8	...	...	...	...
Austria	10.0	11.0	75.6	76.2	24.4	23.8	14.6	15.9	...	...	59.0	55.7
Azerbaijan <sup>1</sup>	4.7	5.3	18.6	21.9	81.4	78.1	5.4	4.2	4.0	0.7	0	0
Bahamas	5.2	7.5	48.1	46.8	51.9	53.2	14.8	15.2	0	...	1.8	3.2
Bahrain <sup>a</sup>	3.9	4.3	67.5	71.1	32.5	28.9	10.2	9.6	0	0	0.4	1.5
Bangladesh <sup>a1</sup>	2.8	3.7	39.0	36.5	61.0	63.5	7.6	8.9	6.9	7.1	0	0
Barbados	6.3	6.7	65.8	65.0	34.2	35.0	11.7	9.3	4.0	1.6	0	0.2
Belarus	6.1	5.6	75.5	77.7	24.5	22.3	10.1	13.4	0.1	0.5	0	0
Belgium	8.1	10.5	74.6	75.6	25.4	24.4	12.3	15.1	...	38.2	85.4	85.5
Belize	4.0	5.8	52.1	66.0	47.9	34.0	6.5	13.1	2.1	5.0	0	13.4
Benin	1.9	4.3	99.9	51.2	0.1	48.8	10.0	10.5	38.5	32.8	0.5	0.4
Bhutan <sup>a1</sup>	6.9	4.3	79.3	84.6	20.7	15.4	12.2	8.4	21.3	13.3	0	0
Bolivia (Plurinational State of)	6.1	5.5	60.1	66.2	39.9	33.8	9.8	8.4	6.0	3.9	62.0	40.5
Bosnia and Herzegovina	7.0	10.2	57.6	68.1	42.4	31.9	11.4	16.7	9.2	1.3	97.7	90.5
Botswana <sup>a</sup>	4.7	5.1	62.2	64.5	37.8	35.5	7.3	8.7	0.5	8.0	...	...
Brazil	7.2	9.0	40.3	47.0	59.7	53.0	4.1	10.7	0.5	0.3	0	0
Brunei Darussalam <sup>a</sup>	3.0	2.9	86.5	85.4	13.5	14.6	6.3	8.8	...	...	...	...

Fonte: Organização Mundial da Saúde

Outro dado bastante relevante que se extrai da tabela, diz respeito ao fato de que o brasileiro gasta cada vez menos com saúde, diversamente do Estado: no ano 2000, o custo referente a saúde custeado pelo Estado representava 40% do valor total gasto por pessoa, aumentando para 47% no ano de 2010.

Os medicamentos não fogem a essa realidade. Vários fatores contribuem para o aumento do custo com sua implementação, alguns justificáveis,

outros nem tanto. Cite-se, a título de exemplo, o crescimento do gasto com medicamentos excepcionais, prescrição de tratamentos alternativos e até mesmo o reprovável *lobby* que as grandes empresas farmacêuticas realizam junto aos médicos.

A demanda, por outro lado, parece crescer mais rápido que os recursos destinados à saúde pública, o que leva, evidentemente, a um impasse. Diante da limitação, o gestor deverá alocar os recursos baseado em sua discricionariedade. A partir daí os problemas começam a surgir. Naturalmente alguns setores receberão recursos insuficientes que não serão capazes de abarcar toda a necessidade. E a preocupação aumenta se se considerar que, a cada dia, novos tratamentos e medicamentos surgem. Soma-se a isso a má distribuição de recursos e a corrupção enraizada no Poder Executivo. Ramiro Nobrega Sant'Ana (2009, p. 58) completa:

“Além disso, as pessoas que vivem longe dos centros de distribuição ou das grandes cidades também tem seu acesso prejudicado. Ou seja, as contradições do acesso aos medicamentos não se resumem apenas aos essenciais, pois, na verdade, elas são ainda maiores quando nos voltamos para os medicamentos de alto custo.”

O cidadão, necessitando de um medicamento e, diante da recusa ou negativa do Estado em fornecê-lo, naturalmente recorrerá ao Poder Judiciário. (SANT'ANA, p. 61)

Questiona-se: até onde o judiciário pode interferir na seara da Administração, impondo o dever de fornecimento de medicamentos não listados no rol da Relação Nacional de Medicamentos?

A doutrina não é pacífica em relação ao tema. Alguns estudiosos possuem opiniões que se contrapõem em alguns pontos e perfilam-se em outros. Por isso é importante trazer à tona alguns questionamentos.

José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, não vislumbra em um primeiro momento a possibilidade do Poder Judiciário interferir e proferir decisões sobre questões que envolvam a saúde. Disse o autor que “As políticas públicas não podem ser decididas pelos tribunais, mas pelos órgãos socialmente conformadores da Constituição” (CANOTILHO, 2011).

Porém, ao mesmo tempo em que não concorda com a “invasão” do poder judiciário na seara da Administração, acaba também por reconhecer que,

excepcionalmente, é possível tal interferência, de modo a proteger o bem jurídico da vida:

“Mas é fato que existem medicamentos raros e certa falta de compreensão para situações específicas de alguns doentes. Isso põe em causa a defesa do bem da vida. Os tribunais devem ter legitimação para solucionar um problema desses. É um problema de Justiça e o valor que está a ser invocado é indiscutível: o bem da vida.” (CANOTILHO, 2011).

Para o autor português, a “intromissão” do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas é possível excepcionalmente, como resultado de uma verdadeira ponderação de interesses.

Alguns autores ensinam que essa intromissão caracteriza uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. Seria um “problema de desenho institucional”. Até a jurisprudência já tendeu para essa linha de intelecção.

Além disso, pode-se imaginar o desenho institucional que a Constituição Federal trouxe para a democracia representativa. Luis Roberto Barroso (2007, p. 24) trabalha com esses argumentos:

“Uma terceira impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intrincada questão da *legitimidade democrática*. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.”

A jurisprudência vem se manifestando sobre a tripartição dos poderes, rechaçando a possibilidade de inconstitucionalidade na atuação do Poder Judiciário, conforme se depreende da passagem do voto do ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF:

“É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a 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 injustamente recusada pelo Estado.**" (grifo nosso)

Colaciona-se ainda trecho do voto do relator do acórdão nº 188.299 do TJDF, *in verbis*:

"Também não prospera a alegação do apelante no sentido de que a sentença recorrida viole o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Administrador público não goza de liberdade para dar ou não cumprimento aos direitos fundamentais, pois acima do princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal está o princípio da constitucionalidade, que, no caso, impõe a imperiosa observância e a efetividade dos direitos à vida e à saúde."

É de clareza solar que a CF/88 ajudou a construir o debate, uma vez que, nas palavras de Flávia Piovesan (2008, p. 164):

"A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo."

Essas "imposições" à política traduzem-se na obrigação da efetivação dos direitos fundamentais, o qual está incluído o direito à saúde. Se as mesmas imposições não são efetivadas, o Poder Judiciário torna-se a figura que desenhará os contornos dirimentes, não podendo se omitir quando provocado, mesmo que tenha como objeto a regulação de outro poder. Além disso, ainda que alguns doutrinadores não admitam essa interferência de poderes, é fato que, excepcionalmente, essa regulação será legítima. Luis Roberto Barroso (2007, p. 21) afirma que:

"Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei."

Celso de Mello, em importante voto proferido no Recurso Extraordinário nº 393175/RS, afirma que:

“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 constitucional.”

É certo que a doutrina e jurisprudência brasileiras admitem a intervenção do Poder Judiciário nas questões relativas à saúde, configurando a judicialização da saúde mas, ao mesmo tempo, é mais certo ainda que essa interferência deve-se dar nos limites do estritamente necessário. Luis Roberto Barroso (2007, p. 22) adverte que:

“Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.”

O Poder Judiciário realiza uma função que a própria Constituição Federal lhe designa, conforme se infere da leitura do artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Ocorre que todo esse conjunto de fatores e sujeitos que compõem a judicialização da saúde, provocam consequências bastante significativas.

### **2.3 Críticas e perspectivas da judicialização**

Em verdade, a proteção constitucional dos direitos sociais é da mais alta relevância, não se podendo negar sua importância. Tanto é que, em que pese

ser um tanto deficiente, o fornecimento de medicamentos à população é uma realidade proporcionada pela CF/88.

Em relação a essa deficiência, pode-se listar inúmeros fatores que desencadeiam a limitação estatal em fornecer os medicamentos à população, inclusive o “aumento do número de ações judiciais propostas” (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p. 238-239)

Desse modo, apesar da atuação do Poder Judiciário nas questões relativas às políticas públicas aparecer como uma possível solução, o seu excesso traz consigo algumas consequências negativas. Luis Roberto Barroso (2007, p. 22) assevera que:

“Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes.”

As demandas individuais, por exemplo, em sua grande maioria, não constituem o melhor meio para a “minimização das falhas do sistema de saúde”, uma vez que essas demandas objetivam, quase sempre, uma prestação específica que os agentes públicos não tem condição de oferecer. Nem todo tratamento alternativo é comprovadamente mais eficaz do que o oferecido de forma regular pelo sistema. (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p. 240)

Essas demandas individuais acabam sendo ineficazes ao direcionarem-se a “certas necessidades individuais sem atentar para questões coletivas ou de interesse maior”. (CARVALHO, L A & CARVALHO L J, 2008, p. 242)

Leonardo Arquimimo de Carvalho e Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho (2008, p. 242) asseveram:

“Não é possível afirmar que a judicialização de demandas na área de saúde vem sendo fomentada, porém, é preocupante a abreviação dos mecanismos de atendimento individual em nome de um interesse particular nem sempre equilibrado com o coletivo.”

Essa massificação de demandas individuais vem obtendo êxito pois os argumentos utilizados pelos sujeitos do processo possuem forte apelo sentimental. Ramiro Nobrega Sant’Ana (2009, p. 64) afirma, não sem razão, que:

“Não é apenas importante o conteúdo dos argumentos, mas a forma como são utilizados. Em praticamente todas as ações, mais enfaticamente nas ações individuais, os postulantes colocam seus pedidos em forma de um dilema maniqueísta: ou se fornece o medicamento, ou a saúde do cidadão (ou até sua vida) estará em risco. Assim, o magistrado é colocado pelas partes em uma incômoda situação de pressão psicológica. Faz-se parecer que uma decisão de improcedência se assemelharia, em certos casos, a uma sentença de morte.”

Outro ponto relevante diz respeito ao Princípio da Isonomia. Não é difícil imaginar que o indivíduo que recorre ao Poder Judiciário beneficia-se da atividade judicial, ao passo que aquele que não recorreu às vias judiciais ou até mesmo aquele que não teve acesso, restará prejudicado. Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 37-113) sintetiza da seguinte forma:

“Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

Analisando o contexto da judicialização em que o Poder Judiciário atua como verdadeiro “protagonista” na implementação das políticas públicas de saúde, conclui-se que o processo acaba por privilegiar quem recorre ao judiciário. Com isso, somente quem está a par de seus direitos ou possui condições financeiras de arcar com os custos de um processo consegue o fornecimento de medicamentos. É um viés bastante cruel do fenômeno da judicialização que fere o Princípio da Isonomia

Outro aspecto interessante é trazido por alguns estudiosos que argumentam que o custo total referente ao fornecimento dos diversos medicamentos, incluídos ou não na RENAME, poderiam trazer mais benefícios para a população se fossem aplicados em outras políticas de saúde pública como, por exemplo, saneamento básico e água potável. Com a melhoria das condições sanitárias, o número de pessoas doentes cairia, acarretando, por óbvio, em uma economia com medicamentos. É a política de prevenção atribuída ao SUS. Luis Roberto Barroso (2007, p. 26), em síntese, afirma:

“No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública [...]”

Realizar políticas preventivas parece ser um dos caminhos que o país pode trilhar para a melhoria da saúde pública no Brasil.

Outra crítica que se impõe é em relação ao fato de que o juiz, enquanto Estado-Juiz, não possui conhecimento técnico suficiente que justifique que se imiscua no papel da Administração, tanto em medicina quanto em gestão e aplicação de recursos.

Ademais, há que se considerar o custo desse fenômeno em si, ou seja, a movimentação de todo o aparato da máquina judiciária despense um gasto monetário elevado, além de inflar o Poder Judiciário com milhares de processos, contribuindo para a morosidade do sistema e o aumento do valor de sua manutenção.

É possível perceber que as decisões judiciais que tratam do tema acabam por consagrar, em sua maioria, o direito à vida. Ponderando os valores envolvidos, quais sejam, saúde e custos, o Poder Judiciário opta pelo respeito à vida, considerando-o como um direito subjetivo inalienável, assegurado na ordem jurídica constitucional brasileira. O STJ vem se posicionando, inclusive, como se infere do REsp 868.038/RS, pela possibilidade de concessão de tutela específica, com conseqüente bloqueio de verbas públicas, “a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde”.

### **3 DA RECUSA AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME**

#### **3.1 A lista e seus critérios**

A distribuição de medicamentos não está prevista na CF/88 e muito menos em lei. A atribuição das competências encontra previsão em atos administrativos federais, estaduais e municipais. A portaria nº 3.916/98 é o mais importante dentre esses atos, pois estabelece a Política Nacional de Medicamentos. (BARROSO, 2007, p. 17)

A Política Nacional de Medicamentos, atribuição do gestor federal, estabelece a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) que, de acordo com o artigo 2º da Resolução nº 1 de 17 de janeiro de 2012 do Ministério da Saúde, consiste na “seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS”. A própria lista, em sua 8ª edição, aduz que:

“A RENAME, como parte integrante da Política Nacional de Saúde, assume agora este papel destacado para orientar a transversalidade necessária que deve existir entre as Políticas de Acesso com a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde, que são a base da visão de que a saúde é parte do novo modelo de desenvolvimento brasileiro, aliando a redução da dependência nas tecnologias farmacêuticas com a inclusão social e a redução das desigualdades.”

Portanto, a lista da RENAME elenca os chamados medicamentos essenciais que são aqueles que atendem às necessidades prioritárias de assistência médica da população. O parágrafo único do artigo 2º da supracitada resolução, por seu turno, preconiza que os medicamentos essenciais são “aqueles definidos pelo SUS para garantir o acesso do usuário ao tratamento medicamentoso”.

A lista é a base para o fornecimento de medicamentos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), servindo de critério para sua distribuição. O artigo 2º, VII da resolução nº 338/04, que estabelece a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aduz que a RENAME será utilizada como “instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica”. A 8ª edição da lista aduz que:

“A Política Nacional de Medicamentos de 1998 e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica de 2004 trazem a RENAME como um dos seus eixos estratégicos, como instrumento racionalizador da prescrição, da dispensação e do uso dos medicamentos.”

Com toda a problemática envolvida nesse fornecimento, na sua maioria deficitário e por muitas vezes até inexistente, culminando numa judicialização excessiva, é necessário que se analise quais são os critérios para sua elaboração.

O artigo 3º da resolução nº 1 de janeiro de 2012 do Ministério da Saúde traça os princípios que norteiam a elaboração da lista, ou seja, os parâmetros adotados em seu desenvolvimento. *In verbis*:

“Art. 3º A RENAME atenderá os seguintes princípios:

I - universalidade: garantia aos usuários do acesso ordenado aos medicamentos de forma universal e igualitária para o atendimento da integralidade da assistência à saúde com base nas necessidades de saúde da população;

II - efetividade: garantia de medicamentos eficazes e/ou efetivos e seguros, cuja relação risco-benefício seja favorável e comprovada a partir das melhores evidências científicas disponíveis na literatura, e com registro aprovado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

III - eficiência: garantia de medicamentos que proporcionem a melhor resposta terapêutica aos usuários com os menores custos para o SUS;

IV - comunicação: garantia de comunicação efetiva entre os gestores de saúde sobre o processo de incorporação de medicamentos na RENAME e divulgação ampla, objetiva e transparente dos medicamentos ofertados à população pelo SUS;

V - racionalidade no uso dos medicamentos: as condições de uso dos medicamentos devem seguir as orientações dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e/ou das diretrizes específicas publicadas pelo Ministério da Saúde e do Formulário Terapêutico Nacional (FTN) como estratégia para a promoção do uso racional dos medicamentos nos serviços de saúde e na comunidade;

e

VI - serviços farmacêuticos qualificados: garantir a oferta de medicamentos com qualidade e de forma humanizada aos usuários do SUS.

Esses princípios traduzem-se nos próprios critérios de elaboração. É imperioso observar que a RENAME, como já dito, só inclui em sua lista os medicamentos ditos essenciais, sendo essa sua primeira baliza.

O inciso II, por sua vez, enfatiza que para que algum medicamento seja incluído na lista é preciso que seja eficaz e/ou efetivo e seguro, e mais, deve

ser registrado junto à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Nesse sentido, o artigo 29 do Decreto 7.508/11 afirma que “A RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

Os medicamentos de eficácia não comprovada, ou até mesmo em fase experimental não serão anexados à lista. Esse aspecto é bastante relevante, uma vez que algumas das demandas judiciais envolvendo medicamentos são relativas aos que se encontram em fase experimental ou não possuam eficácia comprovada.

O inciso III, por seu turno, preconiza sobre a eficiência, ou seja, custo-benefício. Dessa forma, os melhores medicamentos, os quais proporcionem a melhor resposta terapêutica aos destinatários serão indexados à lista. Mas não só isso. Aliado à eficácia médica, a RENAME considera também os custos de aquisição desses medicamentos. Fazendo um paralelo com o direito de família, especificamente em relação aos alimentos, pode-se afirmar que há um verdadeiro binômio necessidade-possibilidade. É fundamental que a RENAME sopesse os custos, traduzindo na preocupação com a própria efetividade do programa.

A título de curiosidade, em 2010 a RENAME possuía 550 (quinhentos e cinquenta) medicamentos em sua lista, número que aumentou para 810 (oitocentos e dez) em 2012.

### **3.2 Possibilidade de limitação ao fornecimento de medicamentos, mínimo existencial e reserva do possível**

A RENAME, portanto, basear-se-á em três critérios: a essencialidade, a eficácia e a efetividade. Posto isso, pode-se trazer ao debate alguns questionamentos. A medicina, que avança a passos largos, frequentemente desenvolve novos tratamentos, insumos e medicamentos para as mais variadas doenças que assolam a humanidade. Ao mesmo tempo, os laboratórios incrementam os medicamentos já existentes, elevando sua qualidade, eficácia e preço.

Nesse contexto, surgem os mais variados tratamentos médicos que, não raro, prescrevem medicamentos não incluídos no rol da RENAME. Como já dito anteriormente, a lista da Relação Nacional de Medicamentos é o critério utilizado pelo SUS para a distribuição de remédios de forma gratuita. Indaga-se: qual será então o procedimento adotado para os casos em que medicamentos não listados na RENAME forem prescritos?

Sistematicamente a Administração vem negando o fornecimento desses remédios, seja por estarem em fase de desenvolvimento ou por serem medicamentos novos e mais modernos. O cerne da questão parece residir dentro desses fatores e que pode ser resumido em uma indagação: até onde pode ocorrer a relativização da saúde quando da negativa ao fornecimento dos medicamentos excluídos da lista da Relação Nacional de Medicamentos?

Pois bem. O Estado justifica sua atuação de várias formas. A primeira linha de argumentação aponta para a necessidade de observar o disposto nas diversas portarias existentes que aduzem que o fornecimento de medicamentos observará o rol da lista da RENAME. O artigo 28, III do Decreto 7.508/11 é de clareza solar ao afirmar:

“Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:  
III- estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos;”

Trata-se de um excessivo apego ao legalismo, o que por si só não vem convencendo a jurisprudência.

Para além dessa linha de intelecção, é com base na chamada reserva do possível que o Estado, de fato, concentra sua defesa. O direito à saúde, prestacional por excelência, demanda um custo para sua efetivação que, diga-se, é bastante elevado. (HOLMES & SUSTEIN, 1999)

Esse custo se mostra na medida em que:

“[...] os direitos sociais na sua condição (não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, pra sua

dimensão economicamente relevante.” (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 199)

Indubitavelmente, por demandar uma conduta comissiva estatal, o custo desse direito social mostra-se mais evidente do que, por exemplo, os direitos de defesa, que são direitos que exigem, *a priori*, uma abstenção estatal mas que, de alcance menor, demandam um custo.

Essa relevância econômica do direito social à saúde assume uma posição de destaque no contexto de sua efetivação. Vale observar, é necessário analisar o impacto monetário e as possibilidades fáticas do Poder Público em concretizar as políticas relacionadas à saúde. Ingo Sarlet Wolfgang e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 199-200) afirmam:

“Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.”

Por outro lado, deve-se analisar se o destinatário da pretensão esculpida na norma possui condições de dispor da prestação reclamada. Forma-se, portanto, uma dúplici vertente: a possibilidade de disponibilidade por parte do destinatário e a disponibilidade jurídica estatal. Sob a existência dessa vertente, sustenta-se a chamada reserva do possível. (SARLET & FIGUEIREDO, p. 200-201)

Originária da Alemanha, mais especificamente na década de 70, a reserva do possível aduz que “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”. Nessa seara, a reserva do possível preleciona a ideia de que os direitos sociais, aqui incluído o direito à saúde obviamente, dependem da real possibilidade financeira do Estado e, por isso, estão sujeitos a uma discricionariedade governamental e parlamentar. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 201)

Nesse sentido, Delvechio de Souza Pereira (2010, p.11):

“Desenvolvida na Alemanha, na década de 70, a teoria da reserva do possível estabelece que a concretização dos direitos fundamentais

dependentes de atuação positiva estão sob a reserva da capacidade financeira do Estado, na medida em que este necessita de recursos para fazer frente às incontáveis demandas sociais. Desta forma, a insuficiência de recursos impõe ao poder público a tomada de decisões difíceis, relacionadas à melhor alocação desses recursos.”

Os argumentos poderiam levar alguns a crerem que todos os direitos fundamentais precisariam passar pelo crivo da “reserva do possível” para serem exigíveis. Ingo Sarlet Wolfgang e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 202-203) alertam que:

“Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.”

Alguns doutrinadores afastam a aplicação da reserva do possível sob o argumento de que não é possível “invocar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado quando implicar na negativa ou afastamento de direitos fundamentais”. A jurisprudência do STJ é de clareza solar, como se infere do MC 14015/RS, em que se discutia a competência para o fornecimento de medicamento para moléstia grave, firmando-se a orientação para a “preservação do direito maior [...]”. (CHAVES & ROSENVALD, 2013, p. 75-76)

A reserva do possível não parece negar ou afastar direitos fundamentais, mas sim firmar-se como um “limite jurídico e fático dos direitos fundamentais” ao mesmo tempo em que, em certas ocasiões, atua como uma garantidora desses mesmos direitos. Essa garantia se dá, exemplificativamente, quando a reserva do possível for sustentada diante da “indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental” (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 203)

Daí surge a questão da alocação dos recursos que compreende, a um só tempo, a sua afetação e a sua aplicação. É certo que a Constituição Federal do Brasil não dita a resposta para essas questões, evidenciando que os órgãos políticos incumbir-se-ão dessa tarefa. José Gomes Canotilho, em relação ao tema, assevera que “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.” (1982, p. 369).

Aprofundando sobre a questão, percebe-se que na medida em que esses recursos tornam-se cada vez mais limitados, torna-se imperioso discutir a sua gestão e aplicação, bem como sua administração. É necessário destacar, ainda, que o Poder Judiciário não poderá se excusar desse debate.

Nesse contexto, será “obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.” Nesse passo, uma interpretação razoável, fruto dessa obrigação, impõe que a reserva do possível “há de ser encarada com reservas”, ou seja, não pode ser utilizada de modo leviano para justificar a omissão do Estado, como ocorre atualmente e nem uma simples falácia, mas uma realidade a ser enfrentada, repita-se, com ressalvas. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 205)

O princípio da proporcionalidade também possui papel fundamental nesse quadro, devendo ser utilizado na “atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos), seja aos particulares de um modo geral.” A proporcionalidade atuará evitando o excesso e a insuficiência. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 206)

O princípio da proporcionalidade, nos dizeres de Ingo Sarlet Wolfgang e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 206-207), possuem juntamente com outros meios, papel fundamental nesse processo. *In verbis*:

“[...] os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, em que a insuficiência e a inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.”

Hercília Maria Portela Procópio (2012) advoga que:

“Diante de um conflito entre princípios de mesma hierarquia, compete ao aplicador da norma em concreto verificar se a solução que ele pretende dar ao caso é a mais adequada, necessária e proporcional. É claro que deve haver plena consciência de que o bem maior é a vida já que, em última análise, o Estado, em seu sentido amplo, foi criado exatamente para preservar a vida dos indivíduos que o compõem. Ocorre que é plenamente possível garantir um mínimo existencial à sobrevivência dos cidadãos, sem, contudo, colocar em risco uma série de outros princípios constitucionais.” (PROCÓPIO, 2012).

Ao tratar da proibição da insuficiência, surge um novo elemento, o chamado “mínimo existencial, que será abordado adiante.

A CF/88, inegavelmente, trouxe em seu texto uma preocupação com “as condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional [...]” (BARCELLOS, 2008, p. 138)

A problemática ganha contornos quando essa proteção à dignidade humana se revela por meio de princípios, por muitas vezes de conteúdo indeterminado. Seriam os poderes legislativo e executivo os responsáveis por concretizar essa proteção?

Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 138):

“A resposta convencional a essas questões simplesmente elimina o problema, transferindo-o integralmente para o Legislativo, ou mesmo para o Executivo. Ou seja: caberia a eles dispor a respeito dessas disposições constitucionais, concretizando-as e determinando-lhes o sentido. Essa, todavia, em primeiro lugar, não é uma resposta intelectualmente honesta.”

Não se pode negar que o poder legislativo e o poder executivo possuem função essencial na concretização dos mandamentos constitucionais. Mas nem por isso é de sua competência dispor livremente sobre os mesmos, pois assim sendo, estar-se-ia negando a própria superioridade da CF/88.

Ocorre que, na prática, é praticamente impossível determinar os efeitos da norma constitucional a todo tempo, mas tão somente um conteúdo básico, mínimo. Uma vez que esse mínimo não é observado, o princípio em questão restará violado.

Nenhuma escolha estatal poderá, nos dizeres de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 140):

“[...] deixar de estar comprometida com essas condições elementares, necessárias à existência humana (mínimo existencial), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica, é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia.”

Em que pese haver a possibilidade de limitação ao direito da saúde, fruto da reserva do possível, é bem verdade que o administrador deve observar o chamado mínimo existencial.

O primeiro jurista a defender o mínimo existencial foi Otto Bachof na Alemanha, que argumentou à luz do princípio da dignidade humana. Seria além de um direito de defesa um direito prestacional, traduzindo-se na ideia de que sem o mínimo material, não poder-se-ia viver dignamente. A jurisprudência bávara começou a acatar esse entendimento, surgindo aí a garantia do mínimo existencial. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Qualificar o mínimo existencial não consiste em simples tarefa matemática. Segundo a doutrina alemã, não se pode quantificar genericamente a assistência social, que é variável segundo o lugar, tempo e contexto. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Além desses percalços, é imperioso observar que não se pode limitar a dignidade humana à simples existência física. Na verdade, deve-se permitir ao cidadão a fruição dos direitos fundamentais em sua plenitude, para que possibilite-o desenvolver sua personalidade. A jurisprudência alemã filia-se a esse entendimento sem grandes divergências, afirmando que é necessário considerar o mínimo existencial físico, mas de igual modo social, que permita ao cidadão ser incluído no contexto em que vive. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Contextualizando a problemática para o Brasil, nota-se que o mínimo existencial não se limita à existência física, mas também possui um viés social. Cabe ao legislador a tarefa de estabelecer os modos os quais serão prestadas as obrigações. Aos tribunais fica a tarefa de analisar a omissão ou outra irregularidade na atividade legislativa. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Em que pese não existir na Carta Magna previsão da garantia ao mínimo existencial, ela decorre diretamente da proteção à vida e à dignidade

humana, corolários da ordem constitucional do Brasil. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Os direitos sociais, de certo modo, constituem uma parcela do mínimo existencial. Como bem prelecionam SARLET e FIGUEIREDO (2008, p. 96):

“Neste contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) – tem sido identificado, por alguns, como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.”

Não se pode no entanto, limitar os direitos sociais à garantia do mínimo existencial. Com efeito, lembra-se que nem todos os direitos fundamentais estão ligados diretamente à dignidade humana. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008)

Todo esse quadro revela o quão complicada e delicada é a questão da judicialização da saúde. Especificamente em relação ao fornecimento de medicamentos, os questionamentos se dão com base nas críticas ao fenômeno da judicialização apresentadas neste estudo. A seguir, serão apresentadas as soluções que parecem ser as mais adequadas.

Em relação às demandas individuais, é imperioso observar se o medicamento pleiteado encontra-se incluído no rol da RENAME. Se estiver na lista, é razoável exigir a prestação por parte do Estado. Isso porque a lista é fruto da análise das “necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos”. Ou seja, o próprio Estado atesta a essencialidade, eficácia e efetividade daquele medicamento, ao mesmo tempo em que se compromete a fornecê-lo. (BARROSO, 2007, p. 30)

Por outro lado, se o medicamento não estiver incluído na lista da RENAME, a solução jurídica será mais complexa. A princípio, conclui-se pela impossibilidade de se conceder ao litigante o fornecimento do medicamento não listado na RENAME, uma vez que, conforme melhor lição da Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN, “decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa,

comprometendo ainda mais as já combatidas políticas de saúde”. (BARROSO, 2007, p. 30)

É evidente que as especificidades deverão ser sopesadas. Se houver a necessidade real de um medicamento não listado na RENAME, o litigante, para ter o acesso a esse medicamento, deverá demonstrar que o mesmo é indispensável, além de não existir nenhum outro com a mesma eficácia que esteja incluído na Relação Nacional de Medicamentos. Só será possível, ainda, nos casos em que haja risco de morte ao litigante diretamente ligado à ausência de seu uso. Só assim, o cidadão fará jus ao fornecimento. Essa ideia é fruto de uma ponderação de interesses e já foi acolhida pela jurisprudência, como se infere do acórdão proferido no ReexNec 1.0024.05.657708-3/001/MG que obrigou o Estado de Minas Gerais a fornecer o medicamento fortéo, não incluso na RENAME, à litigante.

Por outro lado, a inclusão de novos medicamentos deve ser feita por meio da ação coletiva ou por via do controle de constitucionalidade, privilegiando os direitos difusos e coletivos da população. Luis Roberto Barroso (2007, p. 31-32) ensina:

“O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.”

A possibilidade do Poder Judiciário conceder a prestação ao litigante, obrigando o ente federativo a fornecê-lo parece ser a melhor solução, sempre levando em conta os parâmetros apresentados. Além disso, toda vez que houver essa concessão, deve-se rechaçar a possibilidade de fornecimento de medicamentos que não estejam disponibilizados no Brasil. Ramiro Nóbrega Sant’Ana (2009, p. 135) discorre:

“O critério de *adequação técnica* volta-se, exclusivamente, para o medicamento postulado na ação judicial. Para que ele possa ser fornecido pelo SUS à parte autora, antes deve ser passível de comercialização e distribuição no território nacional, pois seria uma total subversão do sistema de vigilância sanitária se o SUS fosse obrigado pelo Judiciário a fornecer um medicamento cuja dispensação está proibida em território nacional.”

Essa impossibilidade alcança também os medicamentos experimentais e/ou alternativos. O magistrado deverá, ainda, privilegiar o medicamento genérico de baixo custo.

Não se vislumbra a necessidade da prescrição medicamentosa ser realizada por médico do SUS, uma vez que não há garantias de que todo tratamento prescrito por tal seja mais eficaz do que aquele prescrito por médico particular. Além disso, considerar que todo profissional da saúde encontra-se mancomunado com empresas e laboratórios é ter um pré-conceito cruel formado que deve ser rejeitado. As balizas que devem orientar o fornecimento do medicamento ou sua recusa são as apresentadas acima, não se incluindo quem prescreve o medicamento.

## CONCLUSÃO

O trabalho foi desenvolvido com o propósito de esmiuçar o fenômeno da judicialização da saúde. Por ser um tema bastante abrangente, o foco foi reduzido à questão das demandas judiciais por medicamentos não listados na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

O objetivo foi apresentar toda a problemática que envolve o fornecimento de medicamentos, entendendo as causas e consequências e indicando alternativas para o quadro existente. Para isso, o estudo subdividiu-se em três capítulos, cada qual abordando temas específicos, mas interligados.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a natureza jurídica do direito à saúde, bem como sua previsão na Carta Magna, complementando com as atribuições do Sistema único de Saúde (SUS). Demonstrou-se que o direito à saúde, enquanto social, foi alçado ao *status* de direito fundamental e, por ser norma constitucional, caracteriza verdadeiro mandado objetivo. Esse viés traz como consequência a aplicabilidade imediata ao direito à saúde, além de ter culminado na criação do SUS.

O Sistema Único de Saúde veio para ser a ferramenta de concretização do direito à saúde, uma vez que oferece acesso aos serviços de saúde a todas as pessoas, orientando-se pelos critérios da universalidade, integralidade e igualdade. Além disso, usa a RENAME como base para o fornecimento gratuito de medicamentos

O primeiro capítulo, de forma resumida, apresenta a ideia de que o direito à saúde conquistou uma importância tamanha na ordem constitucional instalada em 1988. A criação do SUS, possibilitada pelos intensos debates ocorridos há época, evidencia que a participação popular pode ser fundamental para que aconteçam as mudanças necessárias.

Com essas premissas, foi abordado o fenômeno da judicialização, tanto genericamente quanto da saúde. Os direitos fundamentais, por caracterizarem direitos prestacionais, exigem uma atuação estatal, que se dará através de políticas públicas. Em relação aos medicamentos, essa atuação ocorre através da RENAME. É certo que a lista não abarca todos os medicamentos existentes e, mais certo

ainda, que o SUS nem sempre fornece os que estão incluídos. O cidadão, diante desse quadro, recorre ao Poder Judiciário, criando a judicialização.

As consequências desse fenômeno, apontadas no trabalho, são inúmeras. O excesso de demandas que obtém êxito ocasiona um desarranjo no sistema e na gestão dos serviços públicos de saúde. Além disso, por pleitearem soluções individuais, a preocupação com o viés social diminui.

O fenômeno também não escapa às críticas. Muitos entendem que a interferência do Poder Judiciário fere o princípio da separação dos poderes. A doutrina e jurisprudência pátrias, no entanto, vem rechaçando esse argumento, advogando que a partir do momento que a Administração se omite, é dever do Poder judiciário impulsioná-la.

No último capítulo, analisou-se em qual medida pode-se dar a negativa ao fornecimento dos medicamentos. Em verdade, é aí que o trabalho presta sua maior contribuição, apresentando as alternativas que parecem ser as mais adequadas, considerando a reserva do possível e o mínimo existencial. A reserva do possível aduz que somente é possível a realização de políticas públicas nos limites da capacidade financeira do Estado, enquanto o mínimo existencial traduz a ideia de proteção básica, mínima das condições de vida do ser humano.

Considerando essas questões, o trabalho propõe soluções as mais diversas, que dependerão das especificidades do caso concreto. As ações que pleiteiam medicamentos incluídos na RENAME devem lograr êxito, uma vez que o Estado atestou sua necessidade, eficácia e efetividade e propôs sua distribuição de forma gratuita. São escolhas políticas feitas por representantes eleitos por voto popular.

As demandas que versem sobre medicamentos não listados na RENAME exigem uma solução mais complexa. *A priori*, não é possível obrigar o SUS a fornecer esse tipo de medicamento, consequência natural de sua ausência na lista. Excepcionalmente, vislumbra-se que pode ocorrer esse fornecimento, desde que respeitados alguns requisitos: o paciente deve provar que o medicamento é rigorosamente necessário e sua ausência implicaria risco de morte. Além disso, deve demonstrar que não há nenhum outro medicamento incluído na RENAME que

tenha os mesmos princípios ativos e que não tem condições financeiras de arcar com sua compra. Essa posição é fruto de uma ponderação de interesses que tende a inclinar-se pela proteção à vida.

Considerando a saúde coletivamente, propõe-se também que a inclusão de qualquer medicamento na lista da RENAME que se mostre essencial, deve ser pleiteada por ação coletiva ou até mesmo em controle de constitucionalidade. É que a lista é uma ferramenta usada pelo SUS que interessa a todas as pessoas, ou seja, repercute na sociedade e, por isso, estar-se-ia protegendo os direitos difusos e coletivos.

É claro que todas as soluções apresentadas devem considerar somente medicamentos de eficácia comprovada, não se admitindo os experimentais ou alternativos, nem que não estejam disponibilizados no Brasil. Além disso, o seu custo deve ser um fator a ser observado, preferindo-se o de valor mais baixo. Assim evita-se o reprovável lobby existente entre as empresas farmacêuticas e os médicos.

O fenômeno da judicialização exige uma conjunção de esforços de vários sujeitos do processo. Não se pode imaginar que o juiz é o único responsável pelo crescente número de demandas individuais que pleiteiam medicamentos. Não o é. Diante de sua falta de conhecimento médico e de gestão, o magistrado profere decisões baseado no direito à vida, sem nenhum balizamento técnico. Deve-se indagar de que modo chegou-se a situação, em que o juiz decide entre a vida e a morte.

A reflexão que se impõe é a de que todos devem repensar o fenômeno da judicialização, não só os juízes. Com um sistema mais eficaz e operante e a melhoria no fornecimento de medicamentos, menos ações judiciais existirão. E isso só será possível com uma gestão mais correta e clara dos recursos públicos. É preciso analisar as escolhas que o Estado faz, desde a elaboração de leis, decretos e portarias, até a implementação de políticas públicas na área da saúde. Somente fazendo essa autoanálise que poder-se-á mudar o país.

## REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*. São Paulo: QuartierLatin, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Páginas & Letras Editora Gráfica, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, 37, nov. 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. *Decreto Nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº-8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 janeiro 2014.
- BRASIL. *Lei Nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23janeiro 2014.
- BRASIL. *Lei Nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5fevereiro2014.
- BRASIL. *Portaria3.916/98, de 18 de maio de 2005*. Aprova a política Nacional de Medicamentos.*Diário Oficial da União*. Brasília, n 215-E, 30 de outubro de 1998. Seção 1. p. 18-22.
- BRASIL. *Resolução Nº 1 do Ministério da Saúde, de 17 de janeiro de 2012*. Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, 2012. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2012/res0001\\_17\\_01\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2012/res0001_17_01_2012.html)>. Acesso em: 3fevereiro 2014.
- BRASIL. *Resolução Nº 338 do Conselho Nacional de Saúde, de 6 de maio de 2004*. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Brasília, 2004. Disponível

em: <[http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao\\_sanitaria/338.pdf](http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/338.pdf)>. Acesso em: 20 março 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar. MEDIDA CAUTELAR FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO MOLÉSTIA GRAVE DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE DEVER DO ESTADO URGÊNCIA QUE SUPERA A ESPERA DA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM TORNO DA COMPETÊNCIA PARA FORNECER O MEDICAMENTO. 1. Cautela que se faz pertinente para afastar o perigo maior que paira sobre a vida. 2. Recurso especial cuja sede central da controvérsia está pacificada, aguardando-se uniformizar a questão da competência para o fornecimento dos medicamentos aos portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o tratamento. 3. Preservação do direito maior, já assegurado por liminar, até o julgamento do recurso especial. 4. Medida cautelar julgada procedente. *MC 14015/RS*. Segunda Turma. Requerente: Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4654675&num\\_registro=200800662553&data=20090324&tipo=5&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4654675&num_registro=200800662553&data=20090324&tipo=5&formato=P) DF. Acesso em: 12 janeiro 2014. 14:43.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Fornecimento de Medicamentos – Substituição por medida menos onerosa – Art. 461, § 5º, do CPC – Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial – Possibilidade. 1. O bloqueio de valores na conta corrente do Estado, embora possa parecer mais rigoroso, apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição da multa diária. 2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recurso especial não provido. *RE 868.038/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: E.G.P.B. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 27 de maio de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3925696&num\\_registro=200601512030&data=20080612&tipo=5&formato=P](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3925696&num_registro=200601512030&data=20080612&tipo=5&formato=P) DF. Acesso em: 3 janeiro 2014. 20:50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de Descumprimento no processo de

concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). *ADPF 45*. Plenário do STF. Requerente: Partido Social Democracia Brasileira (PSDB). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381> Acesso em: 22 dezembro 2013. 10:55.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio – Pessoas destituídas de recursos financeiros – direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes – Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, “caput” e 196) – Precedentes (STF) – Abuso do direito de recorrer – Imposição de multa – Recurso de agravo improvido. *AgRg no RE 393.175/RS*. Segunda Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luis Marcelo Dias e outro (a/s). Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582> Acesso em: 20 dezembro 2013. 16:03.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Páginas & Letras Editora Gráfica, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão*. Mandado de segurança. Apelação interposta pelo Distrito Federal. Fornecimento de medicamentos. Impetrante portadora de Adenocarcinoma. Direito fundamental à vida e à saúde. Princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Eficácia imediata. Artigo 5º, §1º, CF/88. 1- As normas definidoras de direitos fundamentais, como se qualificam o direito à vida e à saúde, gozam de eficácia imediata e não demandam como pressuposto de aplicação a atuação do legislador infraconstitucional, consoante o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, em nome da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal. 2- Apelação improvida. 3- Sentença mantida. *Acórdão 188.299/DF*. Quarta Turma Cível. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Joana Guimarães Gonçalves. Relator: Des. Cruz Macedo. Brasília, 1 de abril de 2004. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=OK&SELECAO=1&CHAVE=20020110520259apc.>>. Acesso em: 12 janeiro 2014. 15:09.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral* e LINDB. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”. In GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 255-284.

HOLMES, Stephen; CASS, Sustain. *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. Nova Iorque: W. M. Norton, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. *Manual de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OMS. Disponível em: Organização Mundial da Saúde). <[http://www.who.int/gho/publications/world\\_health\\_statistics/EN\\_WHS2013\\_Part3.pdf?ua=1](http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2013_Part3.pdf?ua=1)>. Acesso em: 02 fevereiro 2014. 15:49.

PEREIRA, Delvechio de Souza. *Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde*. 2010. 32 f. Artigo (Grau de especialista em orçamento público). Programa de especialização em orçamento público, ISC/TCU, Brasília, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Páginas & Letras Editora Gráfica, 2008.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em “Direito, Estado e Constituição”, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In SARLET, Ingo

Wolfgang (coord.). *Revista da Defensoria Pública*. São Paulo: Páginas & Letras Editora Gráfica, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.