

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA- UNIVEM
CURSO DE DIREITO

JULIANA DAS MERCÊS LINO

DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO:
ANÁLISE CRÍTICA

MARÍLIA
2014

JULIANA DAS MERCÊS LINO

DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO:
ANÁLISE CRÍTICA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador:
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA
2014

LINO, Juliana das Mercês

Direito à saúde e sua judicialização: Análise crítica / Juliana das Mercês Lino; orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Marília/SP: [s.n], 2014

57 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP – UNIVEM, 2014

1. Saúde. 2. Reserva do Possível. 3. Mínimo Existencial. 4. Estado. 5. Políticas Públicas

CDD: 341.27



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Juliana das Mercês Lino

RA: 46165-2

Direito à Saúde e Sua Judicialização Análise Crítica

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (Dz)

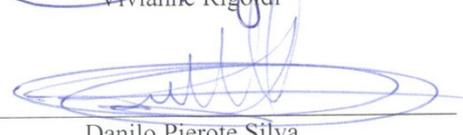
ORIENTADOR(A):


Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):


Vivianne Rigoldi

2º EXAMINADOR(A):


Danilo Pierote Silva

Marília, 03 de dezembro de 2014.

Dedico este trabalho aos meus pais, José Francisco Lino dos Santos e Nilzete das Mercês Lino dos Santos, e meu irmão, Vitor das Mercês Lino, por todos os anos de companherismo e cumplicidade que se fizeram possíveis diante da amizade e respeito que possuímos.

Dedico também, aos meus amigos, que sempre se fizeram presentes, me apoiando nos momentos difíceis, e enchendo de alegria os momentos de conquista. Sem vocês esta conquista não teria a mesma glória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Jesus Cristo, Santa Rita de Cássia, em primeiro lugar, pelo suporte espiritual com que me guio, todos os dias, na busca dos meus sonhos.

Agradeço aos meus pais, familiares e amigos, os quais me recuso a dar nomes, para evitar incorrer no terrível e imperdoável defeito da omissão.

Agradeço aos professores que já tive em minha vida, formadores de opinião e influenciadores nas escolhas tomadas no caminho que escolhi.

Agradeço em especial ao meu Professor e Orientador Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, por acreditar no meu potencial e não desacreditar do meu trabalho quando o procurei para produção de artigo já publicado e que hoje se tornou meu Trabalho de Conclusão e a Professora Aline Storer, orientadora na Iniciação Científica, a qual não posso deixar de agradecer pela dedicação ao trabalho e amor de mãe que empenhou na produção do meu artigo também recentemente aprovado para publicação.

Seigneur, faites de moi un instrument de votre paix.

Là où il y a de la haine, que je mette l'amour.

Là où il y a l'offense, que je mette le pardon.

Là où il y a la discorde, que je mette l'union.

Là où il y a l'erreur, que je mette la vérité.

Là où il y a le doute, que je mette la foi.

Là où il y a le désespoir, que je mette l'espérance.

Là où il y a les ténèbres, que je mette votre lumière.

Là où il y a la tristesse, que je mette la joie.

Ô Maître, que je ne cherche pas tant à être consolé qu'à consoler, à être compris qu'à comprendre, à être aimé qu'à aimer, car c'est en donnant qu'on reçoit, c'est en s'oubliant qu'on trouve, c'est en pardonnant qu'on est pardonné, c'est en mourant qu'on ressuscite à l'éternelle vie (Oração de São Francisco)

*“Por trás da magnificência de uma toga há, na essência, sempre, um homem,
igual a qualquer outro, repleto de anseios, angústias, esperanças e
sonhos”*(Rosivaldo Toscano Junior).

LINO, Juliana das Mercês. **Direito à saúde e sua judicialização: Análise crítica**. 2014. 57 f. Trabalho Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o “direito de acesso universal e integral à saúde”, passou a assistir ao crescente aumento de demandas judiciais destinadas a exigir dos entes públicos a efetivação das políticas públicas. Neste sentido, a intervenção do Poder Judiciário procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço à saúde. A possibilidade de judicialização destes direitos impossibilita qualquer planejamento estatal quanto ao gasto com políticas públicas, cuja onerosidade excessiva decorre de um necessário atendimento particularizado a quem almeja. Este Trabalho tem o escopo de apresentar um estudo de revisão bibliográfica sobre a evolução constitucional e histórica dos direitos sociais, bem como o Direito à Saúde no Brasil, ainda, a atuação do Poder Judiciário como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais e a sua interferência nos demais poderes. Não obstante discorre sobre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial objeto de grande discussão doutrinária quando se trata de direito à saúde, e ainda breves considerações na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com essa realidade.

Palavras-Chave: Saúde; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Estado; Políticas Públicas.

LINO, Juliana das Mercês. **Direito à saúde e sua judicialização: Análise crítica**. 2014. 57 f. Trabalho Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

With the enactment of the 1988 Federal Constitution, which enshrined “the right of integral and universal right to health care” it started supporting the continuous increase in the judicial demands in order to require the execution of public policies by the public authorities. In this respect, the intervention of the Judiciary tries to fulfill the constitutional pledge to the universal provision of health care service. The possibilities of judicialization of these rights prevents any state planning regarding the spending with public policies, whose excessive high cost derives from a necessary assistance customized to whom is eager for it. This paper aims to present an analysis of literature review about the historical and constitutional evolution of the social rights, as well as the Right to Health Care in Brazil; furthermore, the intervention of the Judiciary as an Instrument for Implementing Fundamental Rights and its interference in the other branches of government. In addition, it discusses about the Possible Reserve and the Existential Minimum that are subjects of considerable discussion among legal scholars when concerning health care, and, finally, brief considerations on the implementation of extrajudicial and judicial strategies to deal with such reality.

Keywords: Health care, Possible Reserve, Existential Minimum, State, Public Policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E HISTÓRICA	13
1.1 Aspectos históricos dos direitos fundamentais.....	13
1.2 A constitucionalização dos direitos sociais.....	15
1.3 A conscientização dos direitos sociais após Constituição de 1988.....	18
1.4 O direito à saúde no Brasil. Constituição, legislação infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos	19
1.4.1 A repartição de competências e a Lei do SUS	20
1.4.2 A Questão específica da distribuição gratuita de medicamentos	22
CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	24
2.1 A judicialização da política e ativismo judicial: Conceitos próximos	24
2.2 A separação dos poderes	26
2.3 A Atuação do Poder Judiciário como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais.....	27
2.4 Interferência do Poder Judiciário em relação à Saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos	30
CAPÍTULO 3 – RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: PARÂMETROS DE ATUAÇÃO JUDICIAL	33
3.1 Reserva do Possível.....	35
3.1.1 Conceito	35
3.1.2 A reserva do possível como exclusiva matéria de defesa do Estado	35
3.1.3 A reserva do possível e o ônus de prová-la exclusivo do Estado.....	35
3.1.4 A reserva do possível e a sua alegação excepcional	36
3.1.5 A dimensão tríplice da reserva do possível.....	37
3.1.6 Crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro	37
3.2 Mínimo Existencial	39
3.2.1 Conceito	39
3.2.2 O Mínimo existencial como alegação pelo particular em face do Estado	40
3.2.3 Reconhecimento de ofício do mínimo existencial	41
3.2.4 O Direito à Saúde no Mínimo Existencial	42
CAPÍTULO 4 – BREVES CONSIDERAÇÕES DAS ESTRATÉGIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA LIDAR COM ESSA REALIDADE	44
4.1 Críticas a judicialização excessiva	44
4.2 Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos	45
4.3 Tensão entre a judicialização do direito à saúde, a gestão e orçamento das ações e serviços de saúde no estado de São Paulo.	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Recentemente temos visualizado as manifestações por melhorias nos serviços públicos, onde muito se critica a qualidade dos serviços prestados, e que teve como estopim o preço da passagem do transporte público.

Agora, imaginemos essas reivindicações chegando ao judiciário de maneiras isoladas, a cada pessoa que se sente atingida em seus direitos, que procura um advogado para satisfazer as suas pretensões, e assim atingir a tutela jurisdicional. Temos assim, a sobrecarga dos juízes e ainda, inúmeros processos que versam sobre políticas públicas nas mais diversas áreas.

O presente visa expor o panorama judicial brasileiro frente à judicialização excessiva, seja ela referente à saúde, bem como quaisquer outras políticas públicas. Tem-se como objetivo do presente, uma reflexão quanto ao tema e, da mesma forma, a perspectiva de uma solução para esses excessos.

A principal justificativa para a escolha do tema é a reflexão da falta, ao Poder Judiciário, de parâmetro da economia pública para determinar a Administração o cumprimento da pretensão do particular de cumprimento de políticas públicas. Ainda, no ímpeto da provocação do judiciário, muitos casos não são de extrema urgência, ou mesmo, os remédios requisitados já são fornecidos pelos programas de saúde.

Ou seja, vê-se que há no Poder Judiciário, carência no controle efetivo das demandas, por meio de de triagem, fruto da sua própria constituição, em não afastar do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação. O acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Todavia, não estamos propondo a restrição do judiciário para os casos de políticas públicas, mas a regularização, ou a procedimentalidade dessas ações, o objetivo geral do presente trabalho é a reflexão que após a promulgação da constituição de 1988, onde diversos direitos sociais foram positivados, houve um crescente aumento de ações postulando justamente os novos direitos constitucionalizados. Não obstante, juntamente com a positivação dos direitos, o panorama brasileiro apresenta inércia e descrença populacional dos poderes Executivo e Legislativo, ocasionando milhares de ações que postulam por serviços públicos.

O objetivo principal do trabalho é analisar a parceria entre órgãos da saúde e o Poder Judiciário, sendo que, o objetivo de tal estratégia encontra-se em diminuir as demandas judiciais contra o Estado, identificar as características gerais e particulares das demandas surgidas em âmbito judicial e extrajudicial diminuindo os casos de demandas judiciais por medicamentos já oferecidos pela rede pública de saúde, fornecer parâmetros para as políticas públicas de dispensação de medicamentos. Ademais, a implementação dessa estratégia representaria um passo importante para a garantia de provimento de 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.

É também objetivo deste trabalho, de maneira não menos importante, compreender todo o histórico do direito fundamental social e as razões do recente aumento das ações que postulam por políticas públicas.

Segundo as bases lógicas de investigação será utilizado o método dedutivo, a fim de estabelecer relações lógicas entre a positivação da Constituição Federal de 1988 e a realidade que enfrenta-se no Poder Judiciário.

O conhecimento utilizado para elaboração deste trabalho será baseado em pesquisas bibliográficas, que discorram sobre o tema em questão. Será feita leitura, análise e interpretação dos dados coletados em livros, artigos e pesquisas online, de forma a permitir o alcance das respostas aos problemas tratados na pesquisa.

O trabalho será dividido em quatro capítulos, de forma a melhor sistematizar o tema.

No primeiro capítulo será explanado os aspectos históricos dos direitos fundamentais, a constitucionalização e conscientização dos direitos sociais após a Constituição de 1988, ainda explana sobre a saúde, abordando sua história, sua evolução histórica no Brasil, além dos princípios e diretrizes do SUS – Sistema Único de Saúde.

Será abordado no segundo capítulo a diferenciação entre Judicialização da política e Ativismo Judicial por se tratarem de conceitos próximos. Ainda, a separação dos poderes e a atuação do Poder Judiciário como instrumento de realização dos Direitos fundamentais e sua interferência nos demais poderes em relação a saúde.

No terceiro capítulo procura fornecer parâmetros, os mais objetivos possíveis, à Reserva do Possível e ao Mínimo Existencial, sem valorizar a aplicação de um em detrimento do outro, mas o consenso para aplicação a situações que podem assim ser aplicados racionalmente.

No quarto e último capítulo tratará de breves considerações das estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com essa realidade, bem como alguma das recorrentes críticas á judicialização e a tensão existente entre a judicialização do direito à saúde e a gestão.

CAPÍTULO 1 – DIREITO SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E HISTÓRICA

Os Direitos fundamentais se modificaram no tempo, conforme as necessidades sociais e as possibilidades de se realizar esse direitos garantindo sempre a efetividade. Devido a sua evolução histórica, fala-se em direitos de primeira (direitos de liberdade), segunda (direitos sociais) e terceira geração (direitos coletivos). Como bem sublinha Bobbio (2004, p.38):

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable* foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas, direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os direitos sociais, objeto de estudo do presente, conforme Moraes (2002, p.202) preleciona “são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito”. E possuem caráter social, embora atenda aos anseios individuais, o descumprimento pelo Estado dos direitos sociais, recaem sobre toda a coletividade.

Foram, portanto, fruto das conquistas de movimentos sociais que surgiram ao longo dos anos e hoje, são reconhecidos em documento de âmbito internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e posteriormente pela Constituição da República de 1988, que os deu tutela em seu artigo 6º.

1.1 Aspectos históricos dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais passaram por diversas modificações desde seu reconhecimento nas primeiras Constituições tanto no que diz ao seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. A doutrina, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, tende a falar da

existência de três gerações de direitos, havendo inclusive, alguns doutrinadores que defendam a existência de uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações (SARLET, 2009, p.45).

Os direitos de primeira geração foram impulsionados pelos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, resultados da Revolução Francesa (1789-1799), período de agitação política e social na França, com grandes mudanças pelos princípios de *liberté, égalité, fraternité*, (liberdade, igualdade, fraternidade). Porém, o Estado deixou de intervir na vida econômica e social da população, interferindo somente na vida política e na proteção das liberdades individuais, gerando desigualdade na sociedade por parte da classe dominante. Era o Estado *laissez faire, laissez passer* (deixa fazer, deixa passar) (MENDONÇA; BERTUOL, 2009, p.2).

Superado o momento inicial de consagração da liberdade individual do homem frente ao Estado, surgem os movimentos sociais que advêm da contraposição ao capitalismo e da estratificação social dele decorrente. A percepção de que a liberdade burguesa é uma liberdade classista e de que o capitalismo não é capaz, por si só, de propiciar a igualdade, são fatores que impulsionam a sociedade em exigir do Estado a necessária intervenção a fim de amenizar as desigualdades sociais e lhe propiciar condições de vida digna (GOTTÊMS, SIQUEIRA, 2008, p.22-23).

Embora somente no Estado Liberal a sociedade tenha alcançado o progresso tecnológico e o aumento de bens de produção, alcançou o mais importante : o Estado de Direito. Sob os pensamento de Adam Smith na era liberalista, da seleção natural de Darwin aplicada ao campo econômico, que fez com que os proprietários capitalistas em busca incessante pelo lucro, se esquecessem dos direitos dos trabalhadores. E em meio a Revolução Industrial, o capitalismo esmagando a igualdade e dignidade humana que Karl Marx idealizou um Estado Social (MENDONÇA;BERTUOL, 2009, p.2).

A evolução do Estado Liberal para o Social tinha como matriz inspiradora a liberdade e a igualdade, não mais nos moldes como concebera o liberalismo burguês, individualista, mas, ao contrário, os pilares de sustentação deste novo modelo de organização estatal deitam raízes na coletividade (GOTTÊMS, SIQUEIRA, 2008, p.27).

A partir da idealização do Estado Social, surgem os direitos de segunda geração presentes nas declarações de direitos e, posteriormente, nas Constituições, com destaque especial à Constituição Russa, à Constituição Mexicana (a primeira a trazer em seu texto, verdadeiramente, direitos sociais) e à Constituição de Weimar, que tiveram grande influência nas constituições posteriores.

Após o séculos XVIII, a partir da Primeira Guerra Mundial, e Revolução Industrial, consolidou-se a ideia de que o Estado deveria ser aliado da população pois somente ele

poderia garantir à sociedade, exercendo de forma positiva, os direitos sociais, culturais e econômicos a todos, ou seja, os direitos de segunda geração, que abrange setores como a saúde, assistência social, educação, trabalho, transportes e todos os outros de assistência vital, pautando-se sempre na busca da dignidade humana (MENDONÇA;BERTUOL, 2009, p.2).

Conforme preleciona Bobbio, (2004, p.49) “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”.

Esse Estado de Bem-Estar Social não foi algo efetivado em sua época, pois se busca sua real efetivação até os dias atuais. E sua efetividade torna-se condição necessária para a evolução do Estado Democrático, por meio da participação do povo e a concretização dos direitos fundamentais.

1.2 A constitucionalização dos direitos sociais

É possível notar que a Constituição Mexicana (1917) e da República de Weimar (1919), exerceram importante papel ao tratar da inclusão de direitos sociais e trabalhistas, além dos já consagrados direitos à liberdade, igualdade e propriedade, sendo considerada a primeira constituição a trazê-los expressamente.

Como bem ensina Comparato (2008, p.81):

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada.

A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, no meio do cenário pós primeira guerra mundial, da qual a Alemanha saiu derrotada, embora conflituosa em seus valores pré-medievais e com ideais capitalistas e socialistas, teve grande importância na história dos direitos sociais, juntamente com a Constituição Mexicana de 1917, pois consolidou a estrutura da de democracia social, de maneira mais elaborada. De forma que as demais constituições supervenientes, tiveram por base as Constituições Mexicana e Alemã.

Como explana Fleury (2009, p.744):

O sistema de proteção social brasileiro, até o final da década de oitenta, combinou um modelo de seguro social na área previdenciária, incluindo a atenção à saúde, com um modelo assistencial para a população sem vínculos trabalhistas formais. Ambos os sistemas foram organizados e consolidados entre as décadas de trinta e quarenta, como parte do processo mais geral de

construção do Estado moderno, intervencionista e centralizador, após a revolução de 1930.

Nossa Carta de 1988, denominada como “Constituição-cidadã”, pela primeira vez deu significativa relevância aos direitos fundamentais, motivada pelo processo de redemocratização no país após mais de vinte anos de ditadura militar, possui três características expressivas, seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente (SARLET, 2009, p.63-64).

A construção de uma ordem institucional democrática supunha um reordenamento das políticas sociais que respondesse às demandas da sociedade por maior inclusão social e equidade. Projetada para o sistema de políticas sociais como um todo, tal demanda por inclusão e redução das desigualdades adquiriu as concretas conotações de afirmação dos direitos sociais como parte da cidadania (FLEURY, 2009, p.745).

Em face do seu grande número de dispositivos legais, se enquadra no rol das Constituições analíticas, e o pluralismo advém do seu caráter marcadamente compromissário diante da redação final dada ao texto conciliando posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, e ainda, seu cunho programático e dirigente.

Que segundo Sarlet (2007, p.65) “resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes e serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos”. No que tange aos direitos fundamentais a sua aplicabilidade é imediata em face da previsão da própria Carta em seu artigo 5º, §1º.

Diante do quadro social, pós cerca de 21 anos de ditadura, a Constituição de 1988, teve como objetivo assegurar por meio das cláusulas pétras os direitos fundamentais, transformando concretamente a sociedade. Porém essa aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não foi em sua totalidade efetivado.

Os ditos direitos fundamentais estão presentes no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, melhor definição ao conceito de direito fundamentais trás Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior apud Gottëms; Siqueira (2008, p.2):

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, a qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

A Constituição de 1988 em seu próprio “Título II” trás a terminologia Direitos e Garantias, que pouco diferem. Para os constitucionalistas enquanto os direitos possuem

caráter declaratório, as garantias são os instrumentos utilizados para exigir do Estado o respeito aos direitos que instrumentalizam, seriam os meios para a obtenção da prevenção ou proteção dos direitos fundamentais (GOTTËMS, SIQUEIRA, 2008, p.2-3).

A classificação dos direitos fundamentais na Constituição Federal tem como critério a natureza do bem protegido e do objeto de tutela. Desta forma, se classificam em :a) direitos individuais e coletivos (art.5^o); b) direitos sociais (art.6^o e 193 e ss.); c) direitos à nacionalidade (art.12) e d) direitos políticos (art 14 a 17).

Os direitos fundamentais individuais ou coletivos são ligados ao conceito de pessoa humana, como a dignidade, honra e liberdade, portanto, impõem limites à atuação do poder público, por meio do Estado. Enquanto que os direitos sociais denotam prestações positivas por parte do Estado, pois possuem cunho prestacional, tendo o Estado dever de prestar (GOTTËMS, SIQUEIRA, 2008, p.4-6).

Já o direito à nacionalidade, segundo Alexandre de Moraes apud Gottëms; Siqueira (2008, p.4), pode ser definido como “[...] o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”.

Por fim, a Constituição Federal tratou dos direitos políticos ou de cidadania onde estão declaradas as normas constitucionais a respeito do direito de sufrágio, dos sistemas eleitorais, da perda e suspensão de direitos políticos bem como das regras de inelegibilidade. os quais podem ser assim definidos:

[...] são aqueles formados pelo conjunto de preceitos constitucionais que proporcionam ao cidadão sua participação na vida pública do País, realizando, em última análise, o disposto no parágrafo único do art.1^o da Constituição Federal, que prescreve que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”(GOTTËMS, SIQUEIRA, 2008, p.4-5).

De toda forma, o presente trabalho possui como foco o direito fundamental social, cuja constitucionalização no artigo 6^o trouxe enormes mudanças no quadro Judiciário, fruto da consentização da sua aplicabilidade imediata e seu cunho prestacional.

A Constituição Federal de 1988 representa uma profunda transformação no padrão de proteção social brasileiro, consolidando, na Lei Maior, as pressões que já se faziam sentir há mais de uma década.

1.3 A conscientização dos direitos sociais após Constituição de 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, onde diversos direitos sociais foram positivados, houve um crescente aumento de ações postulando justamente os novos direitos constitucionalizados. Assim trouxe os direitos em seu artigo 6º “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”

Juntamente com a positivação dos direitos acima, o panorama brasileiro apresenta inércia e descrença populacional dos poderes Executivo e Legislativo, ocasionando milhares de ações que postulam por serviços públicos:

O reconhecimento de que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado” (BRASIL, 2002, art.196) marcou uma mudança significativa com o modelo securitário representado pela medicina previdenciária, ampliando, assim, a própria concepção de direito à saúde (MONNERAT; SOUZA, 2011, p.42).

A consciência que surge a partir de 1988, da saúde e outros direitos sociais, constituem um dos direitos fundamentais de segunda geração constitucionalizados, abre possibilidade, para que a população venha reivindicá-los por meio de ações. Desta mesma forma, elucida Machado (2010, p. 8), sobre a conscientização brasileira de seus direitos: “pelo fato da sociedade brasileira estar mais consciente dos seus direitos, passou a questionar, judicialmente, a omissão do Poder Público e, dessa forma, nomear o Poder Judiciário como a solução para todas as mazelas sociais”.

E esse reconhecimento social tem-se refletido, por exemplo, na judicialização excessiva dos remédios de alto custo, sob o dogma de garantir o Mínimo Existencial, e que, supõe-se, esgotando todas as vias administrativas, recorrem ao Judiciário como meio mais eficaz de cumprimento de normas.

O panorama judicial hoje nos apresenta excessos, onde encontramos decisões que condenam o Poder Público ao pagamento de tratamento insensato e ainda, ocorre a discussão de qual esfera pública se torna responsável pela disponibilização do remédio. Dai que, vítimas da própria cura, tais excessos e inconsistências, podem levar a não realização prática da Constituição, pois, põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.

A Constituição de 1988 para designar uma forma nova e ampliada de implementar e articular políticas públicas institucionalizou o conceito de seguridade social composta por : previdência, saúde e assistência social. Avançou em relação as demais constituições ao garantir um conjunto de direitos sociais, tendo todo um capítulo que trata da Seguridade Social, assim a conceitua Martins (2014, p.21):

É o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A consciência surge a partir da própria positivação dos direitos e sua natureza analítica que dispõe de diversas formas de implementação de políticas públicas diante da intervenção estatal. Barroso (2007, p. 90) assim ilustra:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a desfrutar de aplicabilidade imediata por juízes e tribunais. [...] A intervenção do Poder judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Essa mudança no cenário de direitos ocorrida com a Constituição de 1988 aclara o quanto o panorama da saúde no Brasil é recente, e a sua proteção haverá de ser pleiteada pelos cidadãos.

1.4 O direito à saúde no Brasil. Constituição, legislação infraconstitucional e a política de distribuição de medicamentos

O sanitarismo brasileiro começou com a chegada da Corte portuguesa em que eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, somente no fim do século XIX passa-se a praticar algumas ações mais efetivas no controle de doenças epidêmicas. Neste entremeio, ocorreu a Revolta da Vacina no Rio de Janeiro, uma manifestação popular ocorrida em 1904, quanto á obrigatoriedade da vacinação da varíola (BARROSO, 2007, p.97).

A partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Prividência, mais conhecidos como IAPs, muitos inclusive possiam hospitais próprios. Vale lembrar que a

saúde pública não era universalizada restringindo-se apenas aos trabalhadores que contribuíam ao institutos de previdência (BARROSO, 2007, p.97).

Ao longo do regime militar houveram mais mudanças conforme traduz Barroso (2007, p.98):

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS - Instituto Nacional e Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

Somente o trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde, desta forma o rural ainda não era abrangido pelo sistema e boa parte da população brasileira que continuava na informalidade.

No entanto, a partir da Constituição de 1988 intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. Logicamente, da própria transcrição do artigo que trás o direito à saúde. Em seu Art. 196 a Constituição Federal estabelece “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”.

Institui portanto que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de “*acesso universal e igualitário*”. Não mais restringindo-se somente aos formalizados, abrangeria a partir de então todos os brasileiros, registrados ou não.

1.4.1 A repartição de competências e a Lei do SUS

A Constituição Federal atribui competência concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe em seu artigo 24, XII e 30 II, precipuamente, competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde. De toda forma cabe a União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados, suplementar a legislação federal e aos Municípios suplementar no que lhe couber. No que tange ao aspecto administrativo a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios. Podendo os três entes formular e executar políticas de saúde (BARROSO, 2007, p.98).

Sendo competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, determinada pelo art. 23, II da CF, são responsáveis solidários no fornecimento da saúde, de forma que são todos legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir são prestações

relativas à saúde. A garantia mediante “*políticas sociais e econômicas*” ressalta a escolha alocativa dos recursos destinados, assegurando a universalidade das prestações e igualdade no atendimento aos cidadãos, a fim de alcançar a população como um todo.

De toda forma deve haver cooperação entre os entes federados, conforme preleciona Barroso (2007, p.99) “ se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria maior ineficiência na prestação dos serviços de saúde”.

A Lei Orgânica de Saúde, nº 8.080/90, instituída em meados de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Estabelece a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS), propondo a sua forma de organização e funcionamento.

A Lei nº8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade (BARROSO, 2007, p.99)

Logo nos primeiros artigos da lei, especificadamente, em seu artigo 4º trás que o SUS compreende “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” . Podendo a iniciativa privada participar em caráter complementar.

Ademais, em seu art. 5º e seguintes conduz aos objetivos e princípios do SUS, que embora muito se assemelham aos princípios da Administração Pública, o objeto do presente estudo destaca o seguinte atribuição, inserida no inciso VI, do artigo 6º, “a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”. (BARROSO, 2007, p.99)

Estabelece nos artigos seguintes os princípios e diretrizes como a “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”, “descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo”

A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. Em seu artigo 16, XIII, atribuiu a competência à direção nacional do SUS de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” devendo ainda nos termos do art. 16, XV “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”. Não obstante, em

seu art. 17, atribuiu a competência 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 à direção estadual do SUS. Por fim, incumbiu em seu art. 18, I e III à direção municipal do SUS de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde.

Seguindo o ensinamento de Barroso (2007, p.100) “ 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”. Desta forma, embora a Lei trate da descentralização administrativa determinando competência aos Municípios para execução das políticas sanitárias, pode sempre socorrer-se daquele que houver “reservas” econômicas capazes de socorrer a administração pública demandada, pois a União e os Estados ficam responsáveis supletivamente pela execução.

1.4.2 A Questão específica da distribuição gratuita de medicamentos

A Constituição Federal de 1988 não trouxe explícita em seus artigos, no que concerne a distribuição gratuita de medicamento, a competência dos entes federativos. Desta forma a repartição de competências vem esboçada em diversos atos administrativos da União, dos Estados e dos Municípios.

O Ministério da Saúde, estabeleceu a Portaria nº 3.916/98, que aprova a Política Nacional de Medicamentos, cujo escopo é juntamente com os demais entes, elaborar listas de medicamento que serão adquiridos e fornecidos à população. Melhor entendimento aduz Barroso (2007, p.101):

Ao gestor federal caberá à formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde.

Enquanto que a aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, cujo tratamento são destinados a pessoas específicas e possuem custo elevado, ficam a cargo da União em parceria com os Estados e o Distrito Federal. Adiciona Barroso (2007, p.102) ao “gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado”.

Diante do empreendimento dos entes federativos em formular as listas dos medicamentos a serem entregues a população do que se presume já exista dotação orçamentária aprovada, portanto, não há de se falar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos no tocante à formulação de políticas de entrega de medicamentos a população.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, em face da redemocratização ocorrida após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar um papel ativo na sociedade como um todo, porém este fenômeno não é peculiaridade nossa como registra Barroso (2012, p.23):

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

No entanto o que houve foi a democratização, a população passou a ter consciência dos seus direitos e passou a pleitear os direitos expressos na Constituição, fruto da descrença nos demais Poderes Executivo e Legislativo. Deve-se acrescentar a proporção que os recentes julgados dos tribunais tem tomado na mídia. Isso por consequência, acaba por abarrotar o Judiciário de pleitos equivalentes.

2.1 A judicialização da política e ativismo judicial: Conceitos próximos

A judicialização da política e ativismo judicial são conceitos que muito se assemelham, melhor preleciona Barroso (2012, p.25) ao dizer que Judicialização “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Já o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. E assim segue seu entendimento:

A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas ligadas estritamente ao modelo institucional brasileiro, outras uma tendência mundial (BARROSO, 2012, p.24).

Bicca (2012, p.1) explana que “a judicialização da política, no caso brasileiro, encontra seu fundamento na própria Constituição da República”. Juntamente com a redemocratização ocorrida com a promulgação da Constituição de 1988, deu-se também a expansão de órgãos ligados ao Poder Judiciário como o Ministério Público e a Defensoria Pública juntamente com o crescente aumento no nível de informação quanto aos direitos, e

então, os particulares passaram a buscar cada vez mais tutela jurisdicional (BARROSO, 2012, p.24-25).

A segunda causa foi a constitucionalização dos direitos sociais, que tornou política em direito. A terceira e última causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, Bicca (2012, p.1) colaciona que em face “especialmente do modelo de controle abstrato, cuja legitimidade, inclusive, restou ampliada pela Constituição Federal”. Assim nos trás Barroso (2012, p.24):

Desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Para Barroso (2012, p.25) “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Sendo que para Bicca (2012, p.2) “a tomada de decisões de cunho político pelos magistrados não configura, necessariamente, em ativismo judicial, o qual apenas ocorrerá quando os juízes ultrassam determinados limites”.

A doutrina procura estabelecer esses limites, a fim de consolidar parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, Barroso (2012, p.26) buscou delimitar as situações que comumente exige-se a intervenção :

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Diz-se que ativismo judicial e a judicialização são primos. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, a principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, conforme colaciona Barroso (2012, p.26)

Em princípio o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Mas o que se destaca do presente estudo, não é a necessária diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política pública, pois o panorama que se faz diante do presente quadro social do Brasil, vislumbra a necessidade do Poder Judiciário em intervir em determinados casos.

Portanto, a reflexão que se faz, concerne ao intervencionismo do Poder Judiciário nos demais poderes, cuja atribuições são específicas.

2.2 A separação dos poderes

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de poderes” foram lançadas na Antiguidade Grega por Aristóteles, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos; a de aplicar as referidas regras ao caso concreto e a função de julgamento; dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (LENZA, 2011, p.433).

Acontece que em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa. Contribuindo, portanto, no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas apesar de exercidas por uma única pessoa (LENZA, 2011, p.433).

A teoria de Aristóteles seria aprimorada pela visão do Estado liberal burguês desenvolvida por Montesquieu, além da identificação do exercício das três funções estatais, inovou dizendo que tais funções estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Onde cada poder exercia uma função típica (LENZA, 2011, p.433).

Segundo Lenza (2011, p.433):

A teoria da “tripartição de Poderes exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados Modernos, só que de maneira abrandada”. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos.

Dessa forma, cada Poder além do exercício da função típica, exerce conjuntamente outras duas funções atípicas.

Acontece que após a promulgação da Constituição de 1988, diante da descrença populacional nos demais Poderes, sendo eles o Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário

passou a ser acionado pela população a fim de verem seus direitos, já positivados na supra mencionada Constituição, realizados.

2.3 A Atuação do Poder Judiciário como instrumento de realização dos Direitos Fundamentais

A descrença populacional dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e efetivação das políticas públicas, fruto do descaso e inadequação na aplicação de verbas nos direitos fundamentais de segunda geração como saúde, educação entre outros garantidos positivamente pela Constituição de 1988, acabou por requerer maior demanda de ações pertinentes à saúde ao Poder Judiciário.

O Art. 196 da Constituição Federal nos traz a positivação da saúde, e a doutrina a muito se dedica a sua interpretação, o Ministro Gilmar Mendes, em sede de voto do Agravo de Instrumento, STA 175-Agr/CE, faz brilhante análise da essência do artigo, frente às recorrentes tentativas do Estado em suspender Tutelas Antecipadas, Mandados de Seguranças entre outras medidas paliativas de resguardar os direitos expostos pela Constituição. Portanto assim estabelece:

(1) "direitos de todos" e (2) "dever do Estado", (3) garantido mediante "políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", (5) regido pelo princípio do "acesso universal e igualitário" (6) "às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A garantia judicial da prestação individual da saúde, dimensão destacada pelo Ministro Celso de Mello relator do AGR-RE 271.286-8/RS ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo, reduzindo a uma relação obrigacional entre o indivíduo e o Estado, estaria condicionada pelo binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado), sem afetar o funcionamento do SUS, a ser fundamentado de forma concreta em petição.

É possível identificar, na redação o referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição (STA 175-AGR/CE)

Está expresso também no Art. 196, o dever do Estado de desenvolver políticas públicas, portanto temos o dever do estado na efetivação de políticas públicas a fim de

garantir a redução do risco de doenças bem como o acesso universal e igualitário às ações, fruto da inafastabilidade do judiciário.

Porém, quanto à legitimação do Poder Judiciário em decidir tais demandas, por crítica se tem que o juiz, possui apenas conhecimento da *micro* justiça, atingindo direitos de outrem ao determinar o cumprimento de ordem judicial, por não permitir manifestação da Administração pública, e dentre a escassez de recursos públicos, há a necessidade de “tirar de muitos para um”.

Argumentações contrárias às decisões versam sobre a repercussão econômica ocasionada pelas decisões, ademais, o Brasil país rico em recursos, crescente economia, e recentemente foco de eventos esportivos, um país com os maiores impostos do mundo e também com grande número de Políticos Corruptos, eleitos pelo povo que controversamente, veem ao Judiciário, órgão que na maioria são compostos por aprovados em concursos de provas e títulos ou nomeação, como é o caso dos ministros do STF, pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, reivindicar por políticas públicas não executadas pelos eleitos no exercício da democracia.

Assim segue jurisprudência neste sentido:

Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde (STA 175-AGR/CE).

A maior instância do Poder Judiciário, o STF, que atua no controle concentrado de constitucionalidade, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes, é mais sensível a tais críticas,

detentor atualmente de maior representatividade, e maior visibilidade social, pois podem o Estado e a população acompanhar os votos de cada ministro que formam precedentes.

Para Barroso (2007, p.91) “Na complexa ponderação aqui analisada, o que está em jogo, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”, considerando-se, ao final, que não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a desfrutar de aplicabilidade imediata por juízes e tribunais. A intervenção do Poder judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço à saúde.

De forma a tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, temos a doutrina da efetividade, que se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico- acadêmico, que deu reconhecimento de força normativa às normas constitucionais (BARROSO, 2007 p.91).

Essas, portanto são dotadas do atributo da *imperatividade*, de forma que ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetado e restauração da ordem jurídica por meio da *ação* ou *jurisdição*. Em caso de conflito de normas de mesma hierarquia, cabe ao órgão competente ponderar os princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada (BARROSO, 2007 p.92).

A ideia de Estado Democrático de Direito é a síntese de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia por sua vez, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.

Aduz-se que é um dever do Poder Judiciário resguardar o mínimo existencial de qualquer pessoa no cumprimento dos direitos fundamentais, independente de violação da competência da Administração Pública. Traduz o brilhante ministro Gilmar Mendes no voto da STA 175-Agr/CE :

Ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Há uma falta de procedimentalidade das ações que postulam por políticas públicas muito se fala em reforma política, porém, há de se falar em racionalizar a judicialização, pois, Ainda em voto o Ministro Gilmar Mendes prolata:

Independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, pecas processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde [...].

Desta forma, o Poder Judiciário toda vez que possuir em mãos, pedidos de efetivação dos direitos fundamentais, deve conseguir analisar a *macro* e a *micro* justiça, para que sempre que possível consiga conciliar as duas dimensões, a fim de não prejudicar uns em detrimento de outros e garantir a realização dos direitos postulados, pois sua interferência se faz necessária em alguns casos.

2.4 Interferência do Poder Judiciário em relação à Saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos

A Constituição Federal traduz em seu texto a competência do Poder Judiciário de utilizar-se de todas as fontes do Direitos para a garantia do Estado Democrático de Direito. Aduz Gottëms e Siqueira, (2008, p.12) “que a evolução dos direitos fundamentais dá-se no sentido da busca pelo bem comum e na proteção integral da dignidade da pessoa humana”. Cabe então tão somente aos juízes ponderar os princípios constitucionais e direitos fundamentais que poderão estar contrapostos.

Dito de outra forma, o Brasil constitui-se em um Estado intervencionista e tem o dever, por mandamento constitucional, de intervir concretamente na realidade social para efetivar, concretizar, os direitos fundamentais. Estamos diante de um Estado prestacional, diverso do modelo liberal. (GOTTËMS, SIQUEIRA, 2008, p.12)

A condenação do Poder Público ao pagamento de tratamentos insensatos, dotados de sentimentalismo por parte dos julgadores, enquanto que se discute ainda qual ente federativo competente para a prestação, melhor tradução aduz Machado (2010, p.9) pois vítimas da própria cura podem levar a não realização prática da Constituição “Tais excessos e inconsistências põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”.

Desta forma, sem querer esgotar o assunto, mas fazendo apenas breves considerações sobre o tema, uma citação de Barroso (2007, p.91), ainda como advogado, uma vez que, doravante nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

O Poder Judiciário deve sempre respeitar o Poder Legislativo na formulação das listas de medicamentos, fruto da sua competência em formular políticas públicas, pois suas decisões possuem caráter objetivo, dotados de informações, estatística, pesquisas sociais, enquanto que os magistrados possuem em mãos, casos específico e delimitados diante das pretensões dos autores, conforme prevê Silva; Santinho (2013, p.5) “No âmbito do Poder Judiciário, as decisões são tomadas com base na íntima e pessoal convicção do juiz, segundo sua interpretação do ordenamento jurídico”.

Tendo em conta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, até porque envolve a busca permanente do princípio da dignidade da pessoa humana, o poder público encontra-se vinculado à observância dos direitos fundamentais nas suas diversas manifestações. Nesta esteira, deve o poder estatal tomar as providências necessárias no sentido de realizar os direitos fundamentais (GOTTÊMS, SIQUEIRA, 2008, p.15).

Ainda que possuam como característica a aplicabilidade imediata, pela Constituição Federal se tratar de norma programática, necessitam de normas infraconstitucionais para dar efetividade ao mandamento constitucional (GOTTÊMS, SIQUEIRA, 2008, p.4).

O que se presume é a interferência paulatina e preventiva do Poder Judiciário, enquanto protetor da execução dos direitos fundamentais pelos demais Poderes, assegurando-se de que estes sejam efetivados, havendo intenfêrências somente em casos excepcionais de negligência da prestação, havendo um equilíbrio nas funções determinadas aos Poderes.

Pois é exatamente o equilíbrio no fornecimento de políticas públicas o mais complexo, pois sendo essas o planejamento para execução dos serviços públicos surgem algumas tensões:

O ônus da democracia não é criar o consenso da maioria, mas buscar o atendimento aos interesses da totalidade dos cidadãos. Nessa tarefa, o administrador encontra várias dificuldades. Atentos aos limites desse trabalho, debruçamo-nos sobre três dificuldades surgidas na concretização das políticas públicas: **a tensão entre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial**; a tensão entre o princípio da separação de Poderes e a função contra majoritária; e a tensão entre a discricionariedade do administrador e a esperada eficiência de suas ações (SILVA; SANTINHO; 2013, p.3, grifo nosso).

A discussão existente quanto ao espaço do Poder Judiciário para discussão das matérias relativas aos direitos sociais de segunda geração, especificadamente a saúde, ganha força a partir do momento em que o Estado como um complexo representativo dos três poderes, se escusa da prestação com fundamento na Reserva do Possível, conforme delineado no próximo capítulo, enquanto que o particular busca o cumprimento dos preceitos da Constituição a fim do “Mínimo Existencial”.

CAPÍTULO 3 – RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: PARÂMETROS DE ATUAÇÃO JUDICIAL

A tensão existente entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial parte da premissa da judicialização, o particular vêm até o judiciário garantir a efetivação dos direitos sociais, cuja onerosidade é elevada, quando comparada aos demais direitos fundamentais, enquanto que o Estado norteado pelos princípios orçamentários se vê alijado diante da determinação judicial para a prestação dos serviços. Desta forma Lazari (2012, p.9) determina o estudo conjunto das matérias :

Por navegarem em mesmas águas de insuficiência orçamentária estatal, de custos dos direitos, de escolhas trágicas, de força normativa dos princípios, de juridicidade constitucional, e de ativismo judicial, devem a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial ser estudados conjuntamente.

A Reserva do Possível (“Der Vorbehalt des Möglichen”), matéria alegada quando se trata da onerosidade dos direitos sociais e o custo que possuem para os cofres públicos, surgiu no mundo jurídico pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGR 33, 303 , oriundo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelo Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, cujo objeto foi a requisição por um estudante, de vaga para ingressar e cursar medicina em uma universidade pública, embasado na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão (LAZARI, 2012, p.153; MARTINS, 2010, p.42).

No entanto, diante da falta de vagas e estrutura física das universidade de *Hamburg* e da *Baviera*, a Corte Federal Alemã sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer a efetiva implementação dos direitos, que deveria ser observado o Princípio da Razoabilidade no presente caso, não podendo exigir do Estado mais do que ele pode prestar, e ainda que houvesse determinação para tanto, transcende a sua esfera as condições físicas da universidade de suportar mais um estudante. Tendo em vista a escassez de vagas diante de todos os interessados em frequentar as academias públicas (MARTINS, 2010, p.43; OLIVEIRA NETTO, 2010, p.1).

O sistema universitário alemão, em algumas áreas do conhecimento, experimentou crescimento exponencial que o levou à hipertrofia, fazendo com que estudantes tivessem de aguardar a abertura/disponibilidade de vagas para o início da profissionalização desejada. Mas, ao invés de uma determinação cega de acesso ao ensino dos universitários postulantes, reconheceu que obrigar a Administração Pública a proceder à matrícula de

um pelejante em curso superior credenciaria potenciais postulantes a pelejantes a atitudes tão egoísticas como a que ensejou a ação do julgado em evidencia, e o pior, com garantia de provimento, afinal se concedido o acesso universitário para um, em nome do normativo princípio da igualdade, também deveria sê-lo para outros. Assim, o tribunal alemão alertou para o risco, ainda em forma embrionária, de que uma decisão favorável incondicionada, sem quaisquer pestanejos, em prol de quem pleiteia, poderia desencadear um alto volume de ações idênticas no Poder Judiciário, fazendo com que a via, inicialmente vista como segura, não desse vazão aos excessos, justamente pela incapacidade da Administração de atender a todas as determinações judiciais (SIQUEIRA; LEÃO JUNIOR, 2011, p. 254).

O princípio do Mínimo Existencial possui também origem na Alemanha, no início a década de 1950, por meio de construção do Tribunal Federal Administrativo daquele país (“Bundesverwaltungsgericht”), encontrando seu ápice na década de 1990, já na Corte Constitucional, tendo como precursor no Brasil no final da década de 1980, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, Ricardo Lobo Torres (LAZARI, 2012, p.69-70).

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo diversos direitos fundamentais, comum aos países em desenvolvimento como o Brasil a positivação em demasia como medida à manutenção de suas recentes democracias. No entanto essa demasia de preceitos, pode levar ao descumprimento na mesma proporção, assim aduz Lazari (2012, p.41-42) “pode levar a negativa paradoxal – e, portanto, inadmissível - consequência de uma carta magna cujas finalidades não condigam com seus próprios prescritos” .

Quando se vincula diretamente uma Constituição, de cunho hodierno eminentemente jurídico, à implementação de políticas sócias, retira-se a concretude do Texto Constitucional para transforma-lo num *documento compromissário em potencial liquefação à medida que estas políticas forem sendo levadas a efeito*. [...] A lei maior brasileira é documento *compromissário* e em *liquefação*, sim, *mas sem que a implementação de políticas sociais esteja ocorrendo como deveria*, condição imperiosa para admitir-se como validos os adjetivos “compromissário” e “liquefação” *supramencionados* (LAZARI, 2012 p.42).

E é nessa situação que há discussão, onde a Constituição Federal trás a previsão dos direitos sociais, ou seu subgrupo específico aqui determinado de Mínimo Existencial, e o Estado sendo legítimo à efetivação das políticas públicas não o faz, sendo então o Judiciário procurado pelo particular como forma de determinar ao Estado o cumprimento, no entanto o Estado utiliza a escusa da Reserva do Possível, alegando não possuir recursos orçamentários para tal.

3.1 Reserva Do Possível

3.1.1 Conceito

O princípio da reserva do possível, assim denominado como princípio, pois reside na “lógica dos mais ou menos” de Dworkin conforme melhor explica Lazari (2012, p.52-53) “pela qual os princípios competem formar uma equânime relação entre elementos preponderante e preponderado, a ela devem ser opostas outras normas principiológicas no sentido de se chegar ao que é devido”, por isso entende-se que a aplicabilidade do princípio não é absoluta, como a regra, pois a ela podem ser opostas outros princípios para que aja a ponderação.

Por ser intrinsecamente ligado ao orçamento público infere-se ao Princípio da Reserva do Possível, os custos que determinados direitos sociais possuem aos cofres públicos à implementação destes, melhor tradução aduz Canotilho (1997, p.477):

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõe grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vrbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.

Deste conceito traduz elementos para a argumentação da Reserva do Possível.

3.1.2 A reserva do possível como exclusiva matéria de defesa do Estado

Partindo da premissa de que o particular que tendo débitos decorrentes de formas obrigacionais, obrigação de fazer/não fazer, não pode alegar Reserva do Possível, pode-se afirmar que é *matéria exclusivamente de defesa do Estado*. Ainda mais, por se tratarem os direitos sociais de sua competência e para realização dos preceitos contidos na Constituição Federal, ou quando se fala em saúde, na formulação das políticas públicas, ao Estado caberá o ônus de contrariar essa determinação (LAZARI, 2012, p.43).

3.1.3 A reserva do possível e o ônus de prová-la exclusivo do Estado

Do mesmo modo que constitui ao Estado matéria exclusiva de defesa, a ele compete o ônus probatório, conforme delineia Fazio (2014, p.5) o argumento é bastante limitado “somente pode ser invocado quando não se tratar de mera “falta de vontade política” e não

houver descumprimento de previsão legal ou constitucional acerca da opção política a cargo do legislador ou do administrador”, ainda compete ao Estado, na pessoa do ente federativo demandado, o ônus de provar a insuficiência orçamentária e a constitucionalidade da opção adotada entre direitos fundamentais colidentes (adequação, proporcionalidade e ponderação).

De toda forma, compete ao Estado provar:

Isto é, inclusive, medida de proteção para evitar que se incumba ao autor da demanda provar a existência de recursos orçamentários, o que dificultaria, além o direto à prova, em sentido específico, o acesso à justiça, em âmbito generalíssimo (LAZARI, 2012, p.44).

Portanto, a demonstração da situação casuística ensejadora da “reserva”, sem qualquer possibilidade de inversão do ônus ao particular que pleiteia ou distribuição da competência do ônus de provar, constitui garantia ao acesso à Justiça (LAZARI, 2012, p.44).

3.1.4 A reserva do possível e a sua alegação excepcional

Como fundamento de defesa do Estado, somente poderá alegar excepcionalmente, não podendo alegar a toda e qualquer demanda, somente comporta segundo Lazari (2012, p.44):

Àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade. Desta forma, uma consequência processual é que, caso a reserva do Possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso especificado não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força deste caráter de excepcionalidade.

Tal caráter de excepcionalidade frente à ponderação a ser realizada quando se trata de mais de um direito social, ou um direito social e vários direitos individuais. Importante a distinção entre “inexistência de recursos” e da “escolha alocativas de recursos”, enquanto que a primeira raramente ocorre num Estado de grande arrecadação e distribuição de bens sociais, a segunda geralmente ocorre num Estado onde a distribuição é maior que a arrecadação como é o caso do Brasil (LAZARI, 2012, p.45).

Para Lazari (2012, p.45-46) “Se é fato que critérios devem ser observados para a concessão de direitos sociais, *contrariu sensu* significa dizer que critérios devem ser observados, também, para a não concessão de direitos sociais.”

Assim, os critérios devem sempre visualizar a concretização dos direitos sociais, pois a regra é a não aplicação da Reserva do Possível, aplicando-a somente em última hipótese (LAZARI, 2012, p.45-46).

3.1.5 A dimensão tríplice da reserva do possível

Quando se fala em Reserva do Possível, deve-se pensar na disponibilidade de recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, ainda, a proporcionalidade constituem segunda Lazari (2012, p.46) a “dimensão tríplice da Reserva do Possível”.

De toda forma a Reserva do Possível trata-se de matéria de defesa a ser alegada pelo Estado, e incumbe a somente ele o ônus de provar e argumentar contra o que lhe foi determinado. Ainda, possui caráter de excepcionalidade, ultima ratio, respeitando o aspecto tríplice de disponibilidade dos recursos, e de materiais e humanos, e a proporcionalidade.

3.1.6 Crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro

Discute-se a argumentação pelo Estado Brasileiro da Reserva do Possível pois na Alemanha, onde surgiu esta argumentação, embora não possua previsão em sua Lei Maior de direito social, o quadro econômico pós-guerra que se encontrava já favorecia a maximização na implementação de políticas públicas. Assim a Reserva alegada na Alemanha, traduz que muito já havia sido feito pelo Estado, enquanto que no Brasil pleiteia-se pelo mínimo previsto como deveres intrínsecos a Constituição, a justificativa é mais econômico-política que jurídica propriamente dita. Melhor entendimento aduz Lazari (2012, p.57):

Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é porque muita coisa antes já foi feita pelo Estado, e o que se pede é sobrepujante. A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos do chão”, como em tese ocorre com o Brasil.

Outro argumento encontra exatamente no campo da judicialização da política e a interferência do poder Judiciário nos outros poderes, Legislativo e Judiciário:

Se um dia o Executivo impôs as regras do jogo no Primeiro Estado Francês cabendo ao Judiciário apenas a função apendicular de “boca da lei” tão obliquada por Montesquieu, e se depois da Revolução Marselhesa – até o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, diga-se de passagem – foi a vez da hipertrofia do Legislativo e seu prisma eminentemente político de enxergar as coisas, o fato é que no Estado Democrático de Direito assiste-se ao emergir do Judiciário como garantidor da força normativa da Constituição ainda que, para isso, precise abandonar a cegueira imparcial de Têmis, a deusa grega da Justiça (LAZARI, 2012, p.57-58).

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender as necessidades sociais, sim, mas, é utópica a argumentação para um particular que o Estado não possui disponibilidade financeira para custear o tratamento irrazoável a que pretende, em um país onde se vê nos

diversos meios de comunicação o desvio de verbas e a corrupção enraizada em todas as esferas governamentais.

O último argumento reside no desvirtuamento da Reserva do Possível quando comparada à sua congênere alemã, que a torna “sui generis”, para Lazari (2012, p.58) “fato decorrente de uma cisão do instituto em *limitação fática* (objeção da falta de recursos) e *jurídica* (objeção da indisponibilidade de recursos)” sendo somente a limitação jurídica de indisponibilidade de recursos seria a real “reserva de orçamento”.

Assim, quando decidem os tribunais pela existência de limites materiais que efetivamente impedem o Estado e cumprir com seu escopo constitucional (limitação jurídica), significa dizer que fatores orçamentários pré-considerados foram respeitados, o que diminui o sentimento de injustiça naquele que teve seu pedido negado (LAZARI, 2012, p.59).

Enquanto que a limitação fática criação genuinamente brasileira, se acena pela recusa do pleito, simplesmente porque entendeu que não era caso de impor à Administração uma obrigação de pagar/fazer dar, sem argumentação plausível, lembrando o ônus de provar exclusivo do Estado. Situação contraditória que opta-se por defender a exclusão de nosso ordenamento do fundamento “Reserva do Possível” (LAZARI, 2012, p.59).

Há um suposto desvirtuamento da Reserva do Possível no Brasil, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal que busca por critérios pré-estabelecidos, como a realização de audiências públicas para definição de parâmetros no que tange à determinação do fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário sem que implique afronta à separação de funções.

O Princípio da Reserva do Possível constitui óbice ao bom desenvolvimento do ativismo judicial na determinação do cumprimento de políticas públicas, há de se defender parcial adequação no modo como se encara a questão (LAZARI, 2012, p.59).

Esta parcial adequação passa pela *supramencionadas* audiências das quais o STF vem buscando uma atividade dialógica com a sociedade. Com efeito, sequer se deve cogitar a ilegalidade/inconstitucionalidade da atitude judiciária em substituir-se às atualmente improfícuas funções legislativas e administrativas para suprir as necessidades constitucionais da população. Mas que o faça com critérios – e, portanto, objetivamente – e, ainda, que não o faça exclusivamente, como bem trabalhado Peter Häberle em sua “sociedade aberta”. O ativismo judicial não pode ser utilizado como um “super herói” para quem dele necessita, tao menos como “um remédio para dormir” do magistrado que, em favor de um estado de consciência tranquilo, anui a tudo de caráter social que lhe pleiteia. É dizer: também o ativismo judicial deve encontrar limites, e um destes limites certamente é a Reserva do Possível. (LAZARI, 2012, p.59-60)

Conforme já visto nos capítulos anteriores a intervenção do Poder Judiciário é medida que se faz necessária à implementação de políticas públicas. No entanto deve haver um limitador de excessos, e, é justamente a Reserva do Possível que desempenhará este papel.

3.2 Mínimo Existencial

3.2.1 Conceito

Pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares a fim de garantir o princípio da dignidade humana. Desta forma, constituem um subgrupo dos direitos sociais, sendo estes intrínsecos a subsistência. Segundo Grinover (2008, p.5) “O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”.

Para Barroso (2007, p.95) “O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais”. De forma que se compreende a saúde um direito social fundamental, correspondente ao mínimo existencial garantido pela Constituição.

A questão da possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário ante a ausência ou insuficiência desta atividade no âmbito administrativo. E, mais especificamente neste campo de argumentos, se discute os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial como institutos complementares ou paradoxais. Desta forma, se os direitos sociais são essencialmente direitos a prestações, lhes fazendo contraponto justamente o alto custo do processo de uma individualização, tal factualidade faz com que, como defesa à recusa do Estado em cumprir os preceitos constitucionais, o “mínimo” seja alegado apenas para este espécie de direitos fundamentais (LAZARI, 2012, p.87).

A determinação pelo Poder Judiciário para o fornecimento de medicamento individualizado, ou seja, o favorecimento de um em detrimento de vários, traduz a lógica do “cobertor pequeno”, determina-se o gasto de um lado e acaba retirando de outro, desta forma o argumento do particular em prol da Reserva do Possível, é a exigência do mínimo.

Conforme conceituado à princípio, o que difere o Mínimo Existencial do Brasil e da Alemanha é justamente que o mínimo a ser exigido em terras tupiniquins é o *mínimo do mínimo*, o Estado não garante o mínimo da dignidade humana, enquanto que em terras germânicas o Estado já garantiu o mínimo e utiliza a escusa da Reserva do Possível para evitar os excessos.

Ao que parece o reconhecimento do mínimo não há de ser incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização da pretensão. Desta forma quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deve ser a escusa do cumprimento.

Ainda, ao considerar o Mínimo Existencial como princípio, de mesma natureza jurídica da Reserva do Possível, voltamo-nos a ponderação a ser realizada por aquele que aplica, em prol da essencialidade e excepcionalidade.

Uma crítica que se pode fazer a essa natureza jurídica é que considerar o “mínimo” princípio lhe retiraria justamente seu caráter de salvaguarda última, vez que, mesmo este derradeiro foco de normatização social deveria se submeter ao funcionamento hermenêutico constitucional. Em outras palavras, diz-se que se o “mínimo” também é princípio, ele pode muito bem ser afastado, o que desnatura por completo o motivo para o qual foi criado. (LAZARI, 2012, p.84)

Para Lazari (2012, p.84) “ De fato, considerar o “mínimo” um princípio como todos os demais o renega à vala comum de uma ponderação que pode ser fria e, conseqüentemente, injusta. Mas isso, por si só, não autoriza a dizer que o instituto não é princípio”.

No entanto, o Mínimo Existencial é dotado de alta carga valorativa, sendo a ponderação algo intrínseco a si, fato que torna impossível que, dentre princípios, valores e regras, estes dois últimos sobreponham-se ao primeiro (LAZARI, 2012, p.84).

Isso reflete no Princípio da Reserva do Possível, que poderá, perfeitamente, ser oposto ao Princípio do Mínimo Existencial, para que ambos sejam devidamente sopesados. Mas, para que a “reserva” prevaleça, quando do lado requerente estiver o “mínimo”, é bom que o argumento estatal seja sólido, do contrário, este último imperará. (LAZARI, 2012, p.85)

Relembrando que o ônus exclusivo de provar do Estado e a excepcionalidade que deve ser alegada a Reserva do Possível, remete a argumentação plausível a ser utilizada contra o Mínimo Existencial, pois conclui-se que, se a defesa do Estado não possuir fundamentos suficientes, conceder-se-à o que foi pleiteado pelo particular.

3.2.2 O Mínimo existencial como alegação pelo particular em face do Estado

O cenário comum na alegação do Mínimo Existencial, é o particular pleiteando ao Estado o suprimento de direito fundamental social, que difere da Reserva do Possível cuja alegação compete ao Estado. Para Lazari (2012, p. 70-71):

Convém deixar claro que não deve ser o Mínimo Existencial cláusula apta a, por si só, inverter o ônus da prova para o Estado, dada a necessidade de, ao menos, indícios de sua caracterização, bem como de argumentos que possam

sensibilizar o juiz acerca da possibilidade de um eventual afastamento do Princípio da Reserva do Possível alegado pelo Estado.

A reserva do Possível não comporta inversão do ônus da prova ou de sua distribuição dinâmica, assim o juiz pode ter em mãos a alegação do Estado *versus* o particular pleiteando o mínimo. De forma que, o magistrado fará a ponderação entre os princípios em paridade de armas. (LAZARI, 2012, p. 70-71)

3.2.3 Reconhecimento de ofício do mínimo existencial

No tocante ao momento processual que poderá ser reconhecido o pleito do mínimo existencial, discute-se o reconhecimento de ofício pelo magistrado que recebe a petição inicial solicitando o suprimento de direito fundamental social de subsistência, mesmo que não demonstrado pelo particular.

Em que pese a ampla divergência do tema, o reconhecimento de ofício representa a antecipação do mérito de procedência e levaria à bancarrota o Princípio da Reserva do Possível, sendo que, para situações emergenciais de proteção a antecipação do mérito se dá por meio de outros instrumentos processuais que denotam o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, como a antecipação de tutela. Por mais que o ônus de provar seja exclusivo ao Estado, o particular que não demonstrar quaisquer argumentos hábeis a procedência, não obterá sucesso em seu pleito, visto a argumentação exclusiva da Reserva do Possível pelo Estado, melhor argumento nos aduz Lazari (2012,p.74):

Critérios precisam ser estabelecidos para se chegar a uma fórmula o mais próxima possível da realidade hodierna, que é de acúmulo de ações sociais em detrimento de um generalizado cenário de insuficiência estatal, de forma que a permissão de indistinto reconhecimento de ofício do mínimo pelo juiz pode levar ao colapso o orçamento estatal.

Partindo do premissa que o não reconhecimento de ofício do “mínimo” pelo juiz é o “cenário comum”, o seu reconhecimento de ofício nos remete ao já discutido no presente trabalho, o ativismo judicial, onde o Poder Judiciário diante da possibilidade de implementação de direitos sociais, cuja potencialidade não pode ser desperdiçada diante da programaticidade da Constituição Federal e a boa vontade do Estado, pode intervir, sendo uma das melhores formas de fazê-lo criteriosamente por meio do Mínimo Existencial (LAZARI, 2012, p.78).

Se o “mínimo” é matéria de mérito, deve haver cautela o julgador ao aplicá-lo, seja porque o sistema jurídico pátrio veda, como regra que se reconheça matérias de mérito de ofício, seja por causa do risco de que uma pessoa que não necessite realmente seja beneficiada com decisão implementadora, em

detrimento a negatória de outro pedido em que essa necessidade for mais clarividente (LAZARI, 2012, p.78).

A alegação do Mínimo Existencial não exime o Estado do cumprimento dos demais direitos fundamentais sociais positivados, seu objetivo é assegurar que ao mínimo seja dada atenção redobrada e a oposição pela Reserva do Possível traga elementos factuais plausíveis de argumentação. Pois, conforme supra mencionado o ônus de prova compete ao Estado, e qualquer argumentação que não for reconhecida, seja convalidado o Mínimo.

No entanto, trata-se do reconhecimento de ofício pelo magistrado de sua existência, de forma que a intervenção do Poder Judiciário nas outras esferas por vezes se faz necessário como garantidor dos preceitos fundamentais, assim denominado Ativismo Judicial, devendo o particular trazer ao conhecimento do julgador a clarividente necessidade dos direitos que persegue.

3.2.4 O Direito à Saúde no Mínimo Existencial

Tanto no Brasil como na Alemanha onde teve origem, o Mínimo Existencial não possui previsão legal na Constituição federal, utiliza-se de construção doutrinária e jurisprudencial, para tratar da divergência de conteúdo. Pode ser extraído do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), do princípio da igualdade substancial, e sobretudo, do Estado Democrático de Direito (art.1º, caput, CF) (LAZARI, 2012, p.71-72)

Ademais a excessiva tipificação de direitos sociais na Constituição Federal, onde em seu artigo 6º assegura genericamente “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados”. Faz com que existam diversas combinações para se definir o subgrupo qualificado dos direitos sociais, indispensáveis a condição mínima de existência digna. Conforme delimita Lazari (2012, p.88) “o conteúdo *macro* do Mínimo Existencial são os direitos sociais. Resta tentar delimitar seu conteúdo *micro*”.

O inchaço do “mínimo” pode descaracterizá-lo e leva-lo à bancarrota, como já dito, por isso a restrição contenedora ser a mais adequada. Agora, quanto a tais direitos coletivos *supramencionados*, nada impede que se exija-os do Estado, pois, repetindo o que já foi defendido em outro momento, o Estado não se compromete apenas com o “mínimo”, mas a tudo quanto previsto na Lei Fundamental de 1988 (LAZARI, 2012, p.88).

No entanto é no direito à saúde que se encontram as principais divergências, justamente por se tratar de um direito social de custo elevado aos cofres públicos e a

oponibilidade da Reserva do Possível, mas também por ser um direito intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Esse acirramento de ânimos no que diz respeito à saúde se dá tanto porque, de todos os direitos sociais, este é o que mais perto está do direito fundamental individual à vida, do art. 5º, caput, da Constituição pátria, como porque são visíveis os avanços da medicina/indústria farmacêutica nos últimos tempos – embora não sejam menos cristalinos os preços praticados no setor. É dizer: o direito fundamental à saúde tem custo de individualização exacerbado (LAZARI, 2012, p.93).

Ainda por ter custo de individualização exacerbado Lazari (2012, p.94) aduz o caráter híbrido da saúde “em considerando seus enfoques positivo – o direito individual de receber saúde -, e negativo – o dever do Estado fornecer saúde”.

Extraí-se portanto do conteúdo da saúde como direito fundamental social quanto ao momento prestacional, que no campo da prevenção os custos são menos onerosos do que no campo da reparação. Melho elucidada Lazari (2012, p.99, grifo nosso):

A **saúde preventiva**, porque além do seu baixo custo em regra, é dotada de grande proficuidade no fito de “cortar o mal pela raiz” – entendendo por “mal” a delibitação avançada da saúde do indivíduo -; a **saúde restauradora**, porque o Estado não pode se eximir de tratar daqueles que se encontram em crítico estado de sobrevivência, razão pela qual o assistencialismo dispensado aos pacientes deve se dar na “máxima intensidade possível”; e, por derradeiro, a **saúde pós-restabelecimento**, por um primeiro motivo muito próximo daquele alegado para a saúde preventiva, qual seja, a economia maior em meramente impedir que o “mal” volte, ao invés de trata-lo quando restabelecido, e por um segundo motivo, de melhorar a qualidade de vida daquele que já esteve próximo da sucumbência físico-mental.

A saúde é o principal direito fundamental social discutido quando se trata de mínimo existencial, presente no subgrupo *micro*, garantidores da vida digna, e Reserva do Possível, argumentação de defesa exclusiva do Estado, em razão das próprias normas programáticas presentes na Constituição Federal que determinam a formulação de Políticas Públicas pelos entes federativos e pelo auto custo de individualização que possuem, cabe aos doutrinadores e aplicadores do direito portanto, a formulação de meios alternativos para que nem todas as pretensões desta natureza cheguem ao Poder Judiciário, a fim de evitar interferências desnecessárias, escolhas trágicas, o colapso do orçamento estatal, e a bancarrota dos próprios princípios aqui discutidos.

CAPÍTULO 4 – BREVES CONSIDERAÇÕES DAS ESTRATÉGIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA LIDAR COM ESSA REALIDADE

4.1 Críticas a judicialização excessiva

Uma das críticas mais frequentes à judicialização diz respeito a programaticidade da norma constitucional. O artigo 196 da Constituição Federal, que trata da saúde, diz que a garantia do direito a saúde se dará por meio de “políticas sociais e econômicas”, e não por meio do Ativismo Judicial e Judicialização que interferiria na legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo, visto que a lei claramente defere competência a estes para formulação de políticas públicas (BARROSO, 2007, P.104-105).

Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988 (BARROSO, 2007, p.105).

Ainda quanto à interferência do Poder Judiciário, uma terceira impugnação, diz respeito à intrincada questão da legitimidade democrática, onde se retira o poder dos eleitos por voto popular de que modo devem ser gastos os recursos públicos e transfere aos concursados ou escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, como é o caso dos ministros do STF.

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. (BARROSO, 2007, p.105)

A crítica mais frequente retorna ao orçamento público e a “Reserva do Possível”, que já estudamos em capítulo anterior, onde o custo elevado dos direitos e as escolhas trágicas efetuadas pelos magistrados conhecedores apenas da *micro* justiça determinam tratamentos irrazoáveis que tendem a comprometer os recursos públicos destinados ao custeio de políticas públicas para toda a coletividade, elucida Barroso (2012, p.106) “Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente,

impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública pois privariam a Administração Pública de se planejar. Ainda Para Barroso (2007, p.105) “Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”

O Princípio da Reserva do Possível é instrumento necessário à manutenção das finanças dos países em que a transição do Estado Social para o Estado Democrático se opera de maneira paulatina, como é o caso do Brasil. Não se deve refutar a atividade judiciária e determinar a implementação de políticas públicas substituindo-se às funções administrativa e legislativa, vista haja ser o fenômeno da judicialização da política um processo natural da força normativa da Constituição. Mas, de toda forma, não se pode permitir que o ativismo judicial ocorra à margem de um controle de qualidade. Uma das formas de controlar o ativismo judicial é a “reserva”, sobretudo em considerando o início do processo de desenvolvimento de critérios, como fez o Supremo Tribunal Federal na questão do fornecimento de medicamentos. (LAZARI, 2012, p.154-155).

O ativismo judicial e a judicialização da política não podem ser amplamente admitidos, nem absolutamente vedados, mas devem sofrer restrições constitucionais, Fazio (2014, p.1) delimita ainda que “através da análise e intensificação de exigência de fundamentação racional das decisões judiciais, ponto de partida para sua legitimidade e necessário controle no âmbito do Estado Democrático e Constitucional de Direito”.

Ainda, segundo Barroso (2007, p.108) “ O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”. A crítica aqui presente tange ao conhecimento do Judiciário, da técnica empenhada para formular e instituir políticas públicas, não possui dados necessários para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, não é sua sua função como Poder Judiciário a instituição do políticas públicas, de forma que nunca possuirá os argumentos fáticos necessários a sua formulação (BARROSO, 2007, p.108).

4.2 Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos

A tendência do Poder Judiciário é determinar que a Administração Pública forneça gratuitamente tudo quanto requerido pelos demandantes, fruto da própria constituição em não afastar a função de realizador das garantias fundamentais e garantir o acesso à Justiça, por vezes, desconsiderando o conteúdo de políticas públicas existentes para a área da saúde.

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao

litigante individual que obteve a decisão favorável (BARROSO, 2007, p.106).

O fornecimento de medicamentos é assunto intrínsecamente ligado ao orçamento público e conforme já visualizado, a Reserva do Possível pode ser oposta a qualquer dos direitos fundamentais, mas quando se tratar do Mínimo Existencial o estado deverá apresentar argumentos plausíveis a sua refutação. Lazari (2012, p 23) acrescenta:

Todos os direitos fundamentais, ainda que historicamente consagrados como “negativos”, isto é, de defesa do cidadão em face dos arbítrios do Estado, têm, em verdade, grande conteúdo “positivo”, por conta da exigência de participação do agente estatal em sua complementação.

Diante da programaticidade da Constituição Federal, extrai-se que a obrigação do Estado restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme o disposto no artigo 196, “garantido mediante políticas sociais e econômicas”.

Isto porque, segundo consta do julgado em análise, o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”, bem como adotou “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, “[...] que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses”. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tente a contrariar um consenso científico vigente (LAZARI, 2012, p.126).

Assim, tem-se que no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário (BARROSO, 2007, p.109).

Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos (BARROSO, 2007, p.109).

Entretanto, se inexistente o medicamento/ tratamento, é preciso saber se isto se dá por injustificada omissão administrativa, pois se a norma for descumprida em razão da “falta de vontade” do Estado, poderá o Poder Judiciário determinar o fornecimento do medicamento. Mas se o motivo fundado tiver por razão a proibição do medicamento pela ANVISA, apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir (LAZARI, 2012, p.128).

Contudo a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, visto a presunção relativa de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, segundo os próprios princípios da Administração Pública, não é absoluta (BARROSO, 2007, p.110).

Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos⁶¹. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário (BARROSO, 2007, p.110).

Poderá o Judiciário rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram no âmbito de ações individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O que Barroso (2007, p.110-111) propõe 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 [...]) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade”, onde vai se discutir a validade de alocações orçamentárias.

No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se. a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil. c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo. d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.: um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida (BARROSO, 2007, p.111-113).

Deve figurar no pólo passivo de ação judicial o ente federativo responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum (BARROSO, 2007, p. 113).

Observa-se, pois, que a decisão tomada pela Corte Constitucional pátria imbuiu-se de racionalidade, não se fundando exclusivamente apenas na

ponderação, na força normativa da Constituição, ou na dignidade da pessoa humana, mas também em preceitos capazes de conferir um senso de justiça e conformação às partes litigantes. Por certo, não é dado ao Judiciário saber de onde, exatamente, virá o custeio do que se requer, portanto, que se prolate decisões pautadas pelo equilíbrio, em que se evidencie o sopesamento de valores e o destemor de saber acatar ou negar com veemência um pedido, ainda que a questão seja “de vida ou morte” (LAZARI, 2012, p.128).

O que procura-se no presente trabalho é restringir à incondicionada intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas sob o manto do ativismo judicial, porque apesar da sua necessária intervenção como meio de realização dos preceitos fundamentais, a Constituição determina repartições de funções e o intervencionismo nos demais poderes, denota superioridade incondicional aos magistrados, situação que não pode permear no panorama brasileiro, pois além de desestabilizar a Administração com determinação de prestações de políticas públicas, acaba por abarrotar o Judiciário com esses pleitos.

4.3 Tensão entre a judicialização do direito à saúde, a gestão e orçamento das ações e serviços de saúde no estado de São Paulo.

Se por um lado temos a atuação do Poder Judiciário como instrumento de realização dos preceitos fundamentais, por outro lado temos as decisões judiciais que têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que diante de sentenças dotadas de sentimentalismo e prestações irrazoadas se veem compelidos a garantir prestações de direitos fundamentais sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (LAZARI, 2014, p.124).

Lembrou o ministro Gilmar Mendes que, em 5 de março de 2009, convocou-se Audiência Pública para ouvir as opiniões dos representantes dos diversos setores envolvidos nos assunto de política pública pertinentes à saúde. Após a exteriorização de vontades neste encontro, decidiu-se que é necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, tendo em vista que. Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas por força de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas (LAZARI, 2012, p.124-125).

Todavia, não estamos propondo a restrição do Judiciário para os casos de políticas públicas, mas a regularização, ou a procedimentalidade dessas ações, o estado de São Paulo adotou estratégias de defesa como o da ilegitimidade de parte, a reserva do possível, da separação dos Poderes, todos já discutidos no presente trabalho, preocupado com os abalos gerados no orçamento público, bem como a complexidade discutida, investiu em respostas

novas para enfrentar a realidade que se impunha a fim de reduzir o impacto da judicialização na organização de ações e serviços de saúde (YOSHINAGA, 2011, p.2).

Por apresentar forte tendência a atender os pleitos, de ofício ou por meio de tutela antecipada, sem audiência prévia dos gestores da saúde, assim delinea Yoshinaga (2011,p.2) “desconsiderando ações e serviços públicos de saúde, determina o fornecimento indiscriminado de tudo quanto requerido pelos demandantes possui um efeito desorganizador importante na gestão pública e no orçamento dos entes federados”, ao invés de focar na tensão que envolve as ordens judiciais que determinam o fornecimento indiscriminado de medicamentos e atendimentos de saúde pelos entes federados *versus*, a limitação dos recursos orçamentários desses mesmos entes (YOSHINAGA, 2011, p.2).

Além das críticas já empenhadas à judicialização e as desconsiderações feitas pelos magistrados em seus julgamentos como o conhecimento da *micro* e não *macro* justiça, o custo do direito à saúde e as as políticas públicas de distribuição de medicamentos já existentes (YOSHINAGA, 2011, p.3).

Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira apud Yoshinaga (2011, p.4) atentam aos prejuízos ocasionados ao Estado pelas sentenças:

Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira (2009, p.235-238) apresentam os custos financeiros de uma situação hipotética [...] em que o sistema público de saúde decidisse abandonar a lista de medicamentos (escolhidos por razões de segurança, eficácia e custo-benefício), oferecendo a todos os portadores dessas doenças os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado. Comparando esse valor com o custo total das ações e serviços públicos de saúde dos Municípios, Estados e União, o estudo chegou à impressionante conclusão de que os recursos financeiros necessários para implementar mencionada política seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde.

A escassez dos recursos, somada à complexidade das escolhas na seara da saúde, indica que o fornecimento individualizado de medicamentos via Poder Judiciário pode facilmente conduzir o sistema público de saúde ao colapso, devido ao alto custo de individualização do direito à saúde, os gastos com os beneficiários de decisões do Judiciário são muito superiores àqueles destinados ao custeio do programa governamental de saúde (YOSHINAGA, 2011, p.5).

O estado de São Paulo diante dessa realidade que caminha para a insustentabilidade decidiu interromper adotando medidas judiciais e extrajudiciais diferenciadas. Visualizou-se que principalmente a partir de 2004, o aumento do volume de ações que postulam a obtenção

de fármacos, tratamentos e insumos medicamentosos chamou atenção dos Administradores públicos (YOSHINAGA, 2011, p.5).

Diante dessa realidade, em 2008:

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu dentro da Área do Contencioso da Capital um setor especializado em saúde pública, a 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial, que acompanha ações que tramitam perante a primeira instância das varas da Capital e recursos referentes a processos provenientes de todo o Estado. A Secretaria Estadual de Saúde por sua vez, investiu na criação de uma equipe multidisciplinar: a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde (derivante denominada CODES), que funciona junto ao Gabinete do Secretário Estadual de Saúde (YOSHINAGA, 2011, p.6).

Esses dois grupos especializados passaram a se comunicar a fim de compreender a lógica do funcionamento do sistema público de saúde quanto as formas de lidar com o fenômeno da judicialização da Saúde, tendo como primeiro fruto dessa parceria a criação e implementação de um sistema informatizado para o controle das ações denominado “Sistema de Controle Jurídico” (SCJ) (YOSHINAGA, 2011, p.6-7).

Esse *software* instituído dentro da própria Secretaria Estadual de Saúde, concentra um banco de dados com as seguintes informações:

Nome do paciente, nome do médico prescritor, unidade de saúde de atendimento, tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, tipo de enfermidade, dados do processo judicial, nome do advogado do paciente, status de atendimento da ordem judicial, eventual condenação solidária com outros entes federados, etc. (YOSHINAGA, 2011, p.7).

O acesso às informações constantes deste *software*, SCJ, permitiu ao estado de São Paulo um conhecimento panorâmico da judicialização da saúde, como por exemplo, do mapeamento das ações percebeu-se que quem mais ajuizava as chamadas ações de medicamentos era a Defensoria Pública, e mais, que grande número de ações envolviam medicamentos já constante nas listas de medicamentos aprovados e disponibilizados, o que possibilitou a adoção de importantes medidas que se seguiram (YOSHINAGA, 2011, p.7-8).

Desde abril de 2008, consolidou-se uma parceria entre a Secretaria do Estado da Saúde e Defensoria Pública do Estado de São Paulo (restrita ao Município de São Paulo), de acordo com a qual as pessoas que procuram os serviços dos defensores públicos, pretendendo o ajuizamento de demanda por medicamentos e afins, são encaminhadas a uma triagem realizada por técnicos e farmacêuticos da Secretaria de Estado da Saúde, localizados dentro do próprio prédio da Defensoria Pública. (YOSHINAGA, 2011, p.7-8)

Por meio desse atendimento administrativo identificou a redução em cerca de 90% (noventa por cento) da litigiosidade, pois, quando identificam pedidos de materiais já disponibilizados pelo SUS, esses servidores da Secretária da Saúde informam onde o cidadão

poderá pegar. Ou ainda que o medicamento prescrito não conste na lista oficial do SUS, se possível é ofertada ao paciente terapia análoga disponível. No caso de medicamento não padronizado pelo SUS ser a única alternativa daquele paciente, a discussão se dá via procedimento administrativo inaugurado no âmbito da Secretaria de Saúde (YOSHINAGA, 2011, p.8-10).

Conforme discutido anteriormente, a inclusão de medicamentos nas listas somente poderia ocorrer em ações coletivas e não em pleitos individuais aos quais o juiz tem conhecimento apenas da *micro* justiça. Verifica-se portanto, em meio a tantas críticas e argumentações, que uma triagem especializada, apresenta uma redução expressiva das ações de medicamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo do presente trabalho é extenso, portanto sem pretensão de exaurir o tema tem-se as considerações acerca do panorama brasileiro acerca da judicialização das políticas públicas com enfoque na saúde.

A partir de 1988, data de promulgação da Constituição Federal Brasileira, que trouxe em seu bojo direitos fundamentais sociais, cujo custo é muito mais oneroso que os demais direitos fundamentais constitucionalmente previstos, visualizou-se uma enorme quantidade de ações que postulavam pelo direito à saúde agora positivado, e cuja consciência da sua aplicabilidade imediata detêm os particulares.

O Poder Judiciário possuidor da função constitucional de resguardar os direitos e garantias fundamentais previstos na Lei maior, procurou não fugir a sua natureza determinando a Administração Pública o cumprimento de suas funções, quais sejam, o fornecimento aos particulares das políticas públicas a serem formuladas, conforme também prevista na Constituição.

Assim, iniciou-se a tensão existente entre a determinação do Poder Judiciário, denominada Judicialização das questões de saúde, e a limitação dos recursos orçamentários, passando o Estado a alegar, como meio exclusivo de defesa, a Reserva do Possível.

Por outro lado, a argumentação do Mínimo Existencial pelo particular ressalta o subgrupo qualificado de direitos sociais, cuja aplicação de ofício retorna ao Ativismo Judicial, e a simples demonstração pelo particular evidencia a sua necessidade à ser ponderada com a Reserva do Possível que diante da sua excepcionalidade deve o Judiciário observar, sim, mas desde que o Estado detentor do ônus exclusivo de prova, demonstre qualificadamente.

Ilustrada a realidade brasileira frente ao possível colapso orçamentário ocasionado pelas sentenças dotadas de sentimentalismo, próprio aos magistrados cumpridores de suas dignas e vitais funções ao alcance do Estado Democrático de Direito. Procura-se meios alternativos de cumprir o disposto na Constituição sem que seja necessário ativar o Poder Judiciário, ocasionando sua interferência nos demais entes e prejudicando a escolha alocativa de recursos.

Propõe-se portanto, a implementação de *softwares* que possibilitem ao Estado o conhecimento das ações que versem sobre medicamentos, a fim de extrair informações relevantes quanto a quais entes estão no polo passivo, quais os medicamentos pleiteados, quais as causas de seu não fornecimento entre outras informações úteis para evitar a

prolatação de sentenças que condenem a Administração Pública a pagamento de tratamentos irrazoáveis. A recente implementação de processo digital, onde todas as informações já são inseridas na distribuição da ação tende a tornar esse procedimento mais rápido e eficiente.

Paliativamente, propõe-se o atendimento administrativo em parceria com Secretarias de Saúde e outros órgãos capazes, uma vez que, pressupõe-se, que por meio desse atendimento administrativo ocorra a redução em cerca de 90% (noventa por cento) das ações que versem sobre tal matéria, pois, quando identificam pedidos de materiais já disponibilizados pelo SUS, esses servidores da Secretária da Saúde informam onde o cidadão poderá pegar. Ou ainda que o medicamento prescrito não conste na lista oficial do SUS, se possível é ofertada ao paciente terapia análoga disponível. No caso de medicamento não padronizado pelo SUS ser a única alternativa daquele paciente, a discussão se dá via procedimento administrativo inaugurado no âmbito da Secretaria de Saúde.

E somente em ultimo caso, a propositura de ações coletivas para discussão da inclusão de determinados medicamentos, visto que tal discussão não pode ocorrer nas ações individuais pelo fato do juiz possuir conhecimento apenas da *micro* justiça, podendo atentar contra o direito de muitos em detrimento de um.

Defende-se assim, que a interferência do Poder Judiciário deve ocorrer somente em ultima análise quando não puder fugir da sua função constitucional de garantidor da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e já tendo o particular passado por procedimento administrativo para verificar a disponibilidade do fármaco, tratamento similar ou procedimento administrativo, a redução de ações de medicamentos tende a tornar mais célere a justiça para aqueles que discutem mais do que a saúde, discutem a vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. Judicialização, Ativismo e efetivação de Direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, vol. 2/2012. p. 95. Jan.2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/> Acessado em: Maio de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, Jun.2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acessado em: Junho de 2013.

BARROSO, Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, Jul/Dez. 2007. Disponível em: http://www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_66.pdf. Acessado em: Março de 2013.

BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, vol. 2/2012, p. 121, Jan.2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/> Acessado em: Maio de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na Seguridade Social Brasileira. **Psicol. Soc.** Belo Horizonte, v. 15, n.1, p. 57-96, Jan.2003 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=en&nrm=iso. Acessado em: Junho de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: [s.n], 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: Dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará**. Acessado em: 20-04-2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: Maio 2013

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

CASTRO, Flavia Almeida Viveiros et al. Análise do Impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da união no caso da saúde pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, vol. 102/2012, p. 15, Jan.2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/> Acessado em: Abril de 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 939/2014, p. 109, Jan.2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/> Acessado em: Abril de 2014.

FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. 2009. **Ciênc. saúde coletiva**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p.743-752, Jun.2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso Acessado em: Janeiro de 2014.

GOTTÊMS, Claudinei I.; SIQUEIRA, Dirceu Perreira (org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira**. Birigui-SP: Boreal Editora, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 4, p. 563, Mai.2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/> Acessado em: Maio de 2014.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande-RS, XIII, n. 79, Ago.2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240. Acesso em: Março de 2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: um necessário estudo dialógico**. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p.433-434.

LINO, Juliana das Mercês. Panorama da judicialização excessiva da saúde no Brasil após a constituição de 1988. *In*: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando (org.). **Estudos contemporâneos de bioética e biodireito**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2013.

MACHADO, Danielle Gomes. Judicialização excessiva x Ausência de políticas públicas: ponderação nas decisões judiciais, separação dos poderes e o direito à saúde. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ** Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, jul.2010. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/daniellemachado.pdf. Acesso em: Março de 2013.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras jurídicas, 2012.

MARTINS, Luis Eduardo Matos. **O Princípio da Reserva do Possível Como Forma de Abstenção do Estado ao Cumprimento do Direito Fundamental à Saúde**. 2010. 61f. Trabalho Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto – **Direito da Seguridade Social**, 34. ed, São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL Mayara Karoline. Direitos de Segunda geração – o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. *In*: **ETIC - Encontro de iniciação científica**, v. 5, n. 5, 2009. [s.n]. Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2045/2125>. Acessado em: Março de 2014.

MONNERAT, Giselle Lavinias; SOUZA, Rosimary Gonçalves. Da Seguridade Social à intersectorialidade: reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil. **Rev. Katálisis**. Florianópolis, v. 14, n. 1, Jun.2011. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000100005&lng=en&nrm=iso. Acessado em: Outubro de 2013.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande-RS, XIII, n. 76, maio.2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701. Acesso em: Março de 2013.

MOREIRA, *Tatiana dos Reis Balaniuc Monteiro*. Judicialização da saúde e políticas públicas. **JMPHC. Journal of Management and Primary Health Care**, América do Norte, v. 4, n. 1, p. 49-51, abr.2013. Disponível em: <http://www.jmphc.com/ojs/index.php/01/article/view/80/78>. Acesso em: Maio de 2013.

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades**. 2012. 70 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino ‘Eurípides Soares da Rocha’, Marília, 2012.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**. 2006. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: Setembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. - Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n.11, Set/nov.2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: Maio de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Marcelo Rodrigues da; SANTINHO, Guilherme Sampieri. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, p. 5056, fev.2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=85293>. Acesso em: Outubro de 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (org.). **Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui-SP: Boreal Editora, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. **Direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui-SP: Boreal Editora, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do Direito à Saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judicial e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n.24, dez.2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.pdf>. Acessado em: Julho de 2014.