

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

CAROLINA ALTOÉ VELASCO

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carolina Altoé Velasco; Lucas Gonçalves da Silva; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-311-5

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira, sobretudo, neste tempo de pandemia, emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 27 artigos em uma visão transversal e interdisciplinar, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o direito ao esquecimento na era da informação; o direito de acesso à internet como direito social fundamental; igualdade perante a lei e na lei: uma análise do princípio da igualdade sob a perspectiva da busca pela justiça através de atos normativos de discriminação positiva; direitos das crianças e adolescentes e políticas públicas: uma análise do projeto “políticas públicas para crianças e adolescentes em situação de rua de Ribeirão Preto – SP”; o programa nacional de habitação urbana e a década perdida; o papel distributivo do Estado na administração de políticas públicas: uma análise do programa fundo esperança; mínimo existencial e reserva do possível em judicialização de políticas públicas; direito à educação de qualidade e as escolas cívico-militares; a utilização da extrafiscalidade como instrumento para efetivação de políticas públicas; o “vírus da fome”, a insegurança alimentar no Brasil e no mundo e o desenvolvimento humano ; o programa bolsa família como efetivação do direito à alimentação; os princípios da prevenção e da precaução sob a ótica do Supremo Tribunal Federal no campo da saúde; os parâmetros para nomeação de candidatos aprovados em concurso público às vagas para pessoas com deficiência e sua incidência no âmbito do município de Manaus; o conceito de pobreza através do pensamento de Amartya Sen, o direito à alimentação e a necessidade de políticas públicas para a erradicação da fome o

direito à saúde na Constituição brasileira: o SUS como ferramenta para o enfrentamento da pandemia do SARS COV2; o direito fundamental à saúde no estado pandêmico: considerações sobre os limites da decidibilidade judicial para a concretização de um direito social em um cenário excepcional; educação pública inclusiva no Brasil em tempos de pandemia; a judicialização do direito à saúde e a responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos de alto custo como política pública; direito a saúde e o ativismo judicial em virtude da pandemia; direito fundamental individual e coletivo à saúde construindo à dignidade humana; a possibilidade de aborto nos casos de microcefalia ligados ao zikavírus: da omissão à responsabilização do estado; a práxis de alteridade nas políticas públicas tributárias extrafiscais: um estudo sobre a distributividade do imposto territorial rural; o direito fundamental à saúde, o princípio da reserva do possível e a jurisdicionalização da saúde: uma revisitação ao instituto em tempos de pandemia; a formação para a docência na educação profissional tecnológica: um olhar jurídico a partir de alguns dispositivos legais; a administração pública em tempos de pandemia: o exercício do poder de polícia e seus limites; apenados (as) LGBT: no vácuo legislativo, a conquista de direitos pela via judicial e de políticas públicas; dos direitos coletivos às garantias individuais: análise sobre as relações trabalhistas diante da recusa da vacinação contra a COVID -19 na perspectiva do ministério público do trabalho.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dra. Carolina Altoé Velasco - UCAM

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO COMO POLÍTICA PÚBLICA

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE STATE'S RESPONSIBILITY IN THE SUPPLY OF HIGH-COST DRUGS AS PUBLIC POLICY

Paula Susana de Carvalho Viana ¹

Arianne Brito Cal Athias ²

Resumo

O estudo aborda a judicialização do direito à saúde no que tange à responsabilidade do Estado em fornecer, ou não, medicamentos de alto custo fundamentais para o tratamento médico de paciente que assim necessite, abordando como forma de aplicação de política pública pelo poder público para garantia do direito fundamental previsto na Constituição. O cerne principal do estudo versa acerca da atuação do Estado na prestação dessa política pública, além da participação direta do judiciário para efetivá-la, garantindo o mínimo existencial, sem desprezar os limites orçamentários do Estado.

Palavras-chave: Judicialização, Direito à saúde, Medicamentos, Políticas públicas, Estado

Abstract/Resumen/Résumé

The study addresses the judicialization of the right to health with regard to the State's responsibility to provide, or not, high-cost drugs essential for the medical treatment of patients who need it, addressing it as a form of application of public policy by the government to guarantee fundamental right provided for in the Constitution. The main focus of the study is on the State's performance in the provision of this public policy, in addition to the direct participation of the judiciary to make it effective, guaranteeing the minimum existential, without disregarding the State's budgetary limits.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Right to health, Medicines, Public policy, State

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogada

² Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca. Doutora em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestra em Direitos Fundamentais pela UNAMA. Professora da UFPA e da UNAMA

I. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo centraliza-se na problemática do direito ao fornecimento de medicamentos de alto custo não amparados pelo Sistema Único de Saúde, tendo em vista as constantes mudanças de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no cenário jurídico brasileiro

Em ambas as vertentes, o embasamento legal é a própria Constituição Federal, com diversas interpretações sob o mesmo tema. Dessa feita, decidir sobre qual vertente é a mais justa e viável para a sociedade, sem sombra de dúvidas, torna-se uma tarefa árdua e complexa. Além disso, torna-se relevante esmiuçar acerca da responsabilidade do Estado na promoção de políticas públicas como ferramenta garantidora da eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988. Conceituar e compreender na prática como funciona a aplicação de políticas públicas no contexto político atual torna-se totalmente pertinente, além de demonstrar seus limites e formas de alcançar a sociedade, levando em consideração a garantia do mínimo existencial, estando este diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e em contrapartida a teoria da reserva do possível que resguarda os limites orçamentários do poder público como gerenciador de políticas públicas.

Nesse sentido, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais surgem, haja vista de que algumas entendem por “políticas públicas” todo e qualquer tipo de amparo ao cidadão no sentido de assegurar seus direitos fundamentais, incluindo a saúde, e por isso cabendo também o fornecimento de medicamentos de alto custo sem qualquer limitação.

Entretanto, posicionamentos contrários acreditam que este dever não é absoluto, e sofre restrições significativas. Pelo fato de haver diversos pontos controvertidos acerca do assunto, este sempre volta à tona no cenário jurídico e por isso, poderá sofrer modificações jurisprudenciais. E para analisar acerca de tal temática, vislumbra-se neste trabalho, a partir do método hipotético-dedutivo, apresentar seus conceitos, princípios, características e discussões no cenário jurídico, trazendo o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema e assim fomentar a sua essencialidade social.

Neste momento, prova-se que o caso em epígrafe é extremamente relevante e merece total atenção, por ser verossímil, atual e de extremo interesse para a sociedade em geral, e também para o Estado em si, para assim definir se, este terá ou não responsabilidade e o dever de arcar financeiramente com os tratamentos de saúde de cidadãos brasileiros declarados hipossuficientes, ao fornecer medicamentos de alto custo imprescindíveis para a realização do tratamento destes.

II. A SAÚDE COMO UM DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes da promulgação da Constituição Federal em 1988, a saúde não era considerada de fato como um direito do cidadão e dever do Estado, e sim, mero benefício àqueles que contribuía regularmente à Previdência Social, e no máximo poderia ser chamado de “direito à assistência em saúde”, de forma que tal direito era restrito aos contribuintes do sistema previdenciário e aos seus dependentes, caso houvesse. O que se havia nas Constituições anteriores eram somente menções ao termo “saúde”, tratando de forma genérica e destinada somente aos trabalhadores formais.

O direito à saúde, incontestavelmente, é um direito devidamente previsto na Constituição Federal de 1988 em diversos artigos, iniciando no rol dos direitos sociais e ratificado em demais previsões no discorrer da Carta Magna, tendo este direito sido reconhecido como um direito fundamental pela primeira vez após diversas Constituições existentes no Brasil no decorrer dos anos. Não restam dúvidas de que o Estado possui a responsabilidade de promover meios que garantam a saúde dos cidadãos, sendo, ou pelo menos devendo ser, uma das prioridades orçamentárias do governo.

O artigo 6º da Constituição (1988) insere, dentre os direitos sociais, o direito à saúde, conforme previsão:

art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não bastando inseri-la nesse rol de direitos sociais, a Carta Magna preocupou-se em ratificar tal direito de forma específica entre os artigos 196 a 200, em que incumbe ao Estado o dever de garantir, de forma igualitária, o direito à saúde, de forma a promover todo o tipo de meio possível para garantir sua proteção e recuperação, inclusive mediante políticas **econômicas** para tal.

Pela doutrina brasileira, a saúde é considerada como um direito de segunda dimensão, e dessa forma, se faz necessária a atuação eficaz do poder público para sua concretização, através de prestações materiais que inclusive estão à disposição dos cidadãos para que estes reivindicuem. Por ser considerado um direito fundamental, é imprescindível que haja sua

máxima efetividade com o maior alcance possível, haja vista que, sem sombra de dúvidas, o direito à saúde está diretamente ligado com a garantia da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto fundamento da República, conforme previsto no inciso III do artigo 1º da Carta Magna.

A Constituição Brasileira expõe de maneira ampla acerca do direito à saúde, incumbindo ao Estado a elaboração de políticas sociais e econômicas que garantam de modo eficaz o acesso à saúde para toda a população. Entretanto, o legislador não delimitou de que forma realmente o Estado pode e deve garantir esse direito, nem seus limites e naturezas. Sendo assim, é comumente discutido se o Estado, como detentor do dever de prestar os serviços de saúde, também é obrigado a oferecer qualquer atendimento médico-hospitalar e odontológico, além do fornecer todo o tipo de medicamento indicado para tratamento de determinada doença acometida, além de realizar exames médicos de qualquer natureza, dentre outros.

Sobre isso, o jurista Ingo Sarlet (2007) afirma que na realidade brasileira, caberá ao Poder Legislativo concretizar o direito à saúde, tanto no âmbito federal, quanto estadual e municipal, dependendo da competência prevista na Constituição, e cabendo ao Judiciário, quando provocado, interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais que a concretizarem. E é sobre essa competência que surgem os diversos desdobramentos acerca de compreender como, e de que forma, seja garantida a eficácia do direito à saúde a todo cidadão sem interferir na repartição dos poderes, sem provocar o chamado ativismo judicial exacerbado, e principalmente, estabelecer o mínimo existencial (de acordo com a realidade social do indivíduo), mas não deixando de lado a observância da reserva do possível.

Compreende-se, portanto, que o Estado deve criar estruturas organizacionais para o devido cumprimento constitucional no que se refere a preservar e promover a saúde, e por que não falar, a própria vida. Sendo assim, incumbe ao poder público estabelecer órgãos especializados para proteger os direitos fundamentais constitucionais previstos, e com o direito à saúde não poderia ser diferente. E corroborando com esse entendimento, Robert Alexy (2008, p.323) enfatiza: “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais”.

Assim, pode-se considerar que da mesma forma que o Estado possui o dever de concretizar os direitos constitucionalmente previstos através da criação de órgãos incumbidos de tutelá-los além de regulamentar seus atos através de normas administrativas, também deverá obedecer a extensão e limites estabelecidos na própria Constituição, o que de fato não são tarefas fáceis, e por isso, demandam maior atenção e preocupação por parte do poder público em como geri-las.

II.1 A CRIAÇÃO E OS FUNDAMENTOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A saúde sempre foi uma pauta de essencial relevância para a sociedade ao redor do mundo. A preocupação do cidadão em ser saudável e ainda mais, de buscar o tratamento e até mesmo a cura para as doenças percorre desde o início da civilização, mas de fato, em alguns países, essa responsabilidade não pertence ao Estado de forma gratuita aos indivíduos, cabendo a cada um arcar com as suas despesas médicas e hospitalares. O Brasil, entretanto, avançou significativamente ao estabelecer na Constituição de 1988 a saúde como um direito ao cidadão e um dever do Estado. Mas não somente isto, mas também regulamentou a criação do Sistema Único de Saúde, determinando que este sistema deva ser gratuito, de qualidade e universal, ou seja, acessível a todos os brasileiros e os residentes em território nacional. Teve início entre os anos 70 e 80, a partir do engajamento de diversos grupos a um movimento sanitário com o intuito de solucionar os problemas de saúde da população e criando assim uma forma de atendê-la, e assim foi devidamente organizada e regulamentada na Carta Magna vigente.

No ano de 1990 foi aprovada a lei nº 8.080, intitulada como Lei Orgânica da Saúde, que trouxe pormenorizado o funcionamento do sistema público de saúde além de instituir seus preceitos e fundamentos e seguem em vigor até os dias atuais, tendo sido essencial para que a partir de então a população pudesse de fato ter acesso à saúde gratuita. Além desta lei, foi sancionada a lei nº 8.142 de 1990, que dispõe acerca da gestão e o financiamento do SUS, também abordando sobre a participação da comunidade como integrante do sistema.

O papel do Sistema Único de Saúde tem por base três princípios previstos na Constituição: Universalidade; Equidade e Integralidade. O primeiro princípio identifica a saúde com um direito a todo e qualquer cidadão, cabendo ao Estado assegurar-lhe sem distinção de sexo, raça ou qualquer outra característica diferenciadora. Atrelado a este, o segundo princípio objetiva justamente reduzir desigualdades, mas não deixando de levar em consideração que cada indivíduo possui necessidades distintas, e por isso, aplica-se perfeitamente o pensamento de Aristóteles, ao dizer que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, e por isso, caberá maior investir mais onde a carência for maior. Por último, no princípio da Integralidade, os cidadãos são considerados como um todo, de forma a atender todas as suas necessidades, e assim, pressupõe a saúde atrelada com outras políticas públicas aplicadas do governo, assegurando uma atuação muito mais abrangente e eficaz entre as diversas áreas que tenham como objetivo a garantia de maior qualidade de vida aos indivíduos.

Obviamente, o SUS não se sustenta sozinho, e nem atua de forma isolada às demais ações governamentais, muito pelo contrário, age em conjunto com diversos outros setores e repercute em outras políticas públicas aplicadas do poder público. Além disso, os serviços de saúde pública carecem de financiamento para atender às necessidades da sociedade para alcançarem de fato a prestação desses serviços. Por isso, esse financiamento ocorre de maneira indireta, mediante arrecadação de impostos, principalmente, e outras formas de obtenção de recursos por parte dos entes federativos. Sua administração é realizada de forma tripartite, desde a Emenda Constitucional 29, contando com os recursos orçamentários da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, sendo os gestores os responsáveis pela devida administração desses recursos, e acerca disso Ferreira (2015, p. 30) menciona:

[...] a Constituição atribuiu competência para *legislar* sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 24, XII, e 30, II). A União deve estipular normas gerais (art. 24, §1º); os Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, §2º); e os Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo também suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). Quanto no âmbito administrativo (por exemplo, a possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II).

Dessa forma, é possível asseverar que a Carta Magna de 1988, ao preocupar-se com os problemas sociais perpassados pela população brasileira, em especial à saúde pública, destaca-a como um direito fundamental, estabelecendo dispositivos que mostram sua essencialidade e ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, dando oportunidade ao cidadão de reivindicá-lo nas vias administrativa e judicial quando este direito não for devidamente alcançado por aquele que necessitar.

II.II OS MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO NÃO FORNECIDOS PELO SUS

É pacífico o entendimento de que a saúde deve ser integral, e dessa forma abranger tudo que for necessário para prevenir e tratar doenças. Por isso, o Sistema Único de Saúde (SUS) organiza a sua assistência farmacêutica de acordo com os ditames previstos no Decreto Federal nº 7508, que é responsável por regulamentar a Lei Orgânica 8080/90, onde também prevê a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que se trata de uma seleção de medicamentos indicados pelo SUS para o tratamento de doenças e que por isso, terão o seu fornecimento realizado de forma gratuita. Para ter acesso a esses medicamentos, o paciente precisa ter sido atendido pelo SUS, devendo portar seu cartão do Sistema, além de prescrição feita pelo profissional de saúde habilitado, de acordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes

Terapêuticas. Deve-se levar em consideração também que essa prescrição deve estar em conformidade com a relação complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos, e a sua distribuição ocorre em uma das unidades indicadas pelo próprio SUS.

A Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde apresenta de forma clara as diretrizes da Assistência Farmacêutica do SUS, estabelecendo as regras no que tange à cessão pública desses medicamentos, dentro dos entes federativos, de maneira segura e eficaz ao cidadão, ora paciente. Apesar dos constantes avanços da indústria farmacêutica como a política dos genéricos, as pesquisas científicas e a criação da Farmácia Popular e com isso, a ampliação da relação dos medicamentos fornecidos, ainda sim é possível verificar a dificuldade em atender a demanda de todos os medicamentos necessários para os diversos tipos de tratamentos médicos, além de que muitos desses possuem preço significativo, por serem produzidos com matérias-primas caras e algumas até mesmo estrangeiras.

Por essas e outras dificuldades que alguns medicamentos acabam por não estarem presentes no rol previsto do RENAME, não sendo possível então, de forma administrativa, haver o fornecimento gratuito para aquele cidadão que precise para o seu tratamento. Por esse motivo que há uma crescente demanda de processos judiciais com o intuito de responsabilizar o Estado a fornecer determinado remédio de alto custo como argumento de que o direito à saúde seja garantido ao paciente quando este não tiver condições para arcar com o seu tratamento.

III. APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

A ideia de políticas públicas advém do campo da Ciência Política e também da Ciência da Administração Pública e permeia outras áreas do direito, vislumbrando-se como cada vez mais atual e próximo da realidade jurídica. As políticas públicas estão diretamente ligadas à concretização dos direitos sociais nas Constituições, que a partir do século XX, ensejou numa mudança de postura do Estado, adotando uma conduta mais prestacional e menos abstencionista, trazendo inovações quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Compreendeu-se, então, que os direitos sociais se baseiam em garantir a efetividade e aplicação dos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, seria o vínculo concretizador para que estes primeiros direitos de fato fossem reais e atendessem as necessidades dos cidadãos. Entretanto, houve, e pode-se dizer que ainda há, juristas que acreditam existir um excesso de direitos, especialmente os sociais, porque seus cumprimentos dependem da disponibilidade econômica do Estado e que este não possui condições para realização de todos estes direitos previstos nas Cartas Magnas, trazendo um entendimento de que os textos

constitucionais de diversos países, a partir das Declarações Internacionais, são cada vez mais utópicos e difíceis de serem alcançados, prejudicando assim a sua eficácia.

No âmbito doutrinário do direito brasileiro, ao tentar conceituar o tempo políticas públicas, não se pode deixar de mencionar os principais estudiosos acerca do tema: Maria Paula Dallari Bucci; Fábio Comparato; Eros Roberto Grau e Felipe de Melo Fonte.

Maria Paula Bucci (2006) define seguinte forma:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Ou seja, para ela, as políticas públicas ganham forma por meio de planos públicos (programa do material escolar, programa do álcool e outros).

Para Fábio Konder Comparato (1997), a definição seria: “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Já para o estudioso Eros Roberto Grau (2000) o termo “políticas públicas” conceitua-se da seguinte maneira: “designa todas as atuações do Estado cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.

Ainda se faz pertinente demonstrar a conceituação de Felipe de Melo Fonte (2015) que define como “conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”, e, além disso, o autor afirma que as políticas públicas são cíclicas e para melhor organização e compreensão, estabeleceu os quatro ciclos que são os seguintes: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha de políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.

Com o desenvolvimento do estudo acerca das políticas públicas no campo das ciências sociais, e sobretudo do direito, percebeu-se a importância da participação da sociedade na formulação e execução das políticas públicas, haja vista que elas existem justamente para corresponder os anseios sociais, criando assim um interessante diálogo entre a Sociedade e a Administração, e dessa forma este último passa a agir em conjunto com aquele, adotando portando uma postura esta típica do Estado de bem-esta social.

Marcos Augusto Perez (2006) aborda essa temática no texto “A participação da sociedade na formulação, execução e decisão das políticas públicas”, em que afirma que o termo “políticas públicas” define-se como uma organização sistemática dos motivos

fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais. Ele ainda enfatiza que o mercado é também um dos responsáveis pela formulação das políticas públicas, que vai além do sentido meramente econômico, mas também no que tange à proteção e recuperação do meio ambiente, educação, difusão da cultura e assistência em geral. Essa afirmativa concretiza-se através de diversas ações empresariais, como por exemplo, o conceito de empresa limpa, o fomento dos trabalhos voluntários, os projetos comunitários e dentre outros.

Dessa forma, não restam dúvidas de que é naturalmente imprescindível que haja a participação da sociedade na concretização das políticas públicas, pois a Administração Pública deve ter como objetivos primordiais o Bem-estar coletivo e a Justiça social, através da aplicação correta dessas políticas públicas, e que deve sempre estar de acordo com uma postura transparente quanto a sua atuação, além da ampla controlabilidade e por fim a participação da sociedade no desenvolvimento dessas políticas públicas para que de fato essas possam atender às demandas sociais. Sendo assim, torna-se primordial que haja a estruturação bem definida das políticas públicas, para que a Constituição tenha sua real eficácia e não seja mero escrito, e por isso, a concretização dos direitos sociais, incluindo o direito à saúde, depende de políticas eficazes que sem dúvida devem ser formuladas e executadas pelo Estado com direta participação da sociedade.

III.1 A APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO À SAÚDE

É sabido que a Constituição de 1988 prevê que os entes públicos possuem a responsabilidade pela formulação, execução e controle de políticas públicas e que estas devem ser universais, igualitárias e gratuitas aos cidadãos, além de promover ações e serviços de proteção e recuperação da saúde.

O Estado, portanto, possui o dever fundamental de criação, organização e regulamentação do sistema de Saúde, e não somente isso, mas também de planejar e executar as políticas públicas de saúde, e isso envolve oferecimento de diversos bens e serviços à população que assim necessite. É importante mencionar que essas políticas de saúde, também se vinculam às atividades de saúde suplementar realizadas pelo setor privado, haja vista que este está subordinado à regulação estatal através da normatização e da fiscalização da Agência Nacional de Saúde.

Essas políticas públicas de saúde alcançam os mais diversas necessidades da população, atuando de forma indireta, que englobam fatos relacionados à saúde em geral como saneamento básico, alimentação, meio ambiente e outros; de forma direta, agindo na prevenção

dos riscos à saúde no exercício do poder de polícia, como a vigilância sanitária e a epidemiológica; também de forma a promover a pesquisa científico e campanhas de prevenção; e por último as políticas públicas de saúde atuam na busca da recuperação da saúde daquele cidadão acometido por determinada doença ou agravo, prestando atendimento hospitalar e ambulatorial, procedimentos cirúrgicos e de transplantes de órgãos e também no acesso aos medicamentos que contribuirão para o tratamento do paciente, sendo esta política o objeto de estudo deste trabalho.

Sobre esta última forma de política pública de saúde, que é o acesso aos medicamentos, segundo Moura (2016, p.5):

[...]correspondem aos medicamentos insumos selecionados, armazenados, distribuídos e utilizados nas ações públicas de saúde, prescritos, dispensados e usados pelos pacientes com a finalidade terapêutica de melhorar o quadro clínico do paciente, reduzindo ou minimizando os agravos à sua saúde.

A Política Nacional de Medicamentos, que entrou em vigor em 1998 pelo Ministério da Saúde, orienta acerca dos programas e atividades referentes aos fornecimentos de medicamentos nos âmbitos federal, estadual e municipal. Além disso, possui como objetivos a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos disponíveis para o tratamento de saúde dos pacientes. No que corresponde às diretrizes básicas que são previstas nessa política pública, sem dúvidas podem-se destacar, dentre várias, a adoção de relação medicamentos que são essenciais, a regulamentação sanitária desses medicamentos, a promoção do uso racional dos medicamentos e a garantia de qualidade e eficácia destes.

Esse fornecimento possui um processo de descentralização, pois, apesar de haver uma relação de medicamentos disponíveis pelo SUS no âmbito federal, que é o RENAME e já foi tratado anteriormente, ainda sim esse acesso deve passar por um processo de descentralização, promovendo a padronização dos produtos dentro de um planejamento definido no que tange à aquisição e à distribuição desses medicamentos essenciais nos âmbitos federal, estadual e municipal para que então chegue até o cidadão.

IV. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O cenário brasileiro aponta para uma crescente demanda do fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais, e, sobretudo do direito à saúde. Tal situação ocorre quando o Estado, pelas vias administrativas, não propicia ao cidadão o que lhe é imposto pela Lei Fundamental,

deixando de proporcionar o acesso à saúde, de maneira plena e integral, a todos os indivíduos que dela necessitem, sem qualquer distinção. Sendo assim, o cidadão, temendo por não ter seu pleito alcançado em tempo hábil, tendo em vista sua urgência sob risco de morte ou de prejudicar diretamente o seu tratamento, recorre ao Judiciário para que alcance sua demanda pretendida.

É sabido que obviamente o Estado deseja que todos os cidadãos gozem de plena saúde, entretanto, a garantia desse direito envolve considerável gastos para sua concretização. Acerca disso, percebe-se que a atuação jurisdicional brasileira geralmente se posiciona favorável quanto à concessão do pedido do requerente, e de forma liminar, a concessão da ordem judicial, tanto para algum tratamento ou procedimento cirúrgico quanto para o fornecimento de algum medicamento, é quase certo, pois o juiz corre o risco de agir de maneira diferente de como outros procederam em situação semelhante. Entretanto, a questão orçamentária do Estado tem tomado sido um ponto relevante para compreender o “outro lado” da moeda, demonstrando que para o Poder Público não é tão simples deferir todo pleito a qualquer custo.

Dessa forma, de que maneira o judiciário deve racionalizar e uniformizar sua atuação no que tange à concessão desses pleitos e quais os seus critérios? Além disso, quais os limites dessa judicialização para que não haja o chamado ativismo judicial exacerbado? Certamente são questionamentos complexos, mas pertinentes a serem analisados.

Acerca dessa temática, a obra do Dr. Roberto Omar Berizonce (2010), intitulada “Activismo Judicial y Participación em la Construcción de Las Políticas Públicas” aborda com clareza a ocorrência de diversos fenômenos paralelos que contribuem diretamente com esse ativismo judicial no campo das políticas públicas e explica cada um deles. São estes os fenômenos: I) pressão por acesso efetivo à jurisdição; II) aumento da “inflação” legislativa; III) funções novas e mutáveis atribuídas ao juiz; IV) “explosão” de novos conflitos; V) o impacto da “globalização” e sistemas de proteção.

É pertinente destacar que a sociedade vem sofrendo incessantemente transformações em diversos âmbitos, trazendo uma complexidade em suas relações interpessoais, necessitando, portanto, que a justiça procure acompanhar essa crescente demanda e por isso surge a necessidade da judicialização como forma de equilibrar essas novas indagações sociais. Além dessa problemática, também ocorre a chamada “desconstitucionalização”, que é derivado da inércia dos órgãos públicos em cumprir e aplicar os direitos garantidos pela Constituição. Ocorre que, para suprimir essa negligência do Estado, inevitavelmente esta demanda é transferida para os juízes para que estes venham a garantir esses direitos através das políticas públicas, trazendo para eles responsabilidades que naturalmente não seriam suas.

Sobre essa problemática o Berizonce (2010) destaca:

A conclusão é enfática: as omissões quase sempre grosseiras das autoridades administrativas ou legislativas acabam inexoravelmente nas mãos dos juízes que são obrigados a resolvê-las, geralmente na rota rápida de medidas de emergência e depois na arbitragem de procedimentos. Diversas para incentivar os poderes relutantes a desempenhar suas funções. Esperemos que bastante variado, como é derivado dos resultados muitas vezes malsucedidos.

Outro apontamento que tem ocorrido com maior frequência é o aumento da participação social nas decisões relacionadas a aplicação dos direitos. Essa mudança profunda que ocorre dentro da própria sociedade, faz leva-la a ocupar um lugar mais ativo na satisfação do bem comum. Essa certa disputa de poder com o Estado acaba por prejudicar diretamente alguns dos poderes deste, e gerando um Estado cada vez mais “ausente”.

A partir de então, quando determinado caso concreto que foi omitido pelo Estado chega até o Judiciário, caberá ao juiz, portanto, analisa-lo, interpretá-lo e motivar juridicamente sua decisão, de forma a evitar qualquer arbitrariedade ou parcialidade, através de argumento adequado e convincente, além de verificar as consequências que esta decisão trará dentro daquele caso específico.

Sem sombra de dúvidas, ativismo leva o juiz maior participação na construção de políticas públicas, portanto, não se pode deixar de lado a busca pelo equilíbrio entre os poderes do legislador e dos juízes. E é claro que o debate sobre a legitimidade do controle judicial da constitucionalidade se baseia no problema dos juízes para controlar a decisão da maioria parlamentar. Relacionado a isso, foram criadas algumas teorias que compreendem em: **textualistas**, que sujeitam a legitimidade da jurisdição à literalidade das normas constitucionais (SCALIA, 1997); **procedimentalistas**, que sujeitam a legitimidade da jurisdição à literalidade das normas constitucionais (SCALIA, 1997); e **substancialistas**, que encontram legitimidade no conteúdo substancial dos direitos fundamentais, uma vez que o fim da jurisdição é precisamente a concretização dos valores contidos na Constituição, que constituem liminares de tutela, que impõem ao juiz o dever de fornecer qualquer omissão ou insuficiência da proteção devida pelo legislador (DWORKIN, 2010).

Destarte, na atual conjuntura que a sociedade se encontra, não há como deixar de perceber acerca dos desafios do crescente ativismo judicial e intervenção em políticas públicas, a partir de um desenvolvimento social, objetivando trazer cada vez mais proteção aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, é comum uma maior atuação social nas decisões estatais, entretanto, não é possível abster dos limites entre os poderes, devendo ser respeitados. Sendo assim, se

faz notável ratificar a importância da prudência quanto a atuação dos juizes na aplicação de políticas públicas. O Judiciário não tem a tarefa de elaborar políticas públicas, mas de confrontar o desenho das políticas assumidas com os padrões legais aplicáveis e - no caso de encontrar diferenças - encaminhe o assunto aos poderes competentes.

A construção de políticas públicas deve ser cuidadosamente ponderada e confrontada com suas consequências previsíveis e a atuação dos poderes deve ser de forma equilibrada e harmoniosa, em conjunto, para que sejam protegidos e efetivados os direitos fundamentais aos

V. COLISÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: ESTABELECENDO LIMITES E PRIORIDADES

A Carta Magna (1988) constituiu as políticas públicas de Saúde, Assistência e Previdência Social no capítulo da Seguridade Social, ao passo que em seu artigo 196 que:

Art. 196: 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.

Além do exposto acima, o art. 198 (1988) prevê ainda que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (...)”. Tais artigos foram regidos pela Lei nº 8.080/90 de 19 de setembro de 1990, que no artigo 4º dispõe que:

Art. 4º: O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Inclusa como um dos princípios do SUS, estabelecidos no art. 7º da Lei nº 8.080/90, está a “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Tal espécie de administração do SUS simboliza importante mecanismo para a efetivação do objetivo de fornecer à população a atenção à saúde que possua como critérios a universalidade, a equidade, a integralidade e um modelo mínimo de eficácia. A CF, de acordo com o estabelecido no art. 198, introduziu a racionalidade e objetividade, face a descentralização administrativa, procedimento que está previsto na Lei nº 8.080/90.

Por isso, no que tange à atuação estatal quanto à concessão de pleitos previstos na

Constituição, surge um tema emblemático, mas sempre pertinente de ser tratado, que é acerca do mínimo existencial e da reserva do possível nas políticas públicas. É importante, portanto, reiterar os limites à intervenção judicial na prática das políticas públicas.

Obviamente que os direitos fundamentais que são garantidos na Constituição não devem estar a mercê da economia, não podendo que o Estado deixe de concretizá-los devido ao seu orçamento, pois a garantia desses direitos contribui para o desenvolvimento moral daquele país. No entanto, não se pode ignorar que a efetivação desses direitos deve ocorrer na medida dos recursos disponíveis, mas não deixando de lado que deverão ser prioridade dos poderes políticos.

No que se refere ao mínimo existencial, aborda-se da necessidade dos poderes políticos de organizar seu orçamento, estabelecendo como prioridade fornecer aos cidadãos, o mínimo de direitos individuais e coletivos, econômicos, sociais e culturais. Lembrando que não basta somente preparar o orçamento para tal, mas criar as políticas públicas para que de fato esses direitos possam ser executados. Porém, a omissão da provisão no orçamento não constitui um argumento válido que obstrua a imposição judicial. Na prática, os juízes devem verificar a racionalidade da provisão exigida no âmbito da realidade econômica e social do país, bem como a situação pessoal do peticionário ou a classe social envolvida. Berizonce (2010) inclusive afirma que, acerca disso, os juízes devem adotar uma postura de “ativista equilibrado”.

Quanto ao fornecimento de remédios de alto custo, a falta de recursos financeiros do Estado é uma das teses que justificam a inexecução do serviço, com isso traz-se à baila a discussão sobre a legitimidade na interferência do Poder Judiciário na realização do serviço.

Para alguns estudiosos, como Robert Alexy (2008, p.323), os entendimentos judiciais devem ser analisados com o princípio da reserva do possível, conceituado por ele como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Em síntese, os direitos estabelecidos pela CF devem ser aplicados de acordo com a possibilidade que o Estado tem de efetivá-los.

Consoante a esse entendimento, Paulo e Alexandrino (2013, p. 253) também defendem que os direitos sociais ofertados pelo Estado devem estar de acordo com a disponibilidade financeira deste. Senão vejamos:

É importante entender que esse princípio não significa um “salvo conduto” para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que “não existem recursos suficientes”. A não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a impossibilidade financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado.

Nesse caso, os autores entendem que o Estado não pode somente alegar que não possui

recursos financeiros, mas deve provar que não possui condições de arcar com os custos do medicamento. Em contrapartida, sobre a participação do Judiciário quanto a garantia e proteção aos direitos sociais, Marmelstein (2014, p.324) entende que:

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público. No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador

Cabe ao Judiciário, como poder autossuficiente, não só a administração da Justiça, mas a preservação da supremacia da Constituição, com o objetivo de defender os princípios e as garantias do Estado Democrático de Direito. Com isso, o magistrado não irá ultrapassar as atribuições do legislador, uma vez que sua decisão não terá caráter abstrato e geral, mas concreto e específico diante do momento que foi convidado para intervir. Além disso, por se tratar de casos emergenciais em que o indeferimento ocasionaria o à vida de alguém, cabe ao magistrado responsabilizar-se pela garantia do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Dessa maneira, o Judiciário atuará eficazmente, sanando os casos de omissão contendo o direito à saúde, com fulcro nos princípios da máxima efetividade das normas constitucionais. Corroborando Canotilho (2004, p. 481):

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Há quem defenda também a proporcionalidade na aplicação da reserva do possível e do mínimo existencial, conforme leciona os ilustres Sarlet; Marinoni; Mitidieio (2014, p.595):

Seguindo esta linha argumentativa, não se poderá olvidar que o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera, de modo que se pode questionar o quanto se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais, como educação, moradia etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O

simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda.

Resta, portanto, uma análise minuciosa acerca do tema, uma vez que chegou a discussão na Corte maior do Judiciário brasileiro, buscando o equilíbrio na hora de decidir, levar em consideração o direito individual e coletivo, cabendo assim ao intérprete optar por uma solução mais eficiente e justa.

As dificuldades em ter acesso a esses medicamentos iniciam quando o Poder Público deixa de cumprir com seus deveres quanto ao direito à saúde. De acordo com Fernando Mânica (2011, p.7) resta ao poder judiciário fornecer esse direito em três ocasiões:

i.a inércia do Poder Legislativo em regulamentar questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa); ii. no descumprimento pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa) e; iii. no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

No que tange a imprescindibilidade, é dever do Estado apresentar provas que inviabilizem o fornecimento do medicamento requerido, uma vez que a falta de registro na ANVISA já caracteriza insegurança à vida. Também poderão ser apresentadas medidas alternativas para o tratamento do paciente.

A incapacidade financeira estará figurada na comprovação da falta de recursos financeiros do paciente e de sua família. O dever do judiciário é executar a lei de forma clara e compatível de acordo ao fato exposto. Na oposição entre resguardar o direito à saúde e à vida, que se trata de um direito intransmissível garantido pela Carta Magna, e preservar o direito financeiro do Estado, obriga-se ao jurista optar pela alternativa que beneficia o direito à vida, enfim, não se almeja que o togado esteja interessado somente em questões de interesse coletivo.

A deliberação se fundamenta em entendimentos imperfeitos e restritos, isto posto, no processo deliberativo a restringência orçamentária como alegação de limitação de direitos não passa de ponderação.

O relator do Recurso Extraordinário 566471 do Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio (2016, p.6), alegou que “problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento de direitos sociais fundamentais, incluindo o direito à saúde” caracterizando violação do mínimo existencial, no qual cabe ao judiciário atuar em casos em que as políticas públicas não atingem. Com base no supracitado, a fim de proteger e garantir do mínimo

existencial, o Poder Público estaria impedido de rogar, em sua defesa, a cláusula da Reserva do Possível.

Entretanto, por se tratar de uma temática cada vez mais comum no judiciário brasileiro por sua crescente demanda, o Supremo Tribunal Federal voltou a apreciar o referido Recurso em março de 2020, com algumas modificações interessantes acerca do entendimento anterior defendido pelo Ministro Relator Marco Aurélio.

O julgamento sobre essa temática foi retomado com o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, que de antemão negou provimento ao recurso, e os demais ministros acompanharam, com exceção do ministro Edson Fachin que votou pelo parcial provimento. Entretanto, decidiram que o Estado não será mais obrigado a fornecer os medicamentos de alto custo de maneira absoluta, podendo portando ocorrer excepcionalidades, desde que atendidas algumas condicionantes que ainda serão definidas na formulação de Tese de Repercussão Geral (Tema 6) em sessão posterior. Esse novo entendimento da Suprema Corte embasou-se principalmente nos limites orçamentários do Estado, pelo fato do número crescente de demandas judiciais relacionados ao tema, e atualmente mais 42 mil processos aguardam por esse desfecho jurídico. O ministro Gilmar Mendes foi enfático em seu voto ao apontar essa problemática quando diz: “A judicialização da saúde traz impacto financeiro direto para Estado, quando determina a aquisição de medicamentos, mas também impacto indireto, decorrente do acionamento do Poder Judiciário e dos custos de um processo” (2020, p. 28). Entretanto, também compreendeu a importância de atender as necessidades dos cidadãos e garantir a eficácia dos seus direitos, e neste caso, o direito à saúde. Por isso, o ministro elencou alguns possíveis requisitos para que o Estado seja responsável por esse fornecimento:

É lógico que, com base no próprio princípio da justiciabilidade, excepcionalmente, poderá o Judiciário vir a reconhecer o dever do Estado brasileiro para com determinado cidadão, mesmo que o medicamento/tratamento demandado ainda não tenha sido incorporado ao SUS, atendidas as condicionantes: prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente.

Atualmente, mais de 42 mil processos aguardam pelo encerramento dessa emblemática discussão judicial, mas como já pode ser verificado, possui aspectos complexos a serem analisados profundamente pelo Supremo Tribunal Federal, pois de um lado há o direito ao acesso à saúde, inclusive no que tange a garantir o tratamento adequado aos cidadãos que assim necessitem, e do outro há os limites orçamentários do Estado e o seu compromisso em custear outros direitos fundamentais à sociedade em geral. Por isso, até o presente momento,

os ministros mantêm o entendimento que o Estado só poderá ser obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não amparados pelo SUS em casos excepcionais, desde que preenchidos alguns requisitos, que ainda serão discutidos e definidos pela Suprema Corte.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos até aqui expostos, torna-se ainda mais incontestável assegurar que o Direito Fundamental à Saúde é um direito social devidamente previsto na Carta magna e que se apresenta de suma importância para os cidadãos, e por isso deve ser promovido e assegurado pelo Estado a todos que dele necessitem. No contexto brasileiro, pôde-se esmiuçar o Sistema Único de Saúde, sistema esse fundamental para o acesso à saúde a todo cidadão sendo hoje referência mundial por garantir a todos inúmeros tratamentos e procedimentos, dos mais simples aos mais complexos.

Conclui-se também que o Poder Público possui a responsabilidade de concretizar direitos constitucionais através da formação e aplicação de políticas públicas em parceria com a própria sociedade. Após a exposição dos diversos conceitos de políticas públicas, restou ainda mais clara a importância destas no desenvolvimento social e que sem essas políticas a serem criadas pelo Estado, os direitos previstos na Constituição tornam-se meros escritos, sem qualquer eficácia.

A concretização dos direitos sociais, incluindo o direito à saúde, visa, objetivamente, garantir as condições mínimas para que todo e qualquer cidadão possa ter a oportunidade de viver de maneira digna. Ocorre que, muitas das vezes, ao cidadão não é disponibilizado inteiramente, todos os direitos previstos, o que faz com que o mesmo, ao se sentir lesado, recorra pela via judicial para tê-los, e no que tange ao direito à saúde, isso não é diferente.

Nesse contexto, como enfoque do presente estudo, foi trazida a sistemática do fornecimento de medicamentos pelo SUS, de forma gratuita, de acordo com a necessidade dos pacientes que estão submetidos a algum tratamento. Entretanto, pôde-se expor também que nem todos os medicamentos estão disponíveis para serem fornecidos à população por diversos fatores, principalmente por muitos deles possuírem alto custo, e diante disso, inúmeros pacientes acabam por terem seus tratamentos prejudicados e suas vidas até mesmo estarem correndo risco, pois estes também não possuem condições financeiras de arcar com essas medicações. Dessa forma, muitos desses pacientes ingressam judicialmente para que o Estado seja obrigado a fornecer aquela medicação de alto custo para que o seu direito à saúde esteja devidamente amparado.

O presente estudo verifica que o Supremo Tribunal Federal, trouxe, e ainda traz, uma

série de desdobramentos jurídicos interessantes acerca da responsabilização do Estado em fornecer medicamentos de alto custo, mesmo que estes não estejam inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

De um lado é incontestável vislumbrar a necessidade desses cidadãos que requerem nada além do que o seu direito fundamental à saúde sendo devidamente aplicado, e que tal pedido corresponde, sem dúvida, ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, entretanto, o Estado demonstra não possuir condições orçamentárias de arcar com essas demandas judiciais ao custear todos os medicamentos requeridos, tomando-se como base o princípio da reserva do possível, pois também possui muitas outras prioridades sociais que não podem ser descartadas.

Diante do estudo apresentado, não há como negar que o direito fundamental à saúde é, apesar de recente, primordial para a garantia de qualidade de vida do cidadão brasileiro e de quem reside no país, e que este direito social depende de políticas públicas eficazes para sua realização. Entretanto, o Estado sozinho não consegue proporcionar todas essas políticas, sendo importante a participação da sociedade para alcançar tal objetivo. Além disso, pode-se dizer que o judiciário tem sido considerado um outro agente responsável por aplicar esses direitos nos casos concretos com cada vez mais frequência. O Supremo Tribunal Federal, como Guardião da Constituição, compreende acerca da necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais, entretanto, essas políticas, incluindo o fornecimento de medicamentos possuem limites orçamentários que não podem ser desprezados, e que por isso, precisa ser devidamente regulamentado para que não haja exageros judiciais, sem deixar de lado a tutela dos direitos conquistados arduamente para o bem da sociedade.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10 ed. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Suhrkamp Verlag, 1986. Trad. Silva, Virgílio Afonso da. 5.ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Malheiros Editores: São Paulo, 2008. p. 323.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14/06/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte**. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico** – São Paulo: Saraiva, 2006.

BERIZONCE, Dr. Roberto Omar. **Activismo Judicial y Participación em la Construcción de Las Políticas Públicas**. Librería Ediciones del Profesional Ltda – Colômbia. 2010

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 481

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 86, n. 737, mar. 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DYE, Thomas. *Understanding Public Policy*. New Jersey: Pearson; PrenticeHall, 1992

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2^a ed. São Paulo – Saraiva, 2015

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde: um direito fundamental social individual**. *Revista Brasileira de Direito da Saúde* 1, 2011. p. 7.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Direito à saúde, políticas públicas e fornecimento de medicamentos: sustentabilidade mediante ações integradas e participação popular na**

saúde pública. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.968.06.PDF> Acessado em 17 de julho de 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 18194.** RN 2010.001819-4. Des. Rel. Aderson Silvino. Rio Grande do Norte, 27 de julho de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> Acessado em 24 de julho de 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P 595

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: Federal Courts and the Law.** Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 24