

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA II

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Sérgio Henriques Zandona Freitas; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-579-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “ACESSO À JUSTIÇA II”, do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Salvador/BA, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Processual e técnicas de resolução alternativa de conflitos, o acesso à jurisdição e suas implicações, os direitos sociais e ambientais, além de estudos para sua efetivação, finalizando pelo processo administrativo, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões inerentes a desjudicialização dos conflitos e a desburocratização da justiça, como políticas econômicas e jurídico-legislativas para atenuar a crise do Poder Judiciário brasileiro; a mediação de conflitos no sistema de ensino jurídico: caminhos para um direito fraterno; o art. 695 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e sua proposta subjetiva de “condicionamento” da jurisdição à conciliação/mediação; a gestão de demandas repetitivas e o acesso à justiça; o novo julgador e seu papel fundamental para um acesso à justiça mais efetivo no Brasil; o acesso autêntico à justiça: as custas judiciais como mecanismo inibitório da litigância abusiva; os entraves à efetividade da garantia ao acesso à justiça: a histórica e emblemática exclusão dos miseráveis no Brasil; o acesso à justiça e a concessão de medicamentos terapêuticos pelo Estado: o controle jurisdicional do direito à saúde; o trabalho como forma de exploração humana no período da segunda guerra mundial; e a busca da eficiência em processo administrativo tributário na Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro para desafogar o Judiciário.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a

prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada à comunidade acadêmica possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual civil brasileiro e de acesso à justiça.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada, a partir do princípio de amplo e irrestrito acesso à justiça e à jurisdição.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do CONPEDI, em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, ante o comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República de 1988.

Salvador, 18 de junho de 2018.

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

federici@pucminas.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

sergiohzf@fumec.br

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ACESSO À JUSTIÇA E A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS TERAPÊUTICOS
PELO ESTADO: O CONTROLE JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE**

**ACCESS TO JUSTICE AND THE CONCESSION OF THERAPEUTIC MEDICINES
BY THE STATE: THE JURISDICTIONAL CONTROL OF THE RIGHT TO
HEALTH**

Erica Ribeiro Guimarães Amorim ¹

Resumo

O presente artigo se propõe a abordar a problemática do acesso à justiça e a judicialização do direito à saúde, no intuito de refletir criticamente os posicionamentos adotados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais pátrios. Serão avaliados casos específicos, que estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), contudo, quando apreciados, o leading case servirá de decisão precedente para diversas outras demandas judiciais semelhantes. Portanto, o debate acadêmico sobre o tema deve ser fortalecido, a fim de se obter uma decisão judicial lastreada nos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Judicialização da saúde, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes to address the issue of access to justice and judicialization of the right to health, in order to reflect critically the positions adopted by both doctrine and jurisprudence of the country courts. Specific cases will be evaluated, which are pending judgment by the Federal Supreme Court (STF), however, when considered, the leading case will serve as a precedent decision for several other similar lawsuits. Therefore, the academic debate on the subject must be strengthened in order to obtain a judicial decision based on constitutional principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Judicialization of health, Social rights

¹ Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) iniciou uma nova fase no sistema jurídico brasileiro, em que foram consagrados importantes princípios e direitos fundamentais. Não por outro motivo, foi apelidada de Constituição cidadã, isso porque diversas garantias fundamentais tomaram protagonismo no sistema jurídico pátrio a partir da Carta de 1988. Entretanto, a efetivação dos direitos fundamentais - especialmente os de cunho prestacional - não seguiram a mesma marcha.

Muitos teóricos do direito tentam implantar limitações aos direitos fundamentais, malgrado a CF/88 seja expressa ao afirmar - em seu §1º do art. 5º - que as normas garantidoras dos direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata¹.

Konrad Hesse (1991, p. 17), há muito, já sustentava que toda Constituição (ainda que considerada como simples construção teórica) expressa uma vontade, esta que encontra o seu *germe* no contexto histórico, político e nas circunstâncias dos seus constituintes.

Deduz-se, assim, que o texto constitucional brasileiro, ao apresentar ao ordenamento jurídico pátrio o §1º do art. 5º da CF, quis demonstrar a sua vontade de concretizar os direitos fundamentais. Tanto em relação aos direitos de defesa, quanto aos prestacionais, porquanto ambos foram alocados no título II “Dos direitos e garantias fundamentais”.

No presente ensaio, será discutida a temática do acesso à justiça e a judicialização do direito fundamental à prestação do serviço de saúde pelo Estado, de sorte que serão abordados os argumentos pós e contra a interferência e controle do poder judiciário nas políticas de saúde adotadas pela Administração Pública. Buscar-se-á sistematizar os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão, extraíndo-se, ao final, um posicionamento crítico à luz da Constituição Republicana.

Nos tópicos a seguir, serão analisados pressupostos básicos ensejadores do grande crescimento de ações judiciais sobre o serviço de assistência à saúde, seja no setor público ou privado.

Não obstante, em estudo de caso, será examinado *leading case* em que se discute a possibilidade de se condenar, por via judicial, o Estado a arcar com medicamentos de alto

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

custo e/ou não estão previstos na lista de fármacos de referência apresentada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Por fim, serão apresentadas conclusões finais, no intuito de suscitar o debate acadêmico acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, e o compromisso que os tribunais pátrios possuem de zelarem pela preservação da força normativa da Constituição.

2. DIREITOS SOCIAIS E A NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTÊNCIAL: BREVES REFLEXÕES

O movimento constitucionalista, que propiciou o texto constitucional brasileiro, baseou-se no princípio da dignidade da pessoa humana e, por meio deste, todos os demais direitos fundamentais foram construídos e incorporados à Constituição pátria.

Há de se perceber que a CF/88 trouxe em seu art. 1º, inciso III, a “dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil². Nesse sentido, aponta Roberto Barroso (2017, p. 10) “A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos”. Isto se deve ao simples fato de que, sem dignidade, outros direitos são imprestáveis.

A origem do princípio da dignidade da pessoa humana remota a Immanuel Kant (2007, p. 16), que sustentava ser o homem um fim em si mesmo, não podendo ser alvo de instrumentalização. Noutras palavras, significa afirmar que cada ser humano possui um valor próprio, uma singularidade.

Para o autor, todos os seres humanos gozam dessa autonomia, de modo que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social (KANT: 2007, p. 16).

Assim, a partir da ideia de dignidade de toda pessoa, é que se sustenta a base de todos os direitos sociais, exigindo do Estado uma postura ativa, mediante ações “necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais” (CUNHA JÚNIOR: 2017, p. 739 e 740).

²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Cumpra frisar que os direitos sociais se diferenciam dos direitos de defesa devido ao seu objeto, visto que neste se tem uma abstenção do Estado, isto é, uma prestação negativa (*non facere*), e. g., direito à intimidade, propriedade, liberdade, etc.; já aquele exige uma atuação positiva e permanente do Poder Público (*facere*), intervindo para assegurar a vontade da constituição, bem como, os direitos mínimos à subsistência digna do ser humano, também possuem o intuito de concretizar a justiça social (CUNHA JÚNIOR: 2017, p. 740).

Por isso que os direitos de defesa ficaram conhecidos como os de primeira geração ou dimensão, ao passo que os direitos sociais são vistos como direitos de segunda geração ou dimensão.

Não se pode olvidar que a Carta Magna de 1988 reconheceu, expressamente, os direitos fundamentais sociais à saúde, previdência social, à alimentação, à moradia, à assistência social, ao trabalho, à educação, à cultura, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

Qualquer direito fundamental para ser concretizado permanentemente exige um custo financeiro, se não fosse assim as arbitrariedades do próprio Estado (ou de outros indivíduos) não seriam controladas pelos órgãos de fiscalização e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Nesse raciocínio, pontua Wilson Alves de Souza (2011, p. 235): “a tese de que os direitos sociais, econômicos e culturais são prestacionais e, por isso, o cumprimento dos mesmos envolve custos, e que os direitos civis e políticos são meras abstenções é uma falácia [...]”.

Entretanto, é notório que, quando comparado aos custos de implementação dos direitos de primeira geração (prestações negativas), os direitos sociais exigem um dispêndio financeiro de dimensões mais elevadas, pois, comumente, necessitam de estruturação de políticas públicas. Nessa toada, Dirley da Cunha Junior (2017, p. 741) explica que: “os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais” (sic).

Pode-se inferir, assim, que a busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fez surgir a ideia de mínimo existencial não somente como "um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável" (SARLET: 2010, p. 93).

Para alguns autores³, a noção de “mínimo existencial” se diferencia do conceito de “mínimo vital”, sendo este entendido como o necessário à sobrevivência (manutenção da vida), enquanto aquele objetiva alcançar a dignidade, no intuito de garantir condições mínimas de integridade física e moral. Entretanto, para a maioria dos doutrinadores, “mínimo existencial” e “mínimo vital” possuem o mesmo significado.

Há de se deduzir que o conteúdo do “mínimo existencial” sofre influência das condições econômicas, culturais, históricas e sociais de uma determinada sociedade. Contudo, é senso comum que “viver não é apenas sobreviver”. Tanto é assim que, nos dias atuais, já se batalha pelo direito ao “máximo existencial”, noutras palavras, sustenta-se o direito à máxima prestação possível do Estado para a coletividade⁴.

Destarte, é notável que a Constituição Republicana consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, conforme o §1º, do art. 5º, da CF. Apesar disso, a efetivação dos direitos prestacionais embarra-se na insuficiência de recursos financeiros do Poder Público, que, no Brasil, ficou amplamente difundido como “reserva do possível”.

Noutro giro, criou-se a noção de mínimo existencial, que pode ser compreendido como o núcleo intocável dos direitos humanos, de forma que qualquer ser humano, independentemente das condições econômicas e/ou sociais do país, tem direito ao mínimo vital (aqui entendido como idêntico ao mínimo existencial).

Devido à consolidação desse entendimento, bem como, ao fato de que não são raras às vezes em que o Estado negligencia os direitos básicos dos cidadãos, é plenamente cabível a judicialização de direitos sociais previstos na Constituição de 1988 e, por vezes, detalhados em leis infraconstitucionais. O tema será apreciado do tópico a seguir.

3. ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

É cediço que com a revolução tecnológica (aumento dos meios de comunicação), bem como, maior difusão do sistema educacional no Brasil, cada vez mais, as pessoas tem tomado ciência dos seus direitos. Acrescenta-se a isso, o maior envelhecimento da população brasileira, além do elevado custo do sistema de saúde suplementar, regido pelas operadoras de

³ Pensam dessa forma: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; DANTAS, Miguel Calmom. *Direito fundamental ao máximo existencial* [manuscrito]. 2011. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>, acesso em 21/08/17; dentre outros.

⁴ Nesse sentido, tem-se a tese de doutorado: DANTAS, Miguel Calmom. *Direito fundamental ao máximo existencial* [manuscrito]. 2011. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>, acesso em 21/08/17.

assistência à saúde da rede privada. Consequentemente, tem crescido o número de ações judiciais que pleiteiam, no judiciário, o direito à prestação estatal do serviço de saúde.

A Carta Magna de 1988 previu expressamente a inafastabilidade do controle jurisdicional em seu art. 5º, XXXV⁵, também conhecido como princípio do direito de ação ou ainda princípio do acesso à justiça. Logo, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída da apreciação do poder judiciário, ainda que seja feita mediante lei.

Bem se vê assim que, ocorrida a violação, o texto constitucional dispôs que compete ao judiciário a restauração da ordem jurídica. Estes meios são a *ação* e a *jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação (BARROSO: 2017, p. 5).

Não por outro motivo, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) defendem que o acesso à justiça é a maior das garantias, porquanto dela depende a concretização de outros direitos fundamentais, nas palavras dos autores “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

A Lei Fundamental brasileira cuidou de disciplinar, inclusive com pormenores, diversos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à prestação da saúde pelo Estado. Dai se afirmar que há uma judicialização da política e dos direitos sociais, pois questões que deveriam ser solucionadas na via administrativa do Poder Público estão sendo deslocadas para o Poder Judiciário. Assim, o poder de gerir os recursos econômicos (que é responsabilidade da Administração Pública), por vezes, tem sido alvo de controle judicial.

Cumprido esclarecer, entretanto, que judicialização dos direitos sociais se distingue de ativismo judicial, notadamente porque neste o judiciário atua legislando positivamente, isto é, indo além de suas atribuições constitucionais, *e. g.*, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132, concedeu nova interpretação ao art. 226, §3º, da CF, possibilitando a união homoafetiva; ao passo que a judicialização é um termo utilizado para expressar a prevalência de controle judicial nas políticas públicas, as quais são de competência originária do Poder Executivo.

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

[...]

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

Consoante expõe Dirley da Cunha Junior (2017, p. 33 a 37), o controle jurisdicional das leis e atos normativos é admissível no ordenamento jurídico nacional por diversas razões, são elas:

(1º) a doutrina classifica a Constituição de 1988 como sendo formal, rígida e analítica. Noutras palavras, o texto constitucional brasileiro é dotado de supremacia hierárquica erigidez, logo, para ser alterado o seu conteúdo, é necessário que sejam observados todos os requisitos previstos pela própria Carta Magna (art. 60 e seus parágrafos). Além disso, a CF/88 tratou dos direitos sociais com riqueza de detalhes.

(2º) soma-se a isso, o fato de que a CF consagrou o controle híbrido de constitucionalidade (difuso/concreto e concentrado/abstrato), de sorte que tanto o juiz de primeira instância quanto a Suprema Corte podem exercer o controle de constitucionalidade dos atos públicos.

(3º) Frisa-se ainda o princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CR/88), que prevê a independência e harmonia dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de tal forma que os integrantes do poder judiciário podem exercer suas funções com autonomia e independência, estando submetidos tão somente aos limites impostos pela Lei Fundamental;

(4º) Por fim, há de se destacar o princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), que lastreia o direito de ação, bem como, o dever do Estado-Juiz de promover a pacificação dos conflitos sociais, inibindo a autotutela.

Pode-se inferir, assim, que os direitos sociais e, em especial, o direito à saúde podem ser alvo de controle jurisdicional, tendo em vista o regramento detalhado da matéria pela Carta Magna e a própria força normativa dos princípios constitucionais.

3.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E SUA APLICABILIDADE IMEDIATA

A Constituição brasileira positivou o direito à saúde dentro do capítulo II da “SEGURIDADE SOCIAL”, em especial, entre os artigos 196 a 200. Diferentemente do que existia até então no Brasil, “a partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde” (BARROSO: 2017, p. 14).

Dispõe o texto constitucional que a saúde, a previdência e a assistência social integram a seguridade social⁶. Dispõe expressamente o art. 196 que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado”⁷. Bem se vê na leitura do dispositivo que a Carta de 1988 outorgou a responsabilidade ao Poder Público de promover o acesso universal e igualitário do serviço de saúde, sem qualquer ressalva acerca da aplicabilidade imediata da norma.

No art. 197⁸, a Lei Fundamental esclarece que compete ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde. Todavia, para a maioria dos estudiosos em direito constitucional⁹, o art. 197 não impôs uma limitação ao quanto previsto no art. 196, visto que o constituinte foi fulgente ao expor sua vontade de que o serviço de saúde seja instituído mediante políticas públicas e independentemente de posterior regulamentação.

Há de se notar, porém, que alguns intérpretes defendem a aplicabilidade limitada da aludida norma, sob o argumento de que a implementação de políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde necessitam de recursos financeiros do Estado, devendo-se observar a “reserva do possível”.

Segundo Sarlet (2010, p. 287), a origem do termo “reserva do possível” surgiu do julgamento do caso *numerus clausus* pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, em que fora apreciada uma demanda postulada por um candidato ao curso de Medicina que postulou a ação com base no direito de acesso ao ensino superior.

Nessa ocasião, a Corte alemã se posicionou no sentido de que a prestação reclamada “deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo o Estado podendo dispor dos recursos, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha aos limites do razoável” (SARLET: 2010, p. 287).

Vislumbra-se, dessa forma, que a Corte Constitucional da Alemanha não concedeu à parte autora sua pretensão jurídica por entendê-la como desarrazoada, extrapolando o arcabouço protetivo trazido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico como um todo, não por inexistirem recursos financeiros.

⁶Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

⁷Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁸Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

⁹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 9 ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

Logo, infere-se que o conceito de “reserva do possível” não surgiu para proteger o Estado dos seus deveres legais. Mas para delinear os limites resguardados pelo “guarda-chuva” constitucional.

Explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 41) que o Estado deve atuar positivamente, na incessante busca pela realização da justiça social, de sorte que também é responsabilidade dos juízes a efetivação dos direitos.

Nas palavras dos autores: “o papel do governo não pode mais se limitar a ser a de um ‘gerdame’ ou ‘nightwatchman’; ao contrário, o estado social – o ‘Étatprovidence’, como o chamam os franceses – deve fazer a sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*” (sic).

No mesmo raciocínio, Cancellier Olivo defende que “a interpretação sempre implica em certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, em grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos” (OLIVO: 2000, p. 90).

Portanto, o Estado não pode se escusar de cumprir os seus deveres constitucionais, sob a sustentação da “reserva do possível”. Inobstante a isso, o legislativo e o judiciário podem exercer o controle de razoabilidade dos direitos e garantias previstos na Lei Fundamental de 1988.

3.2 OS PARÂMETROS ADOTADOS PELO STF PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No Brasil, a judicialização do direito à saúde se intensificou nos primeiros anos da década de 90, pois, nessa época, cresceu o número de demandas judiciais que guerreavam a concessão de medicamentos para o tratamento da imunodeficiência humana (HIV). Somente após reiteradas decisões determinando ao Poder Público que fornecesse as drogas antirretrovirais para os portadores do vírus, foi que o Estado implementou a política pública para o tratamento da doença (ALCÂNTARA: 1997, p. 88).

Desse modo, “de uma posição contingente e tímida, restrita a algumas hipóteses de fornecimento de antirretrovirais a portadores do vírus da imunodeficiência humana no início dos anos 90, a atuação judicial logo se estendeu para conceder fármacos para o tratamento de outras moléstias [...]” (ALCÂNTARA: 1997, p. 88).

Como demonstrado alhures, são diversas as razões que influenciam no aumento do número de demandas judiciais que pretendem a efetivação do direito à saúde. Em decorrência

dessa grande contingência de processos, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral de dois Recursos Extraordinários (RE's), quais sejam: RE nº 566.471 e RE nº 657.718, que discutem sobre a concessão de medicamentos não incorporados no Sistema Único de Saúde (SUS), de sorte que ambos os recursos estão sendo julgados conjuntamente.

Dos onze Ministros que compõem o plenário da Suprema Corte, três já proferiram voto acerca desse *leading case*. Notadamente, ambas as demandas tratam de controvérsia acerca da possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer medicamento sem registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e ainda de alto custo a portador(a) de doença grave que não possua recursos financeiros para custear o tratamento¹⁰.

No RE nº 566.471, proposto pelo Estado do Rio Grande do Norte - RN, em face da decisão *a quo* que concedeu a pretensão autoral para condenar o Estado ao fornecimento de medicamento de custo superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil) por caixa - *Sildenafil* 50mg. Este que, à época da propositura da ação, não constava na relação de tratamentos fornecidos pelo SUS. Posteriormente, o aludido medicamento foi incorporado aos tratamentos concedidos pelo Sistema Único. Em segunda instância, a sentença foi mantida pelo Tribunal Colegiado, tendo em vista a imprescindibilidade do fármaco para a manutenção da vida da parte autora, bem como, a ausência de recursos para custeá-lo¹¹.

O recorrente (Estado do RN), ao seu passo, sustentou que a decisão judicial não se atentou para a reserva do possível, já que o Estado deveria privilegiar a destinação de recursos a políticas de saúde capazes de atender centenas de cidadãos, ao invés de empregar a mesma quantia para custear um único tratamento. Arguiu ainda que o deferimento do pedido fere o princípio constitucional da legalidade orçamentária, porquanto toda ação estatal que dispenda recurso financeiro deve ser aprovada por lei orçamentária. Por fim, alega que mais de 70% dos recursos destinados à saúde foram gastos com o cumprimento de decisões judiciais.

Já o RE nº 657.718, fora proposto por uma paciente que não obteve a tutela jurisdicional da sua pretensão de receber fármaco que não tem registro na ANVISA, neste caso, o processo foi em face do Estado de Minas Gerais.

O Ministro Marco Aurélio Mello foi o relator do *leading case*, proferindo voto no sentido de que problemas orçamentários não podem obstaculizar a efetivação de direitos sociais fundamentais. Ressaltou o Ministro que o “mínimo existência” não pode ser

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do RE nº 566.471 e RE nº 657.718. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 28/09/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acessado em 30/08/17, p. 4.

¹¹ Idem.

desprezado pelo judiciário, o direito individual à saúde se sobrepõe à tese da reserva do possível.

Assim, o referido Ministro definiu dois critérios para se configurar o dever estatal de fornecer medicamentos, independentemente do seu custo ou de constar na lista de dispensação de medicamentos do SUS. São eles: (1º) a imprescindibilidade do medicamento, sendo este o primeiro filtro de adequação e necessidade, devendo ser comprovada (mediante laudo médico) a impossibilidade de substituição do fármaco por outro; (2º) a incapacidade financeira de aquisição do medicamento do paciente e dos membros da família solidária, comprovada mediante instrução processual e respeitando-se as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do CC.

O Ministro de Luís Roberto Barroso, por sua vez, se posicionou no sentido de que, nos casos de ações em que se pretende a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS, deve-se “reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública”¹².

Para isso, o Ministro Barroso propôs a observância de cinco requisitos cumulativos a serem observados pelo judiciário para a concessão de fármacos, quais sejam:

(1º) a incapacidade financeira da parte autora da pretensão de arcar com o custo do tratamento médico, neste aspecto, discorda do Ministro Marco Aurélio por entender que a impossibilidade de custeio deve ser do paciente, não se estendendo aos familiares.

(2º) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, isso porque, defende o Ministro Barroso, que se houve negativa expressa da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) há razão justificável, notadamente porque tal órgão é formado por um colegiado de especialistas, que são responsáveis por decidir quais os medicamentos que serão incluídos ou excluídos do rol de medicamentos concedidos pelo SUS.

(3º) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, significa afirmar que dentre os fármacos concedidos pelo Sistema Único não há nenhum que sirva para o tratamento pleiteado; (4º) a comprovação de eficiência do medicamento requerido, baseando-se em evidências científicas;

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do RE nº 566.471 e RE nº 657.718. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 28/09/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acessado em 30/08/17, p. 2.

(5º) a propositura de demanda necessariamente em face da União, porquanto é ela a responsável pela incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS. O aludido Ministro acrescentou ainda um parâmetro procedimental: a necessidade de um diálogo interinstitucional entre o judiciário e instituições com especialidade técnica na área da saúde¹³.

Em seguida, coube ao Ministro Luiz Edson Fachin proferir o seu voto nos RE's em apreço, entendendo que a concessão de medicamentos de alto custo ou não, que não são disponibilizados pelo SUS ou sequer possuem registro na ANVISA, só podem ser admitidas em caráter de excepcionalidade.

Por isso, o mencionado Ministro também formulou cinco condições para a concessão de fármacos não incorporados à política de saúde pública do SUS, são eles:

(1º) prévio requerimento administrativo, podendo ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador – Segundo o Ministro, a Administração deve ser ouvida, no intuito de se averiguar a pertinência técnica da pretensão.

(2º) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada a impossibilidade, isso porque os médicos que trabalham no Sistema Único conhecem com maior precisão os tratamentos concedidos pela rede pública de saúde, logo, em caso de imprestabilidade das opções terapêuticas dispensadas na rede pública, tais profissionais são os mais adequados a prestar esta informação.

(3º) indicação do medicamento por meio da denominação comum brasileira ou a denominação internacional, já que as prescrições pelo princípio ativo do medicamento - a chamada Denominação Comum Brasileira - facilitam a sua aquisição pela rede pública, bem como sua eventual incorporação pelo SUS.

(4º) justificativa da inadequação da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública, o autor deve apresentar prova da evidência científica, inexistência, ineficácia ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos do SUS.

(5º) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidência, além das vantagens para o paciente, comparando, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

¹³ Id.

Após o voto do Ministro Fachin, o então Ministro Teori Zavascki solicitou vista dos autos para proferir o seu voto. Entretanto, em decorrência do falecimento do Min. Zavascki, o julgamento do recurso foi suspenso por tempo indeterminado.

Há de se notar, por oportuno, que nos casos de demandas judiciais em que se guerreia o fornecimento de fármacos incorporados à política pública de saúde, não pairam dúvidas acerca da obrigatoriedade do Estado fornecê-lo. Ora, se o medicamento é disponibilizado gratuitamente pelo SUS, o judiciário deve apenas determinar a concretização de uma política pública já implantada. Nessas situações, basta que se comprove a necessidade do fármaco, bem como, a prévia tentativa de sua obtenção na Administração Pública¹⁴.

Pelo que se constata, o julgamento dos RE's nº 566.471 e nº 657.718 caminha para uma interpretação restritiva do direito constitucional à saúde, tendo em vista a fixação de diversas condições para a concessão judicial dos tratamentos médicos. Todavia, restam oito Ministros do STF pronunciarem voto, isso significa que, nesse momento, qualquer conclusão acerca do posicionamento da Corte Suprema sobre *leading case* será imatura, pois cada Ministro pode trazer a baila seus próprios entendimentos.

Contudo, revela-se útil a análise dos votos supramencionados para se inferir que não raramente o judiciário tem estimulado a concessão de políticas públicas de larga escala, como ocorreu com os portadores da imunodeficiência humana (HIV) e no próprio RE nº 566.471, pois, no decorrer no processo, a ANVISA decidiu incorporá-lo à política de saúde pública no Brasil, graças ao debate suscitado pela apreciação judicial.

4. CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, pode-se concluir que a Constituição Republicana de 1988 demonstrou claramente sua vontade de consagrar os direitos sociais como direitos fundamentais. Além disso, a CF/88 ousou ao dispor, no seu §1º do art. 5º, acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Desse modo, tanto quanto possível juridicamente, o texto constitucional brasileiro deve ser dotado de força normativa e superioridade hierárquica sobre todas as demais normas

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do RE nº 566.471 e RE nº 657.718. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 28/09/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acessado em 30/08/17, p. 2.

aplicáveis, uma vez que somente assim os hermeneutas e operadores do direito poderão ter uma postura mais respeitosa e garantidora do cumprimento da Constituição.

Cumprindo ressaltar que, consoante pontua Cappelletti e Garth, o acesso à justiça é uma das maiores das garantias, notadamente porque sem o acesso livre ao judiciário outros direitos fundamentais não poderiam ser pleiteados nos Tribunais.

Bem se vê que, cada vez mais, a judicialização da saúde tem crescido no Brasil, em decorrência da conduta omissiva do Poder Legislativo e da Administração Pública, de modo que o Poder Judiciário pode e deve assumir o seu papel de promover a justiça social e efetivar a Carta de 1988.

Destarte, o estudo dos RE's nº 566.471 e nº 657.718 comprova que o judiciário pode incentivar a implementação de políticas públicas na sociedade, porquanto não raramente questões discutidas em processos individuais (ou mesmo coletivos) são levadas à discussão nos setores da Administração Pública e, assim, são concretizadas para toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

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://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>, acesso em 13/08/17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do RE nº 566.471 e RE nº 657.718. Relator: MELLO, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 28/09/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acessado em 30/08/17, p. 4.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30-51.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988.

_____. *Juízes legisladores?* tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 9ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., rev. atual. eamp., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Ações Constitucionais*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. In: *Revista Sequência da UFSC*, n. 41, ISSN 2177-7055P. 90. Florianópolis, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.