

DIREITO À SAÚDE: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS

Arthur de Souza Bastos¹
Ricardo Oliveira da Silva Júnior²

RESUMO

O foco do estudo recai sobre a atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos, trabalhando os institutos da Ação Civil Pública, Ação Popular e o controle de constitucionalidade, como elementos que ocasionaram um acesso maior aos tribunais. Condizente a isto, está a situação específica dos entes federativos e a organização do Sistema Único de Saúde, assim como das listas de concessão e entrega de medicamentos aos usuários do referido sistema. Posteriormente ao estudo da organização do SUS no que tange aos medicamentos e tratamentos, o viés trabalhado é sobre as demandas judiciais e os julgamentos realizados pelos tribunais, observando assim os processos que possuem pedido de tutela antecipada, os argumentos sobre a desorganização dos orçamentos dos entes federativos quando recebem determinação para concessões e a falta de conhecimento técnico e recursos para conferir os diagnósticos que embasam as petições iniciais. Feitas essas abordagens, serão trazidas duas teorias de origem alemã, ambas embasam os argumentos principais nas arguições sobre a concessão de medicamentos e tratamentos, são elas o “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direito à Saúde. Concessão de Medicamentos. Tratamentos.

ABSTRACT

The focus of the study is on the role of the judiciary in guardianships concessive medications, working the Institutes of Civil Action, Class Action and control of constitutionality, as elements that led to greater access to the courts. Consistent with this, is the specific situation of federal entities and the organization of the Health System, as well as lists of award and delivery of drugs to the users of that system. Later the study of the organization in terms of the SUS to medicines and treatment, the bias is working on lawsuits and judgments made by the courts, thus observing the processes that have application for injunctive relief, the arguments about the disorganization of the budgets of entities when determining to receive federal grants and the lack of technical knowledge and resources to give diagnoses that support the initial petitions. With these approaches, will be brought two theories of German origin, both underlie the main arguments in Pleas of the granting of medicines and treatments, they are the "existential minimum" and

¹ Mestrando em Ciências Jurídico Políticas com Menção em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016-2018). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2009/2014). Advogado (OAB-GO 47.759).

² Mestre em Ciências Jurídicas Empresariais com Menção em Direito Laboral pela Universidade de Coimbra (2015-2017). Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Internacional – Uninter (2013-2014). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê (2007-2011). Advogado (OAB-PB 19.540). Professor. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PB.

"possible reserves".

Keywords: Judiciary , Right to Health , concession Medicines and Treatments .

1 - INTRODUÇÃO

No intuito de reunir elementos que consubstanciam a perspectiva do Poder Judiciário e da sua atuação no que tange as tutelas concessivas de medicamentos e tratamentos o presente estudo atenta-se a análise do cenário que foi sendo delineado. A exposição inicial discorre sobre a perspectiva brasileira da atuação do Poder Judiciário e busca inicialmente em dois institutos jurídicos pontos que evidenciam o maior acesso a esfera judicial, primeiramente a Ação Popular e após a Ação Civil Pública. No mesmo sentido, é feito uso da análise do controle de constitucionalidade, assim como da evolução desse controle para evidenciar como as determinações das Constituições que estiveram vigentes no país, colaboraram para mudanças no modo como ocorre e no acesso aos tribunais para questionamento de determinados assuntos.

Trazendo a questão da saúde e da concessão de medicamentos e tratamentos é feita a elucidação dos parâmetros seguidos no Brasil para que os entes federativos distribuam medicamentos. Segue também, a observação sobre dois elementos teóricos de fundamentação alemã, que surgiram após a Segunda Guerra Mundial e que foram adotados pela doutrina brasileira, são eles o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”.

2 - A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS TUTELAS CONCESSIVAS

Se atentando ao propósito específico deste trabalho, que é evidenciar a trajetória do Poder Judiciário, deve ser feita menção as disposições da CF/88 no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que passou a vigorar no Brasil um sistema em que todos os tribunais e órgãos passaram a ter uma organização lógica contida no texto constitucional.

Outrossim a legitimação dos chamados “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” ensejaram uma gama maior de institutos assegurados na CF/88. A previsão dos direitos coletivos remonta, especificamente no caso da saúde a dois pontos que permeiam o estudo, o primeiro é o fato de grupos, associações que ingressam judicialmente para obter algum medicamento ou tratamento e segundo são os institutos

da Ação Civil Pública e da Ação Popular. Acrescenta-se que essas mudanças e a evolução do controle de constitucionalidade fazem parte deste trabalho.

Porém, quando se fala de Brasil, o foco é abordar como o número de demandas que chegam ao poder judiciário tem aumentado, provocando-o para que se manifeste em situações concretas, que tratem da necessidade de medicamentos e a possível determinação para que tais sejam concedidos. A chamada judicialização das tutelas concessivas de medicamentos no Brasil traz ao foco inúmeras discussões envolvendo competência, conhecimento dos magistrados para a realização de tais julgamentos e problemas orçamentários, dentre outros.

2.1 A perspectiva brasileira da atuação do Judiciário

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, são encontradas mudanças evidentes em toda a sociedade ocidental, a citar que a atenção mundial recaiu sobre o julgamento realizado no chamado Tribunal de Nuremberg para apuração dos crimes praticados contra a humanidade no período de guerra pelos nazistas. Ainda em decorrência da guerra, com os ideais e preocupações surgidas à época, sobrevieram a necessidade de que as constituições fossem mudadas e passassem a dispor também sobre valores fundamentais que obrigassem o poder soberano a segui-los (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Nesse momento pós-cenário de guerra, vem à luz o *Welfare State*, constituindo um modelo de Estado atento às discrepâncias entre as classes sociais, demonstrando uma preocupação maior com o direito e com o caráter social das ações prestadas pelo Estado.

Condizente a isto, é presenciado o começo de uma abertura maior para a atuação do Poder Judiciário que passou a exercer também atividade de controle de constitucionalidade e no que diz respeito à legislação produzida pelo próprio poder soberano (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007). O que se pretende esclarecer é que o juiz passou a atuar de forma mais contundente em questões que não se restringiam apenas ao mérito entre particulares litigantes, mas também em questões sociais e políticas.

Para fins de elucidação podem ser mencionados alguns aspectos concernentes a trajetória do Poder Judiciário Norte-Americano. Um dos casos de grande repercussão e citado ao tratar da atividade do Poder Judiciário é o julgado que ocorreu em 1803, conhecido como *Marbury versus Madison*, haja vista que é registrado como o primeiro caso em que a Suprema Corte figurou como guardião da Constituição e tomou espaço no cenário público, passando assim mostrar que os juízes possuem participação na vida

pública (SADEK, 2013, p. 13).

Além da repercussão no âmbito do Direito Constitucional, mais especificamente nos estudos de controle de constitucionalidade, o caso acima citado, desencadeou uma série de momentos em que a participação do Poder Judiciário, no âmbito dos Estados Unidos da América, teve que se manifestar em questões políticas. Maria Tereza Sadek (2013) cita alguns casos importantes

[...] a disputa entre o presidente da república Abraham Lincoln e o presidente do tribunal Roger Taney, sobre os limites do poder do chefe do Executivo em tempos de guerra; o apoio à segregação racial, negando a cidadania para os negros na primeira metade do século XIX; a invalidação de leis sociais que objetivavam limitar a jornada de trabalho; em 1905; a oposição ao *New Deal* do presidente Roosevelt; a permissão para crianças brancas e negras frequentarem a mesma sala de aula; a jurisprudência a favor das minorias, afirmando a igualdade entre os homens; as decisões a favor da pílula anticoncepcional e o aborto. (SADEK, 2013, p. 13)

Analisando essa série de atuações no contexto do judiciário norte americano, constata-se hoje que muitas questões polêmicas foram decididas em razão de uma atuação judicial significativa naquele país.

Especificamente no Brasil, algumas iniciativas apontaram timidamente para a intervenção popular. O Instituto da Ação Popular, trazido pela Lei 4.717/65 permitiu que fosse feita a apreciação do mérito em ato administrativo no âmbito do judiciário, ocasionando na visão de Ada Pelegrini Grinover (2013) o aumento do número de demandas na esfera judicial.

[...] foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a “desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo” provocando “sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo (GRINOVER, 2013, p. 127, apud, DINAMARCO, 2000, p. 434).

Entretanto, a ação popular era insuficiente para atender as pretensões da lei, haja vista que somente com a entrada em vigor da CF/88, em que no artigo 5º, inciso LXXIII é que ocorreu a legitimação para que qualquer cidadão ingresse com ação popular, nas seguintes circunstâncias:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

Essa mudança no rol dos que podem ingressar com a Ação Popular, aumentou a possibilidade de que se efetive a participação sobre os questionamentos dos atos lesivos ou para averiguação de tais e a expressão da inconformidade com uma dada situação.

Ainda assim, outra lei que realça o maior acesso da população para a chegada ao Judiciário, é no entendimento de Maria Tereza Sadek (2013) com relação a proteção dos direitos coletivos, a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, que mesmo criada no ano de 1985, ou seja, momento anterior a Constituição vigente, já trazia a proteção aos danos causados sobre bens e direitos pertencentes a coletividade.

No que tange ao questionamento dos atos administrativos, somente a partir de 1988, com o advento da nova CF é que essa possibilidade vai ao encontro dos chamados objetivos fundamentais contidos no art. 3 e incisos dos quais se depreende a necessidade do Estado prestar serviços e atuar de acordo com a realidade social. Essa perspectiva realça a vigência de um Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Judiciário deve atuar conforme os parâmetros do próprio Estado, haja vista que não se pode mais falar em sua figura como ente neutro, mas sim como poder constitucionalmente vinculado à política estatal (FERRAZ JR, 1994, p. 14, *apud*, GRINOVER, 2013).

Ressalta-se que além desses institutos, ocorreu na Constituição Federal a configuração de um novo Poder Judiciário, que “de aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo” (SADEK, 2013, p. 15).

Mudanças são evidentes, haja vista que durante o período da ditadura militar houveram restrições ao Poder Judiciário, podendo ser mencionado que os Atos Institucionais, em sua maioria constam a ordem para que o Poder Judiciário não apreciem o conteúdo de suas determinações, assim como algumas consequências destas. Especificamente no Ato Institucional nº 1, datado de 9 de abril de 1964, foram dados poderes à membros da Forças Armadas para suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, sem apreciação judicial. Mudanças evidentes ocorrem ao fazer comparação entre os legitimados para fazerem uso do controle de constitucionalidade no período militar e os que vieram com a CF/88.

Condizente com as novas disposições da CF/88 e com a nova disposição sobre direitos e a configuração do Poder Judiciário constata é um grande aumento do número de ações nos tribunais, a citar que no ano de 2003, era registrada uma média de um processo para 10,20 habitantes, já no ano de 2008 a média passou para um processo a

cada três habitantes (SADEK, 2009, *apud*, SADEK, 2013). Maria Tereza Sadek (2013) afirma que um fator determinante nesse número de ações advém do fato da CF/88 ter aumentado o número de possibilidade de acesso direto ao STF, a citar os legitimados para ingressarem com ação direta de inconstitucionalidade.

Acrescente-se que em razão de todo esse contexto de maior busca pela efetivação de seus direitos, é que surgem também os juizados especiais³, sendo estes dotados de rito mais célere e menos burocrático para obtenção de resolução de mérito tanto na seara civil quanto penal.

Esse aumento no número de demandas e conseqüentemente de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tem trazido a discussão sobre o papel que os juizes, desembargadores, ministros de tribunais superiores tem desempenhado no cenário público nos últimos anos. Interessante o estudo realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, no ano de 2005, que resultou na elaboração de duas tabelas que são trazidas por Maria Tereza Sadek no ano de 2013. A primeira vincula a orientação preponderante das decisões judiciais, por instância e a segunda por tempo de magistratura.

Tabela número 1: Orientação Preponderante de Decisões Judiciais, por Instância - % de Concordância.

	1º Grau	2º Grau	Total
Parâmetros Legais	86,5	86,6	86,5
Compromisso com as consequências econômicas	37,3	34,1	36,5
Compromisso com as consequências sociais	80,3	73,1	78,5

Fonte: Pesquisa AMB, 2005

Tabela número 2: Orientação Preponderante de Decisões Judiciais, por Tempo

³ A Constituição Federal de 1.988, por sua vez, no Art. 98, inciso I, prevê que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, criam os Juizados Especiais Cíveis. Assim, a Carta Magna vigente, traz expressamente consignado em seu texto que os Juizados Especiais serão criados para que neles sejam processadas e julgadas causas de menor complexidade, prevendo também rito especial e célere para o processamento das demandas que irão tramitar perante os Juizados Especiais. O mesmo texto prescreve ainda que a competência para legislar sobre os Juizados Especiais é concorrente, sendo atribuição da União e dos Estados da Federação. Precisamente em 26 de setembro de 1.995, alguns anos após entrar em vigor o texto constitucional, é promulgada a Lei n.º 9.099, que instituiu no ordenamento jurídico pátrio os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A nova lei cria um mecanismo processual paralelo à Justiça Comum, na tentativa de ampliar a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para pessoas mais simples, que até então não buscavam soluções jurisdicionais para seus problemas (CATALAN, 2010, [s.p.]). Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/download/jc/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso realizado em 04/12/2013.

de Magistratura - % de Concordância

	Até 5 anos	De 6 a 10 anos	De 11 a 20 anos	21 anos e +
Parâmetros Legais	88,6	89,0	86,1	85,0
Compromisso com as consequências econômicas	48,1	42,0	37,4	27,2
Compromisso com as consequências sociais	90,2	85,9	81,9	64,9

Fonte: Pesquisa AMB, 2005

Outra pesquisa interessante que ocorreu foi publicada no Anuário da Justiça no ano de 2010, entre membros do STF, STJ, TST, TSE e fez a seguinte pergunta aos magistrados: Ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade? O resultado do estudo formou a seguinte tabela:

	SIM	NÃO	NÃO RESPONDERAM	TOTAL
STF	6	1	4	11
STJ	20	6	7	33
TST	18	7	4	29
TSE	2	0	0	2
TOTAL	46	14	15	75

Fonte: Anuário da Justiça, 2010

Ainda assim, tratando da atuação do Poder Judiciário, Maria Tereza Sadek elenca um rol de ações em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou recentemente determinando

[...] a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos; proibiu o nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas; arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reserva indígena (SADEK, 2013, p. 2).

No mesmo sentido estão os mais diversos julgados não só nos órgãos de cúpula,

mas também em primeira instância, onde os juízes decidem sobre diversos temas, problemas de educação, saúde assim como das leis vigentes. Sobre isso Vianna faz as seguintes considerações:

O juiz torna-se protagonista direto da questão social [...] a nova arquitetura institucional adquire contorno mais forte com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do poder judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Sustentando o argumento de maior uso das atribuições do poder judiciário, Maria Tereza Sadek, ao citar Taylor, observa que este realizou estudo comparando a atividade do Supremo Tribunal Federal com a Corte mexicana entre os anos de 1988 à 2002 e chegou a seguinte constatação de que o STF:

concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em confronto, entre os anos de 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis usando dois instrumentos parecidos com a ADIN, mas invalidou somente 21 leis federais. A Suprema Corte norte-americana, por sua vez em toda a sua história, invalidou em torno de 135 leis federais apenas (TAYLOR, 2006, *apud* SADEK, 2013, p. 17).

Nesse diapasão, em um apanhado do número de ações diretas de inconstitucionalidade, são encontradas 4383 ações iniciadas entre 1988 a 31 de março de 2010 (SADEK, 2013).

Diante de tais dados, considerando toda essa referência ao controle de constitucionalidade justifica-se a inclusão do item seguinte, discorrendo sobre o controle de constitucionalidade em razão da maior possibilidade de ingresso de ações no Poder Judiciário que tratem especificamente ou que em segundo plano tenha fundamento na constitucionalidade de dispositivo legal.

2.1.1 Considerações sobre o Controle de Constitucionalidade

Alexandre de Moraes, ao conceituar o controle de constitucionalidade esclarece que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2008, p.701).

Por este motivo, no Brasil, somente as normas vigentes na constituição é que servem como base para que se dê a análise da constitucionalidade ou não de leis e atos normativos estatais.

O controle de constitucionalidade sustenta-se no princípio da Supremacia da

Constituição, ou seja, a Constituição possui *status* acima de todo o ordenamento jurídico e nas palavras de Pedro Lenza estaria “a Constituição, no ápice da pirâmide, orientando e ‘iluminando’ os demais atos infraconstitucionais” (LENZA, 2009, p. 196).

A configuração deste princípio ganhou força nos Estados Democráticos de Direito em momento posterior à Segunda Guerra Mundial. Desse modo, evidencia-se a importância do texto constitucional onde se encontra a estruturação e organização dos órgãos estatais e também estão contidas as normas fundamentais do Estado.

Ao tratar dos requisitos “fundamentais e essenciais” Lenza, (2009) argumenta que para que se dê o controle de constitucionalidade é preciso que a constituição seja considerada rígida, em outras palavras, que esta tenha um processo de alteração mais complexo e dotado de maior rigor, como é o caso do Brasil. Tal constatação é corroborada pelo texto do artigo 60 da Carta Magna.

Condizente a constatação de que deve existir rigor no controle de constitucionalidade, faz-se necessário que algum órgão seja dotado de competência para que se efetive a resolução dos problemas de constitucionalidade de legislação infralegal. Desse modo, o artigo 102 da Constituição trouxe no rol das atribuições do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade para inúmeras situações, dentre elas realizar o controle de constitucionalidade.

Atentando-se ao modo como se dá o controle de constitucionalidade no Brasil atualmente, o próximo subtópico trata da evolução do controle de constitucionalidade e o seu desenvolvimento.

2.1.2 - Evolução do Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras e a sua relação com Poder Judiciário

Como abordado anteriormente o poder judiciário veio ganhando força devido ao modo como foi sendo traçado especificamente o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil. Para tanto antes de iniciar a retrospectiva é importante trazer a informação de que o Supremo Tribunal Federal foi criado pelo decreto executivo nº 848 de 11 de outubro de 1890.

A primeira Constituição Republicana, de 1891 trouxe as bases da ordem política: separação dos poderes, o modelo presidencialista de governo, o federalismo, a possibilidade de duplo grau de jurisdição, o controle de constitucionalidade, o tribunal constitucional, dentre outros, que ainda hoje são vigentes (CARVALHO, 2010).

Segundo Pedro Lenza (2009) o modo de controle realizado no âmbito dos Estados Unidos da América foi incorporado por esta constituição no Brasil, trazendo o chamado controle difuso de constitucionalidade. Este modelo pode ser chamado de aberto e consiste na possibilidade de que qualquer magistrado, desde que observadas as normas de competência e organização judiciária, seja provocado em demanda concreta, podendo analisar incidentalmente (*incidenter tantum*), o mérito da questão. O que ocorre nesses casos é que a causa de pedir utilizada na ação fundamenta-se na inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Com relação à presença do juiz e seu papel na sociedade, antes da Constituição de 1891, seu caráter era basicamente informal, sendo o magistrado da época semelhante ao que hoje é chamado de mediador, resolvendo apenas conflitos de ordem social. Ressalta-se que muitas vezes os juízes eram chamados a ocupar cargos políticos ou administrativos no Império. Porém, a mudança ocorrida trouxe a formalização do seu papel perante a sociedade e acrescenta-se que

[...] ao formalizar a atuação do magistrado como árbitro político, com o estabelecimento do controle de constitucionalidade difuso, a Constituição publicada de 1981 diminui, sensivelmente, o espectro de atuação política dos juízes. No entanto, a formalização produz uma maior autonomia do Judiciário em relação aos poderes representativos (CARVALHO, 2010, p. 180).

Observando aspectos históricos, a transição entre a constituição de 1891 e 1934 esteve permeada por um momento complicado, marcado no governo de Getúlio Vargas por decretos que atingiam diretamente a estrutura do Supremo Tribunal Federal, como mudança no número de membros e a aposentadoria de ministros, sob a alegação de motivos de ordem pública (CARVALHO, 2010).

Com relação ao controle de constitucionalidade Gilmar Mendes (2008) considerou que foram realizadas significativas alterações no sistema, pois foi inserida a cláusula de reserva do plenário, instituindo a necessidade de que para declaração de inconstitucionalidade nos tribunais houvesse maioria absoluta dos votos dos membros. Em relação ao Senado Federal, foi postulado que dentro de suas competências pudesse “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional de forma definitiva” (LENZA, 2009, p. 203). Duas importantes alterações também são o ingresso da representação interventiva, de modo que somente o Procurador-Geral da República era legitimado para questionar atos estaduais que não estivessem de acordo os princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição (LENZA, 2009, p. 203). Por último, é encontrada no artigo 78 daquele texto uma interessante regra, que demonstra a

prioridade de que não houvesse interferência entre os três poderes: “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas” (MARTINS & MENDES, 2001, p. 25 *apud* CARVALHO, 2010, p. 182).

Em 1937 foi outorgada outra Carta Constitucional, dotada de grandes influências dos ideais fascistas, havendo uma grande concentração do poder no executivo federal e não havendo menção alguma a separação dos poderes. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade continuou havendo o sistema difuso, contudo, havia grande possibilidade de que o Presidente da República exercesse influência sobre as decisões prolatadas sobre a inconstitucionalidade de alguma lei. Essa possibilidade existia graças ao poder discricionário de fazer com que o Legislativo reapreciasse tal lei e havendo 2/3 de votação nas duas casas que considerasse válida a lei, a declaração de inconstitucionalidade que havia sido prolatada anteriormente estaria sendo desconsiderada.

O Brasil, seguindo um movimento desencadeado na Europa após a Segunda Guerra Mundial, em que novas constituições foram aprovadas, a citar as de países como Itália, França e alguns outros tiveram no ano de 1946 a entrada de uma nova constituição em vigor (SILVA, 2002, p. 83-84 *apud* CARVALHO, 2010).

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, não foram realizadas alterações em sua estrutura, mas foram mantidas no controle de constitucionalidade as atribuições do Senado para que por maioria absoluta tornasse a decisão de inconstitucionalidade inválida. Mesmo tendo continuado com esse controle difuso-incidental, a atuação do Procurador-Geral da República havia se tornado mais concreta pelo fato dos princípios que justificavam a representação de constitucionalidade conter as seguintes hipóteses

- a forma republicana;
- independência e harmonia entre os poderes;
- temporalidade das funções eletivas, limitada a duração destas funções federais correspondentes;
- proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da administração;
- garantias do Poder Judiciário.

(MARTINS & MENDES, 2001, p. 33 *apud* CARVALHO, 2010, p. 186)

Acrescente-se que no ano de 1965, por meio da Emenda Constitucional n. 16/65, ocorreu a inserção no contexto brasileiro da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com competência originária do próprio Supremo, podendo assim ser processadas e julgadas

leis ou atos normativos, de âmbito federal ou estadual, com possibilidade de ingresso apenas nas mãos do Procurador-Geral da República.

Nesta emenda também se tornou possível que houvesse controle concentrado no âmbito Estadual. Gilmar Mendes (2008) cita que

[...] no artigo 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade ‘para estabelecer processo de competência originária do Tribunal de *Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município com a Constituição do Estado’ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1046).

Diante de todo este cenário, considerando o vínculo estreito que havia entre o Procurador-Geral da República e o Presidente, constata-se que toda a possibilidade de atuação do poder Judiciário, que depende de ser provocado sempre, estava restrito ao Executivo. Ernani Carvalho esclarece que as “alterações que permitiram uma participação do Poder Judiciário como mediador privilegiado do embate político só foram possíveis mediante um rigoroso controle sobre o que poderia ser judicializado” (CARVALHO, 2010, p. 187)⁴.

Em sequência, como o golpe militar de 1964 e os Atos Institucionais que marcaram a história do país, em especial o AI nº 2, de 27 de outubro de 1965, elevou-se o número de membros do STF para dezesseis e foram suspensas as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade que a magistratura possuía até então.

Importa dizer que quanto ao sistema de controle de constitucionalidade a Constituição que veio em 1967 não fez mudanças, foi mantido o controle difuso e os moldes trazidos pela EC nº 16/65. No entanto, as disposições desta emenda no que se referia à competência originária dos Tribunais de Justiça de Estados para verificação de inconstitucionalidade de lei perante a Constituição Estadual de cada qual, não foi acatada. Somente, com a Emenda nº 1 de 1969 é que, para fins de intervenção no Município, se permitiu a realização desse controle em face da Constituição Estadual (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1047).

Nesse período o Procurador-Geral da República, teve em suas mãos maiores possibilidades para intervir, devido a ampliação desse seu poder em razão dos chamados princípios sensíveis previstos na constituição, assim como a possibilidade de execução de lei federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1046).

Como nem todas as mudanças foram bem aceitas, a posição do Procurador-Geral

⁴ Ainda nesse tópico, logo a frente será mencionado o rol de legitimados ativos atuais para fazerem uso do controle de constitucionalidade.

da República e sua atuação geraram muitos conflitos deste com outras autoridades políticas, além do fato de o controle de constitucionalidade ter ficado praticamente restrito ao seu entendimento sobre tal lei ou ato normativo, pois se fosse constatado por ele que tal matéria não precisasse de apreciação, a ação não era encaminhada. Essas constatações são feitas pro Ernani de Carvalho (2010) que cita ainda o relato do Ex-Procurador-Geral da República, Alcino Salazar:

[...] quando o Procurador entendesse que a arguição não era improcedente não a encaminharia; e ela só poderia entrar no Tribunal por mãos do Procurador. Então, ele se tornaria um julgador ou, pior do que isso, trancaria o processo. A Procuradoria-Geral da República seria uma antecâmara de onde não poderiam passar representações (grifo nosso). Cairíamos, evidentemente, no arbítrio injustificado, praticamente supressivo da competência deste alto Tribunal, sempre que o Procurador-Geral entendesse improcedente e infundada a arguição. (SALAZAR apud DANTAS, 1996, p. 89).

Toda esta complexidade é entendida como um fator que influenciou os moldes traçados na Constituição Federal de 1988, que veio com o fim da ditadura militar e o processo de democratização que se iniciou.

Estritamente sobre o controle de constitucionalidade, Pedro Lenza (2010), faz um apanhado das principais alterações feitas. Primeiro destaque é para o fato de o controle concentrado no âmbito federal ter se deslocado unicamente do Procurador-Geral da República, para um rol de legitimados previstos tanto no artigo 103 da Carta Magna ou os elencados no artigo 2º da Lei nº 9868/99 que consolidou entendimentos antes jurisprudenciais. Sendo assim, no presente momento são legitimados: “Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (LENZA, 2010, p. 205).

Consonante a isto, o artigo 103, §2º da Constituição, previu o controle de constitucionalidade das omissões do poder legislativo na forma concentrada. Ainda assim, de modo incidental na via de controle difuso, com a impetração de mandado de injunção pode ser questionado tal fato, conforme ficou previsto no artigo 5º, LXXI, CF.

Já nos estados ficou estabelecida a possibilidade de que, no âmbito de suas constituições, fosse feito controle de leis ou atos normativos estaduais ou municipais que destoassem das constituições estaduais (LENZA, 2010), conforme o artigo 125, §2º da

Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Em apreciação do conteúdo sobre o Poder Judiciário na Carta Magna vigente, Ferreira Filho mencionado por Ernani Carvalho afirma:

Tire-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade, fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se legislador ativo (FERREIRA FILHO, 1995, p. 33)

Assim, se for considerado o controle de constitucionalidade como fator importante para mostrar o crescimento da presença do judiciário ao decidir questões políticas e de impacto social, resta evidenciado que o próprio texto constitucional fez isso.

Ademais a Emenda Constitucional 45 de 2004, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, mudou o rol de legitimados para ajuizarem a ação direta de constitucionalidade (ADC), havendo agora igualdade com os da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que estão no artigo 103. No que se refere ao efeito vinculante da decisão, somente havia menção expressa para a ADC, agora é possível também na ADI (LENZA, 2010).

Por fim, merece destaque o fato de que juntamente com as alterações mencionadas acima, ocorreu na EC 45 de 2004 a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a instituição da Súmula Vinculante e Repercussão Geral. Nas palavras de Maria Tereza Sadek, os dois últimos institutos ressaltaram o papel do STF como Corte Constitucional, trazendo como características a centralização, controle da agenda e agilidade nos julgamentos (SADEK, 2013).

Condizente o exposto nesse tópico, em que foi realizada a abordagem das mudanças que ocorreram no controle de constitucionalidade, nas alterações da legislação que proporcionaram uma maior atuação do Poder Judiciário. Desse modo, a próxima parte deste estudo desenvolverá a perspectiva do Poder Judiciário e a concessão dos medicamentos, conforme segue a seguir.

2.2 O Judiciário e a Concessão de Medicamentos e Tratamentos

No presente trabalho tem sido tratada a força e a expansão da atuação do Poder Judiciário efetivamente após a Constituição de 1891. Feito isso, pode ser trazida aqui especificamente a questão referente aos medicamentos concedidos em demandas que chegam aos tribunais.

Como a judicialização das tutelas concessivas de medicamentos no Brasil trazem ao foco inúmeras discussões envolvendo competência, conhecimento dos magistrados para a realização de tais julgamentos, problemas orçamentários, dentre outros, necessário se faz que sejam prestados esclarecimentos ao que esta vigente no Brasil, em relação a tal polêmica.

2.2.1 – Os entes federativos e a distribuição de medicamentos

Observou-se no Brasil, juntamente com o período de redemocratização, a discussão sobre serviços públicos de saúde, gerando a formação de um “movimento sanitarista” (BARROSO, 2007, p. 14) que participou efetivamente da Assembleia Nacional Constituinte. Nesse momento surge a ideia de criação de um Sistema Único de Saúde. Sobre isso BARROSO (2007) esclarece:

A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e - recuperação*”. A partir da Constituição de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. (BARROSO, 2007, p. 14).

O que se depreende da leitura do texto constitucional é que no Brasil é possível que os entes federativos legislem de modo concorrente sobre saúde, ou seja, União estabelece normas gerais, Estados devem suplementar a legislação federal e os Municípios devem, tendo em vista os interesses locais, suplementar as duas legislações já criadas. A ideia é que se forme de modo cooperativo um sistema que desenvolva ações efetivas.

No ano de 1990 foi aprovada no âmbito do Congresso Nacional a chamada Lei da Organização da Saúde (Lei nº 8.080/90) que trata da estrutura e organização do SUS. BARROSO (2007) em poucas palavras explica no que consiste o SUS: “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e

municipais, da Administração direta e indireta”. Importante constar que a Lei nº 8.080/90 também traz em seu bojo os princípios da universalidade e subsidiariedade ao assegurar a todos o acesso aos serviços de saúde e o fato dos Municípios terem papel fundamental para a execução das políticas públicas de saúde.

Aspecto importante ao analisar a Lei nº 8.080/90 que também ficou conhecida como Lei do SUS, é o modo como ficou dividido o seu custeio. A determinação do artigo 16, inciso XIII é de que deve haver “cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”. O artigo 17, inciso XIII ressalta que os Estados devem “prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde”. Por fim, os incisos do artigo 18, elencam as obrigações dos Municípios:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde-SUS, em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho.

BARROSO (2007) ressalta que não ocorreu no texto constitucional em momento algum a definição de qual ente federativo deveria prestar a distribuição de medicamentos. Tal matéria só foi abordada em momento posterior, constando somente alguns atos da Administração Pública: Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre a Política Nacional de Medicamentos e as Portarias nº 2.577/06 e 1.321/07 que trata da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional e/ou de alto custo. Atento a isso, CARVALHO (2009) esclarece que a este rol deve ser acrescentado os seguintes atos:

Lei nº 8.142/90 que regula a participação da comunidade no SUS e as transferências governamentais, além da Norma Operacional Básica do SUS 96/01, que dispõe sobre a capacitação dos Municípios como gestores do SUS em seus respectivos territórios. (p. 22)

Dados apresentados por Maria Tereza Sadek apontam que muito embora a Constituição afirme a necessidade dos estados investirem pelo menos 12% dos seus recursos em saúde pública, no ano de 2008 somente 14 dos 27 entes seguiram a recomendação. Os outros 13 por sua vez deixaram de seguir a norma e a citar, o estado do Rio Grande do Sul naquele ano só investiu cerca de 4,37% dos recursos na saúde, acrescenta-se que Goiás aplicou 9,51% naquele ano.

Após as considerações realizadas sobre a legislação atinente a saúde e a

distribuição de competências para provimento de recursos e de planejamento de ações ligadas a saúde no país, se faz conveniente que na sequência da exposição seja observada a crescente busca pelo Poder Judiciário no Brasil.

2.2.2 – A busca pelo Poder Judiciário

Somente as lacunas legais já justificam o aumento de ações na justiça solicitando seu posicionamento para suprir estes espaços em branco. Porém não é este o único elemento a explicar a expansão da atuação do poder judiciário.

A cada dia que passa, é possível encontrar um registro maior do número de ações, pedindo uma decisão judicial para que seja determinada obtenção de algum medicamento ou a tratamento de saúde no âmbito dos tribunais. Essa constatação é feita por Marco Antônio Sabino que ainda acrescenta o fato de essa informação corresponder aos requerimentos de terapias e medicamentos (SABINO, 2013).

Condizente a isto, está o fato de que em grande parte das ações as pessoas ingressam no judiciário individualmente, e boa parte dos advogados, se atentado ao motivo da causa, fazem uso do pedido de antecipação de tutela definitivo, previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil. André Castilho Carvalho (2009) esclarece e critica o fato de que em vários casos após o pedido de tutela antecipada, é feita a mera apresentação de relatórios ou laudos médicos que atestem a necessidade do medicamento ou prática tutelada pelo solicitante. Contudo, o referido autor faz menção a caso citado por Amaral em que posteriormente a tal concessão inicial, restou comprovada a não necessidade pelo usuário e assim o Estado pleiteou que fosse devolvido o valor de R\$ 175.000,00 reais, porém, considera-se dificultoso que esta devolução acontecesse (CARVALHO, 2010, p. 27-28).

No que diz respeito as ações judiciais, conforme apontado acima, fundamentando-se no estudo de André Carvalho, o pedido de tutela antecipada é algo recorrente. A tutela antecipada esta contida no Código de Processo Civil no artigo 273 e dispõe sobre a possibilidade de que os efeitos da decisão sejam adiantados, ou seja, no caso do presente estudo o autor pede que se conceda o medicamento ou tratamento em qualquer fase do processo, para que não aconteçam danos a parte. Desse modo, não se espera a sentença para conceder o medicamento, haja vista que se alega agravamento da doença, perda da vida, etc.

Atento a isso, o caso relatado acima foi gerado um transtorno envolvendo o estado e o autor, pois restou comprovado que não havia necessidade de que se desse o

custeio. Além disso, observa-se que o magistrado de início manifestou positivamente a atento certamente ao direito à vida e saúde conforme previstos no texto constitucional, porém, em momento posterior ao fim do processo as coisas foram mudando.

Não restringindo essa questão apenas a possibilidade que a lei processual dá, haja vista que não é o foco do estudo, mas a menção de tal situação é para relacionar a um ponto discutido e ressaltado nas discussões sobre a concessão de medicamentos e tratamentos na esfera judicial. O que preocupa é a falta de conhecimento específico do magistrado ao proferir determinação em tutela antecipada ou sentença ao final do processo.

Sobre esta situação, a complexidade dos casos deve ser ressaltada, pois o Poder Judiciário, em sede de suas atribuições, não possui nenhum meio próprio eficaz para conferir se os diagnósticos que embasam as iniciais corroboram de imediato a concessão da medida ou do medicamento. Não se pode olvidar que o trâmite correto deveria envolver de forma salutar o uso da medicina, fazendo uso de perícias, confirmações de resultados, porém é notório o fato de que tempo é algo precioso. O intuito desta busca aprimorada para anteceder a resposta aos pedidos poderia tornar as soluções tomadas mais seguras e menos questionáveis.

Nas palavras de Sabino (2013), o Judiciário é chamado a se manifestar a partir de algumas teses jurídicas recorrentes: “a) o postulante se dirige ao Judiciário porque os poderes políticos não são aptos a lhe conferir o acesso ao fármaco ou terapia de que necessita; b) e as respostas dos poderes majoritários às iniciais que versam sobre o tema” (SABINO, 2013, p. 372). Diante disto, o mesmo autor faz a seguinte constatação:

[...] de fato, o Estado não apenas não consegue cumprir com exatidão e perfeição seu ônus constitucional nesta seara e, mais, muitas vezes o Estado se opõe veementemente a esse cumprimento, invocando, em sua defesa, o conhecido argumento de escassez de recursos (ou reserva do possível) (SABINO, 2013, p. 372).

As constatações prestadas por Marco Antonio da Costa Sabino e Maria Tereza Sadek trazem a luz uma questão pontual quando se trata de políticas públicas, o orçamento e a escassez dos recursos que culminam no estudo da teoria do “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. Desse modo o próximo subtópico trata da teoria do mínimo existencial e a reserva do possível, cujo estudo é importante apresentação destes para complementar o estudo aqui realizado, pois há íntima relação com o tema central que são as concessões de medicamentos pelo Poder Judiciário.

2.2.2.1 – O “mínimo existencial” e a “reserva do possível”

Como enunciado acima, a teoria do mínimo existencial e reserva do possível se apresentam entre os argumentos principais nas arguições sobre a concessão de medicamentos e tratamentos. Diante disso, parte-se da análise do mínimo existencial que começou a ter a teoria delineada na Alemanha, por volta de 1949, quando em meio as discussões para a nova Lei Fundamental de 1949, no âmbito jurisprudencial, administrativo e legislativo começa a surgir a preocupação com o mínimo que se deve ter para uma vida digna.

Condizente a isto, Otto Bechof é apontado por Sarlet e Figueiredo (2007) como o primeiro jurista, que por volta de 1950 estava em defesa de que deveria haver o reconhecimento de direito subjetivo legalmente constituído dos recursos mínimos. Contudo, no ano de 1951 o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha em decisão proferida se atenta a necessidade de reconhecer como direito subjetivo ao indivíduo carente a concessão pelo Estado de ajuda material, visando proteger a existência do indivíduo.

Posteriormente aos fatos narrados, ainda em solo alemão:

transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia de condições mínimas para uma existência digna (SARLET & FIGUEIREDO, 2007, p. 179).

Desse modo, mesmo com mudanças e formulação da fundamentação referente ao reconhecimento desse direito na Corte Constitucional alemã, foi conferido o status constitucional como garantia da prestação pelo Estado do mínimo existencial. Porém, conseqüentemente ao estudo do mínimo existencial que se desenvolvia a doutrina e a jurisprudência alemãs se preocupavam com o elemento dignidade, mas chegou-se a ideia de que não há como definir quantitativamente esse componente. Essa dificuldade e extensão da análise se devem a fatores sociológicos intrincados a isso, haja vista que a dignidade não se restringe somente a sobrevivência física (SARLET & FIGUEIREDO, 2007), mas também dentro do mínimo deve haver a ideia de igualdade e de inserção na vida social. Sendo assim

[...] na Alemanha e segundo orientação da doutrina e jurisprudencial prevalente – o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para

a sua satisfação) (SARLET & FIGUEIREDO, 2007, p. 181).

Condizente ao exposto, não pode ser sustentado o fato de que o mínimo existencial se atenta tão somente ao mínimo vital, mas implica no fator qualidade das condições para a vida devendo o Estado assegurar materialmente as prestações de natureza material.

A doutrina e jurisprudência alemã acreditam que o mínimo existencial, pode se efetivar de modo diferente, pois o legislador deve dispor sobre a forma e o tanto de prestação, assim, os tribunais ficariam a cargo dos tribunais decidir apenas nos casos em que esse mínimo não se efetivou, seja por omissão ou desvio de finalidade dos órgãos responsáveis. Isso se disseminou pela Europa, assim como contribuiu para doutrina e jurisprudência na América do Sul (SARLET, FIGUEIREDO, 2007).

Sarlet e Figueiredo (2007) ressaltam que no caso brasileiro a CF/88 não trouxe especificamente disposição expressa que garantisse o mínimo existencial, porém, a doutrina entende que isso decorre de alguns elementos do texto constitucional, quais sejam: proteção a vida, dignidade da pessoa humana, princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, os direitos sociais, saúde, moradia, dentre outros. Contudo, não é pelo fato de ter sido feita previsão dos direitos sociais que se exauriu o mínimo existencial como direito autônomo, ou seja, o mínimo é um elemento próprio e deve ser aplicado na análise dos direitos sociais.

Diante do estudo o mínimo existencial e conseqüentemente a ideia de prestação por parte do Estado para que se atinjam as condições necessárias para a vida, há dentro das prestações o elemento financeiro de quem deve fazer esse custeio. Assim, em decorrência desse fato, as análises ainda na Alemanha fizeram com que surgisse a teoria da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida na década de 1970 a partir de um caso concreto que chegou a Corte Constitucional Alemã, versando sobre o direito ao ensino superior, pleiteado em caso específico por um estudante que pretendia ocupar os bancos da universidade, contudo, só havia naquele tempo universidades públicas e com número de vagas restrito. Condizente a isto a decisão delimitou que só seriam aceitas restrições ao número de vagas se, previamente, fosse feito por parte do Estado uma regulamentação prévia e que restassem provadas as restrições financeiras que o Estado estava passando e a sua estreita inviabilização no cumprimento de tal direito. Ressalte-se que deveria haver comprovação de que esta situação dificultosa foi alvo de tentativas de mudança pelo legislativo e o governo (JACOB, 2013).

Diante disto, ganhou força o entendimento de que a consumação dos direitos sociais depende de fontes de custeio material, sendo assim, estariam sujeitos a uma negativa na possibilidade financeira do Estado realizar a prestação. A doutrina e a jurisprudência alemã reconheceram tal entendimento, havendo assim, grande conexão entre os recursos financeiros que o Estado possui e o poder discricionário para a tomada de decisões e alocação dos recursos em sede de previsão orçamentária.

SARLET, FIGUEIREDO (2007) aponta que a reserva do possível possui três aspectos principais:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET & FIGUEIREDO, 2007, p. 189)

Observa-se que a reserva do possível tem sido usada como argumento para sustentar a não intervenção judicial que concede, no caso específico, medicamentos ou terapias, sob o fundamento de que os magistrados estariam interferindo nos orçamentos. É acrescido por Sarlet e Figueiredo que tal teoria tem servido como desculpa para omissão estatal na efetivação de direitos em razão da falta de recursos (SARLET & FIGUEIREDO, 2007), ou mesmo da não utilização ou utilização mínima de parcela do orçamento empenhado para a saúde.

Consonante ao exposto, o Judiciário ao decidir pela concessão de medida solicitada em demanda judicial sobre medicamentos ou terapias, estaria contrariando a separação dos poderes vigente no Brasil (CARVALHO, 2009), ou seja, ao tomar uma decisão deste tipo sua competência estaria invadindo uma medida que deveria ter sido tomada pelo Poder Executivo e seus órgãos ao instituir determinado tipo de programa ou também do Poder Legislativo que deveria ter legislado sobre tal matéria. Trabalhar este ponto específico se faz bastante complexo, pois abre a discussão sobre uma possível omissão por parte dos poderes legislativo e executivo que estariam inertes aguardando determinações judiciais para atuarem e, do outro lado, um possível excesso na atividade do judiciário.

Desconstruindo esta perspectiva, Luís Roberto Barroso não concorda que haja de omissão legislativa ou do Executivo quando se trata de entrega de medicamentos. O

entendimento do doutrinador assenta-se no fato de que não há configuração de omissão legislativa, devido a presença da normatização ocorrida no Brasil para a entrega de medicamentos a população. No que concerne ao Executivo, sabe-se que o conteúdo das listas de fármacos depende da observação deste poder e, logicamente, aos recursos financeiros disponíveis (BARROSO, 2007). Em outras palavras o que se deve aplicar na visão de Barroso se assemelha aos argumentos utilizados na Alemanha e que se atentam a questão da “reserva do possível”.

Corroborando tal entendimento, deve ser considerado que o executivo é que possui um contato maior e possui meios para saber o que a população esta precisando, portanto, a definição de políticas de saúde é uma atividade do executivo. Noutra esteira, ao cuidar do judiciário entende-se que este deve participar das concessões somente quando for provocado, atentando-se a necessidade da parte que ingressou com a ação (SABINO, 2013), ou se for o caso, o grupo que adentrou coletivamente.

Caso seja provada a necessidade do que foi pedido pelo autor, o magistrado pode determinar que seja feita a concessão, nesse momento é verificado se o medicamento ou tratamento esta previsto nas listas do SUS. As listas consistem em um instrumento que dentro das diretrizes adotadas pelo Ministério da Saúde e do SUS para o tratamento de determinadas doenças, prevê e contém nas listas os meios a serem seguidos, sejam medicamentos, internações.

O argumento utilizado geralmente pela Administração Pública, quando é obrigada a pagar medicamento não previsto nessa listagem é o de que a lista ao ser formulada e mantida implicou em previsão orçamentária e que isso tem sido feito. Contudo, na hipótese de não estar nas listas, por motivos de falha ou de opção tomada pela administração, Marco Antonio da Costa Sabino (2013) afirma que haverá maiores implicações no orçamento público, pois para realizar o custeio das medidas determinadas judicialmente, terá que ser feita uma realocação de dinheiro para o cumprimento, assim, uma desordem pode ser causada.

Nesse diapasão, considerando as possibilidades de tutela pleiteáveis, encontra-se na visão de Sarlet e Figueiredo (2007) imprópria a decisão que determine ao Estado que cumpra o fornecimento de medicamentos ou tratamentos experimentais, ou seja, aqueles que ainda não foram aprovados pelas autoridades competentes ou que não condizem com a necessidade do autor. Atinentes a isso, ressalte-se:

[...] igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo

medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente. [...] Sem dúvida não é razoável, ademais, a imposição de prestação de determinada “marca” de remédio, quando existente outra opção, similar em segurança e eficiência, mas de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio sistema público de saúde – isso para não mencionar a necessidade de indicar-se preferencialmente o princípio ativo, isto é, a denominação científica das substâncias prescritas e, sempre que possível, optar-se pelos medicamentos popularmente conhecidos como “genéricos”, desde que, convém repisar, assegurada a eficiência e segurança. Em sentido semelhante, sem prejuízo de outras implicações em termos éticos, a exigência de intervenções desnecessárias e/ou inúteis, como ocorre, em caráter ilustrativo, com exames e cirurgias que podem, com vantagens acima de tudo para a própria saúde da pessoa, ser substituídos por outras formas de diagnóstico e tratamento. (SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 205)

As proposições de Sarlet e Figueiredo (2007) são interessantes no que diz respeito a servir de modo inicial como proposta de orientação para os magistrados ao receber um processo em que se pleiteia medicamento ou tratamento. A ideia se alia ao fato de que se vislumbra uma ausência de conhecimento técnico por parte do judiciário em assuntos farmacêuticos e de medicina, as considerações feitas possuem o caráter de expor e de trazer a dificuldade da questão.

Corroborando-se que os temas aqui tratados possuem caráter elucidativo, para representar a evolução do Poder Judiciário e os institutos jurídicos que desde a criação do Supremo Tribunal Federal, ainda no século XIX, e ao longo do século XX representaram maior possibilidade de ingresso com ações judiciais.

Noutra esteira, no que tange as condições que fizeram com que a saúde também fosse pleiteada no âmbito judicial, salienta-se que o caráter constitucional após a inclusão específica de tal direito na CF/88 trouxe ordens e gerou criação de normas. Sobre estas normas, a citada Lei 8.080/90, apresentou a organização do SUS, porém algumas brechas geram dificuldades e polêmicas, pois, no caso das demandas judiciais a jurisprudência brasileira considera que responsabilidade dos entes é solidária, ou seja, tanto União, Estado, Município tem o encargo de cumprir a sentença judicial.

Remontando ao estudo do mínimo existencial e da reserva do possível, entende-se que atribuição de alguns direitos como a saúde está relacionada ao mínimo que o Estado deve proporcionar. Por sua vez a reserva do possível é um argumento utilizado pelo Estado quando recorre em processo de concessão de medicamentos ou tratamentos.

3 - CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 representou um divisor no que tange a saúde no Brasil, haja vista que no seu texto foram organizadas diretrizes para a organização da saúde por lei infraconstitucional e que culminou no Sistema Único de Saúde. Nesse ínterim, o SUS resultou de atividade do Poder Legislativo com o advento da Lei nº 8.080/90. Lembra-se que posteriormente o conteúdo da saúde passou pelas Emendas Constitucionais 26/00 e 64/10, ambas mencionadas neste trabalho.

Diante do fator de ligação entre os três poderes, e questões de ordem orçamentária quando se trata de direito à saúde, podem ser associadas com a judicialização das tutelas concessivas de medicamentos no Brasil. Essa judicialização também envolve discussões envolvendo competência, conhecimento dos magistrados para a realização de tais julgamentos, dentre outros. Condizente a isto, o presente estudo traçou um elo entre a saúde e os regulamentos legais que tratam disso no Brasil e o fato de que se observa uma abertura maior para a atuação do Poder Judiciário que passou a exercer também atividade de controle de constitucionalidade e no que diz respeito à legislação produzida pelo próprio poder soberano (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Seguindo essa lógica, foi pontuado o fato de que o juiz, ou seja, o Poder Judiciário tem passado a atuar de forma mais expressiva nas questões que dizem respeito a problemas sociais e políticos. Assim, o estudo aqui apresentado se ateve a três pontos para evidenciar a trajetória e o maior acesso aos tribunais no Brasil, primeiramente se desenvolveu o instituto da Ação Popular trazido pela Lei 4.717/65 que na visão de Ada Pellegrini Grinover (2013) significou uma novidade ao trazer a possibilidade de questionamento de atos administrativos e o aumento do número de demandas na esfera judicial. Em segunda ordem Maria Tereza Sadek (2013) relaciona também a entrada em vigor da Lei 7.347/85, que incorporou a Ação Civil Pública no Brasil. E o terceiro ponto é a evolução do controle de constitucionalidade que se deu no Brasil desde a criação do STF no final do século XIX, interessante citar que Maria Tereza Sadek (2013) considera que a com a CF/88 houveram também mudanças no Poder Judiciário que passou “de aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo” (SADEK, 2013, p. 15).

Além das mudanças realizadas com o advento da Constituição Federal de 1988

ocorreu no ano de 2004 a EC 45 que fez mudanças concernentes a organização do Poder Judiciário, a citar que se deu a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a instituição da Súmula Vinculante e Repercussão Geral. Para Maria Tereza Sadek, os dois últimos institutos ressaltaram o papel do STF como Corte Constitucional, trazendo como características a centralização, controle da agenda e agilidade nos julgamentos (SADEK, 2013).

Atento as exposições sobre a maior atuação do Poder Judiciário, está consequentemente o maior número de demandas pedindo medicamentos e tratamentos. Confrontando isto, há uma realidade apontada pelo próprio Ministério da Saúde de que dos 27 estados brasileiros somente 14 destinaram o mínimo de 12% do seu orçamento para a saúde no ano de 2008.

Isso agrava mais ainda a realidade do SUS e quando os magistrados concedem algum tratamento ou medicamento os argumentos dos recursos são que esta havendo descumprimento do orçamento já realizado. Tal fundamento elenca nos recursos que as consequências estão na desorganização das contas pública, assim como é alegada a falta de propriedade dos magistrados em proferir sentenças e concederem tutelas de saúde devido a falta de conhecimento técnico.

Além dos pontos mencionados, dois aspectos que foram estudados separadamente são contrapostos nas argumentações. Hora se utiliza do fato de que o Estado deve garantir o mínimo existencial, devendo assim, com base na teoria que surgiu na Alemanha, prover condições para que os cidadãos tenham acesso a elementos básicos e a garantia de seus direitos, como o caso da saúde e a vida. Porém, a contrarresposta, vem de que as responsabilidades do Estado se limitam dentro da reserva do possível, ou seja, os recursos financeiros e orçamentários devem ser respeitados para que não gere no caso problemas de desvio de despesas no orçamento.

Ponto específico que chama atenção e foi desenvolvido nesse trabalho é o fato de nos processos constarem a requisição do medicamento por meio de tutela antecipada, que muitas vezes é concedida em razão da urgência do início do tratamento. Porém, um caso que chama a atenção ocorreu em São Paulo, em que a 14ª Vara Fazenda Pública concedeu em caráter *initio litis* os medicamentos solicitados e posteriormente restou comprovada a ausência de necessidade de uso destes. Sendo assim, o magistrado determinou que o pai do menor doente devolvesse aos cofres públicos o valor de R\$175.500,00 reais. Isso corrobora a dificuldade da observação e certeza dos diagnósticos, haja vista que pode haver erros, como também rejeições a tratamentos e a

falta de tentes para verificar a eficácia dos tratamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário**. 2006. 458 fls. Doutorado em Saúde Pública – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA: a montanha se moveu. **Consultor Jurídico**. Conjur Editorial, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/loja/item/anuario-justica-2010>>. Acesso em: 06 jun 2013.

ARRUDA, Martha M. de A. Santos. RODRIGUES, Celso Arrais, YAMAMOTO, Mihoko. FIGUEIREDO, Maria Stella. Hemoglobinúria paroxística noturna: da fisiopatologia ao tratamento. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 56, nº2. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302010000200022&script=sci_arttext> Acesso em: 20 nov 2013.

ATOS INSTITUCIONAIS. In: **Portal da Legislação do Governo Federal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 4 dez 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BARROSO. Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 2 jun 2013.

BRANDÃO NETO, Rodrigo Antônio. **Hemoglobinúria Paroxística Noturna- HPN**. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/conteudos/casos/4104/hemoglobinuria_peroxistica_no_turna_hpn.htm> Acesso em 08 ago 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 70/2012 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

_____. **Lei 1261 de 31 de outubro de 1904**. Torna obrigatória, em toda a República, a vacinação e a revacinação contra a varíola. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html>>. Acesso em: 31 nov 2013.

_____. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos

serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 jan 2013.

_____. **Lei 12016 de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29>. Acesso em: 20 out 2013.

_____. **Lei 12401 de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 14 out 2013.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Comissão Intergestores Tripartite (CIT)**. Brasília, Distrito Federal. s/d. Disponível em:
<<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/orgaoscolegiados/orgaos-em-destaque/cit>>. Acesso em: 12/11/2013.

CARRETA, Jorge Augusto. **Médicos e a Revolta da Vacina**. Disponível em:
<<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/164/140>> Acesso:
Acesso em 4 mar 2013.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (org.) **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 1, p. 13-45.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n.23, jan/abr. 2010. P. 176-207.

CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados Especiais** – uma abordagem crítica à luz da sua principiologia. Disponível em:
<https://portal.tjpr.jus.br/download/je/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso em: 15 dez 2013.

CONASS: **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/>>. Acesso em: 03 dez 2013.

CONASEMS: Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. In: **Portal CONASEMS**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conasems.org.br>> . Acesso em: 04 dez 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 75 de 12 de maio de 2009**. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12190-resolucao-n-75-de-12-de-maio-de-2009>> Acesso em: 18 out 2013.

_____. **Recomendação nº 31 do CNJ.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 18 out 2013.

COSTA, Alexandre Bernardino...[et. al.] (org.) **O Direito achado na rua:** Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. Vol 3, nº. 1, p. 07-41, 2002.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FDA – Foods and drugs Administration. *Organização norte-americana faz parte do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos EUA com o intuito de proteger e promover a saúde.* Disponível em: <<http://www.fda.gov/>>. Acesso realizado em 27/11/2013.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. In: **Revista USP**, n. 21, p. 14, mar./abr./maio de 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva. 2003, p.206.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

FREITAS NETO, José Alves de, TASINAFO, Célio Ricardo. História geral e do Brasil. São Paulo: HARBRA, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Watanabe, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930-1945). In: **Educar**, Curitiba, n. 25, 2005. p. 127 a 141.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. **Titularidade dos direitos socioambientais: uma análise à luz do direito à saúde.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2010.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Elená Medeiros de. Em busca do progresso – Pereira Passos e as Posturas Municipais (Rio de Janeiro 1902-1906). *In: 49 Congresso Internacional de Americanistas*, 1997, Quito – Equador. Anais eletrônicos: Quito, 1997. Disponível em: <<http://www.naya.org.ar/congresos/contenido/49CAI/menezes.htm>>. Acesso em: 18 dez 2013.

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

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das Políticas de Saúde no Brasil: Uma pequena revisão.** Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/arquivo/2165>> Acesso em 12 mar 2013.

SADEK, Maria Tereza. Magistrados Brasileiros: caracterizações e opiniões. *In: Pesquisa AMB, 2005.* Disponível em: <<http://www.amb.com.br/docs/noticias/2005/PesquisaAMB2005.pdf>> Acesso em: 06 jun 2013.

SALVIATO, Thainá. A batalha pelo remédio mais caro do mundo: tribunal garante fornecimento de remédio importado de alto custo a portadora de doença rara e grave. *In: Primeira Região em Revista.* Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Assessoria de Comunicação Social. Vol 1, jul 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

SANTOS, Nivaldo dos. Universidade Federal de Goiás. **Normas Gerais para apresentação e defesa da monografia jurídica.** Disponível em: <http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original_original_normas__mj.pdf> Acesso em: 07 mar 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner . Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. *In: Direitos fundamentais e Justiça*, v. 1, p. 191 – 213, out - dez 2007. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf> Acesso em 21 jul 2013.

TAYLOR, Matthew. Beyond Judicial Reform – Courts as Political Actors in Latin America. *In: Latin American Review*, v. 41, n. 2, june 2006.

UNIÃO EUROPEIA. **EMA – European Medicines Agency**. Regula o desenvolvimento da evolução de novos medicamentos no âmbito da União Europeia. Disponível em: <<http://www.ema.europa.eu/ema/>>. Acesso realizado em 27/11/2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. Tempo Brasileiro, *In: Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n.2. São Paulo, 2007.