

1. INTRODUÇÃO

O tema da judicialização apesar de não ser inovador, ainda suscita relevantes discussões entre os juristas principalmente por não possuir um entendimento pacificado acerca de sua real necessidade ou legitimidade. A judicialização, em termos gerais, é a intervenção do Poder Judiciário que é chamado para resolver conflitos originários das outras esferas de poderes. No Brasil a questão chama a atenção devido à grande quantidade de demandas judiciais em que se pleiteiam direitos de ordens sociais e fundamentais, as quais devem ser promovidas e asseguradas pelo Poder Executivo.

O direito a saúde está positivado no artigo 196 Constituição Federal, no qual o Estado se incumbiu do dever de prestá-los mediante a adoção de políticas públicas e sociais traduzidas pelas prestações estatais positivas dirigidas a finalidade de concretizar um direito objetivo. Mesmo com a existência de mecanismos jurídicos, como as normas regulamentadoras e leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei 8.080/90 que criou o Sistema Único de Saúde, omissões ocorrem e parte do tratado normativo não se realiza.

Pretende-se abordar especificamente a questão dos medicamentos não incorporados na lista de distribuição do SUS estabelecidos pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), mas que são indispensáveis para a sobrevivência de determinado paciente que não possua condições de arcar com os custos do tratamento devido a sua situação de hipossuficiência ou alto custo do fármaco.

Para a presente investigação científica será utilizado o método dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica, realizando uma investigação perante a doutrina, legislação e jurisprudência correlata ao tema objeto da pesquisa.

Desse modo, serão analisadas as teorias idealizadas pelo jurista alemão Robert Alexy quanto à normatividade constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, bem como o modo pelo qual o arranjo político estatal tendente ao liberalismo contribuiu para o agravamento do cenário da judicialização nas atribuições de competência de Poder Público.

2. HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS E DE SAÚDE

A conceituação das políticas públicas de um modo geral, teve seus contornos traçados por cientistas políticos norte-americanos em meados década de 50 a partir da

formulação de um programa de segurança estadunidense subsidiado com recursos públicos em colaboração com o governo, objetivando a tomada de decisões e adoção de medidas para fortalecer o sistema de segurança do país no período da Guerra Fria

Nesse contexto, o termo “política” adquire duas significações que se correlacionam. A primeira, traduzida do inglês “*policy*” relaciona-se com a elaboração de orientações para a resolução de determinado problema pertinente ao corpo social. Segundo Leonardo Secchi (2013), uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, exige ação por parte de uma autoridade formal, e ao final desse processo, o exercício dos direitos fundamentais sociais estariam garantidos. A segunda, “*politics*” expressa a atividade humana voltada as relações de poder que influenciam a forma como o Estado é dirigido ou organizado. As duas expressões caminham juntas ao passo em que a execução de medidas dirigidas a uma determinada finalidade exige antes um interesse da classe política em se verem concretizadas as mudanças emanadas pela sociedade.

No Brasil, as políticas públicas ganharam força principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, caracterizada por ser dirigente e dispor de normas pragmáticas que dependem de leis infraconstitucionais para a efetivação dos direitos postulados. O Direito a Saúde, principalmente de iniciativa pública, está inserido no título da ordem social especificamente nos artigos 196 a 198 da Carta Magna, os quais dispõem sobre seu método de organização e atribuições ao Poder Público.

Anos mais tarde, foi promulgada em 1990, a Lei 8.080 que criou o Sistema Único de Saúde, o SUS, que é regido pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade, exercido por cada esfera do governo em âmbito nacional, estadual e municipal por suas respectivas secretarias da saúde e conta com apoio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) elaborada pelo Ministério da Saúde, que seleciona e padroniza os medicamentos mais demandados e indicados para tratamentos de doenças graves em âmbito nacional, conforme dispõe o art. 25 do Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011.

Importante destacar que o SUS é conquista histórica de longa luta da classe trabalhadora e da população em geral que não possuía acesso à um sistema de saúde universal e gratuito, marcando presença na VIII Conferência de Saúde realizada logo após o fim da ditadura militar, que contou com ampla participação popular e de órgãos representativos devido ao sentimento de redemocratização. O SUS é reconhecido como a maior política pública de saúde na história do país e do mundo. Santos (2008, p. 2010) enfatiza o seguinte:

O SUS transformou-se no maior projeto público de inclusão social em menos de duas décadas: 110 milhões de pessoas atendidas por agentes comunitários de saúde em 95% dos municípios e 87 milhões atendidos por 27 mil equipes de saúde de família. Em 2007: 2,7 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 610 milhões de consultas, 10,8 milhões de internações, 212 milhões de atendimentos odontológicos, 403 milhões de exames laboratoriais, 2,1 milhões de partos, 13,4 milhões de ultra-sons, tomografias e ressonâncias, 55 milhões de sessões de fisioterapia, 23 milhões de ações de vigilância sanitária, 150 milhões de vacinas, 12 mil transplantes, 3,1 milhões de cirurgias, 215 mil cirurgias cardíacas, 9 milhões de sessões de radioquimioterapia, 9,7 milhões de sessões de hemodiálise e o controle mais avançado da aids no terceiro mundo. São números impressionantes para a população atual, em marcante contraste com aproximadamente metade da população excluída antes dos anos oitenta, a não ser pequena fração atendida eventualmente pela caridade das Santas Casas. Estes avanços foram possíveis graças à profunda descentralização de competências com ênfase na municipalização, com a criação e funcionamento das comissões Intergestores (Tripartite nacional e Bipartites estaduais), dos fundos de saúde com repasses fundo a fundo, com a extinção do INAMPS unificando a direção em cada esfera de governo, com a criação e funcionamento dos conselhos de saúde, e fundamentalmente, com o belo contágio e a influência dos valores éticos e sociais da política pública do SUS perante a população usuária, os trabalhadores de saúde, os gestores públicos e os conselhos de saúde, levando às grandes expectativas de alcançar os direitos sociais e decorrente força e pressão social.

No entanto, o cenário observado nos últimos anos revela que as políticas públicas nesse setor têm sido ineficientes no sentido de prover condições adequadas àqueles que necessitam de um tratamento médico indispensável visto a escassez de recursos que são destinados ou simplesmente não são aplicados devidamente. Resultado disso são as inúmeras demandas levadas ao judiciário, pleiteando principalmente os medicamentos não constantes na relação do RENAME, mas que, por questões constitucionais, obriga e vincula o Estado a garantir a saúde plena aos cidadãos, como será abordado posteriormente.

3 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NA PRESTAÇÃO POSITIVA

O processo de judicialização foi impulsionado em principal decorrência do reestabelecimento da ordem social e democrática após as rupturas instauradas por regimes autoritários e ditatoriais. Na Europa, tem-se o exemplo do segundo pós-guerra e, no Brasil, o regime implantado pelos militares. Em ambos os casos a supressão dos direitos humanos relativos a dignidade da pessoa humana era uma realidade. Ao final desses períodos, houve

uma intensificação na preocupação de se garantir a segurança dos direitos fundamentais ante as violações historicamente ocorridas.

O neoconstitucionalismo surge como uma resposta a essas questões ao passo em que uma de suas características é o caráter altamente social atribuído às Constituições, elencando diversos direitos fundamentais. Desse modo, conferiu-se um maior protagonismo ao Poder Judiciário, que passou a ser visto como garantidor da efetivação das prestações objetivadas pelo Estado.

Barroso (2012) atribui a estes fenômenos citados as principais causas para a ocorrência da alta judicialização, além do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelos Tribunais brasileiros que objetiva fiscalizar se atos, normas e leis infraconstitucionais respeitam e compatibilizam com os princípios postulados pela Carta Magna. Caso a norma em apreço seja considerada inconstitucional diante do caso concreto, é possível que se decrete sua invalidade dentro da ação em curso, ante a impossibilidade de aplicá-la.

Parte da transformação no protagonismo do judiciário se deve às contribuições das escolas pós-positivistas que romperam com a lógica positivista-jurídico que era pautada no dever que tinha o magistrado de seguir a literalidade da lei, configurando um legalismo no qual se admite pouca ou quase nada de interpretações e o texto normativo se torna algo sólido e imutável ante a realidade social.

Ao decorrer das mencionadas mutações sociais e do avanço no estudo da ciência jurídica, Hans Kelsen reformulou a ideia de um direito puro, livre de questões filosóficas e morais – uma de suas principais teses – para finalmente incluir questões de ordem política e moral na doutrina, o que resultou na superação do positivismo para a denominada. Assim, com o fortalecimento das constituições e conseqüentemente dos direitos fundamentais, o entendimento passou a ser no sentido de que é possível haver conflitos entre normas fundamentais e que sua resolução depende da ponderação, instituto que dialoga com os princípios norteadores do direito e com a efetiva aplicação da lei, de acordo com cada caso concreto, objeto de estudo amplamente abordado por Robert Alexy.

Após analisar algumas das razões justificantes para a ocorrência da judicialização, é preciso realizar uma verificação das limitações de ação do poder judiciário como sendo o órgão a assumir posição de garante frente às omissões estatais, inclusive verificar o grau de efetividade e alcance das normas referentes ao direito à saúde.

3.1 DA JUDICIALIZAÇÃO E DO GRAU PRESTACIONAL NORMATIVO

Em um primeiro momento entende-se a prescindibilidade de legislação infraconstitucional para que se possa legitimamente pleitear o direito à saúde em face do Estado. No entanto, a problemática evidencia-se quando um número significativo de demandas não encontra previsão normativa, como é o caso dos pacientes portadores de grave enfermidade e que necessitam de medicamento não incorporado às normas do SUS mas que, são igualmente meios de obtenção ao direito à vida digna.

Segundo estudos elaborados por Carneiro (2016) o direito à saúde é classificado como direito originário a prestações, isso significa que a norma isoladamente extraída da Constituição é capaz de surtir efeitos e servir como fundamento à reclamação em face de órgãos da administração pública. Isso se dá em razão da força constitucionalista que abrange os direitos fundamentais que atingiram o topo hierárquico jurídico, conforme sistematizado por Kelsen.

Contudo, nos cabe analisar a amplitude prestacional adquirida pelo direito fundamental à saúde, tendo como referencial teórico os estudos realizados por Carneiro, já brevemente citado. O autor acolhe a teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy justamente pelo fato de esta ser munida pela técnica da ponderação, que na prática possibilita à lei uma configuração em amplitude prestacional variável, o que significa que ela será amoldável de acordo com as exigências de cada caso em apreciação pelo Judiciário.

A ponderação levará em consideração a consequência gerada pela decisão proferida no conflito entre o interesse econômico do Estado e o interesse social produzido pela norma em evidência. É inevitável o questionamento sobre os verdadeiros interesses estatais em casos como este, visto que o direito à vida só se perfaz com o direito à plena saúde como meio de manutenção e garantia de dignidade e, no entanto, imprescindível se faz o zelo por parte do agente estatal, o que inviabilizaria, de certo modo, o discurso da reserva do possível.

4. A POLÍTICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE DIREITOS E SUA INSERÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE E ATUAÇÃO JUDICIAL NA PRÁTICA

“As políticas públicas, reciprocamente, são produto e expressão da estrutura estatal de determinada formação social”. Mazzeto (2015, p. 02), justamente por isso a política se vincula à obtenção de direitos ao passo em que as medidas adotadas ou não para a resolução de um problema são resultantes da lógica estrutural adotada pelo Estado.

De acordo com os escritos de Potyara Amazoneida em sua obra intitulada “Política social contemporânea: concepções e configurações no contexto da crise capitalista”, é possível depreender que agendas liberais têm impactado sistematicamente na adoção de medidas públicas que visem prestações estatais em favorecimento social, pois, segundo a autora, essa corrente política e econômica, tendente ao longo dos últimos anos no país, se preocupa em reduzir as responsabilidades e obrigações que deveriam ser assumidas pelo Estado a fim de reduzir gastos e liberar parcela significativa da sociedade de sua tutela.

Na ausência desse amparo, o cidadão se vê na necessidade de acionar órgão jurisdicional a fim de resgatar o direito que lhe foi reduzido. Assim, de acordo com pesquisa realizada por Hartwig, seria juridicamente inviável uma decisão no sentido de negar fornecimento de determinado medicamento frente a uma demanda individual, apenas pelo fato de este não estar incluído nas listas elaboradas pelo Ministério da Saúde ou respectivo órgão competente, ainda que tal indivíduo se encontre em situação de hipossuficiência, pelo fato de que essa circunstância seria incompatível com o ordenamento constitucional brasileiro dotado de força normativa (2018, p.17).

Há ainda a possibilidade de se estabelecer critérios norteadores para uma decisão judicial em demanda de política pública de saúde, como ainda será abordado

A decisão poderia ser sintetizada da seguinte forma: deve o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para adquiri-lo, quando tratar-se de medicamento de eficácia comprovada e indispensável para a manutenção da vida, devendo dar-se preferência a medicamento genérico e disponível no Brasil (Hartwig, p. 1440, 2018).

Após analisar de maneira estritamente teórica a questão principal deste trabalho, mostra-se pertinente explorar como o judiciário tem atuado nas demandas relativas ao direito a saúde judicializadas contra o Estado, a fim de traçar um entendimento pacificado na matéria.

Vicente (1997, p. 03), ao trazer para os debates a necessidade de fixar critérios na distribuição de recursos limitados no sistema de saúde, suscita que

A pressão política para se atender algum afilhado ou apadrinhado, amigo ou indicado, tem sido um dos critérios práticos mais utilizados para se passar na frente das imensas filas de espera. É a prevalência da troca de favores, do clientelismo. Trata-se de uma prática abominável, pois extremamente subjetiva, não-transparente, utilizando a organização pública como se fosse a propriedade privada de quem atende, ou seja, o patrimonialismo. Esse tipo

de atendimento não deixa de ser uma privatização do público e, mais ainda, uma regra sem regra, pois fica ao arbítrio de cada um.

Nichter (2011, p. 7-8)) utiliza o exemplo da prestação dos serviços de saúde no País para ilustrar a figura do clientelismo relacional da seguinte maneira:

Embora poucos estudos sobre clientelismo foquem a saúde, evidências sugerem que políticos em algumas municipalidades entregam medicina e serviços de saúde em troca contingente por apoio político. Duas características da saúde no Brasil aumentam sua atratividade para as máquinas políticas – a discricionariedade sobre os gastos de saúde pública e as demandas substanciais não atendidas. Políticos em nível municipal tem discricionariedade considerável sobre os gastos de saúde e portanto são capazes de usar o critério político quando alocam recursos escassos. A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um sistema público que pretende ser universal e compreensivo (...). Considerando o alto nível de descentralização política e fiscal, agentes públicos em nível municipal têm discricionariedade substancial em relação aos gastos do SUS¹.

O recurso especial de nº1.657 interposto pelo Estado do Rio de Janeiro trata-se de inconformismo contra condenação na obrigação de fazer no fornecimento de medicamento para tratamento de doença ocular, no qual a parte autora do processo originário ao recurso demonstrou, mediante provas documentais, periciais e laudos médicos, a urgente necessidade dos medicamentos glaub 5ml, azorga 5 ml, e optive 15 ml prescritos por médico associado ao SUS, para tratamento contínuo. A autora demonstrou ainda total impossibilidade de acessar e manter os custos do tratamento devido sua situação de hipossuficiência.

O principal argumento utilizado pelo Estado do Rio de Janeiro é de que tal medicamento não consta na portaria de nº 2982/2009 do Ministério da Saúde que instituiu o Programa de Medicamentos Excepcionais contemplados pelo SUS. No entanto, o Tribunal de Justiça manteve a decisão, conforme demonstra o seguinte agravo interno que desproveu o recurso:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE PORTADORA DE GLAUCOMA. HIPOSSUFICIÊNCIA

¹ Tradução livre dos autores para: *Although few studies on clientelism focus on the provision of healthcare, evidence suggests that politicians in some Brazilian municipalities deliver medicine and health-related services in contingent exchange for political support. Two characteristics of healthcare in Brazil heighten its attractiveness to local political machines — discretion over public healthcare expenditures and substantial unmet needs. Politicians at the municipal level have considerable discretion over public healthcare expenditures and are thus able to employ political criteria when allocating scarce resources. Brazil's 1988 Constitution established a public health system intended to be universal and comprehensive, which is commonly referred to [...]. Given the country's high level of political and fiscal decentralization, officials at the municipal level have substantial discretion over SUS expenditure* (Nichter, 2011, p. 7-8).

COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENOU O ESTADO E O MUNICÍPIO DE NILÓPOLIS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Inconformismo do Estado apelante, ora agravante, contra a decisão monocrática que manteve a condenação dos réus ao fornecimento dos medicamentos pleiteados, objetivando rediscutir a matéria. A saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, cumprindo fielmente o que foi imposto pela Constituição da República e pela Lei nº. 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde. Ademais, não há que se falar em violação dos artigos 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/90, visto que se cuida de orientação para dispensação de medicamento, como ação de assistência terapêutica integral, que não inviabiliza a assistência por medicamento orientado pelo médico da paciente e, por consequência, não afronta o texto constitucional e não significa contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF. Desprovimento do recurso.

Sustentou a parte ré que a decisão viola o princípio da separação dos poderes, visto que a legislação atribui, como regra, a competência do Poder Executivo de decidir sobre procedimentos de políticas de medicamentos, conforme dispõe o princípio da seletividade na prestação dos serviços da seguridade social, previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

No entanto, improcedeu a arguição parte da decisão menciona que não há violação constitucional da separação dos poderes e que o direito fundamental à saúde não pode sofrer restrições com base na reserva do possível, conforme manifestação da Defensoria Pública da União:

(...) (d) "a questão orçamentária não pode ser colocada como obstáculo para o cumprimento do dever inescusável do Estado de tutelar a saúde e a vida"; (e) "o Estado pode, sim, ser obrigado, excepcionalmente, a fornecer medicamentos não contemplados na portaria n. 2.982/2009, do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais), desde que comprovada a necessidade do doente em virtude da ineficácia dos fármacos disponibilizados, indisponibilidade dos medicamentos listados, existência de medicamentos comprovadamente mais eficientes no tratamento da moléstia".

Vale mencionar ainda, que no ano de 2007 o STF votou o tema 6 que disciplina o *dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para compra-lo* (STF, 2007). Trata-se de uma disposição norteadora para demais decisões que versem sobre a questão dos medicamentos excepcionais não presentes no Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do SUS.

Da mesma forma, o STJ firmou tema semelhante na tese 106, originária no recurso especial 1657156/RJ sob relatoria do Ministro Benedito Gonçalves que dispõe sobre a *obrigatoriedade do poder público em fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS* (STJ, 2018). A tese é de grande relevância pois definiu requisitos cumulativos a serem exigidos para o fornecimento dos referidos medicamentos. Os requisitos foram definidos de acordo com a observância de semelhanças fáticas em grande parte das demandas repetitivas que ficaram suspensas de acordo com o artigo 1.037 do CPC/2015. Dado o julgamento e a publicação, assim ficou firmada a Tese de número 106:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência

Desse modo, percebe-se com a referida decisão que ao se estabelecer requisitos a serem exigidos cumulativamente é possibilitada uma delimitação mais acentuada para a judicialização em matéria de saúde pública, cabendo à parte interessada provar por todos os meios legítimos seu enquadramento nas condições de concessão do direito à medicamento não previsto nas políticas públicas. Importante ressaltar que o julgamento em análise representa significativa mudança na sistemática jurídica, capaz de promover uma solução justa e adequada às demandas que poderão surgir, garantindo o direito ao caso concreto perante vidas em estado de vulnerabilidade ante a resistência do Estado de se eximir de um dever constitucionalmente imposto, conforme fora observado.

Além de se exigir os critérios estabelecidos, deve-se atentar com a aplicação do método da proporcionalidade alexyana, conforme aponta Carneiro (2016, p. 223):

Quando mais específica a categoria essencial, maior a chance de que os princípios materiais colidentes à posição prestacional sejam afetados em menor medida; conseqüentemente, maior a chance de reconhecimento da prestação reclamada como direito definitivo.

Ainda na análise dos casos concretos, outro importante posicionamento foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio no recurso extraordinário nº 566.741/RN, ao se discutir a dispensação em caráter excepcional referente aos medicamentos de alto custo e objeções

administrativas, principalmente em contraposição à argumentação da separação dos poderes e a grande relevância do mínimo existencial, o qual se destaca o seguinte trecho:

Dispensação em Caráter Excepcional, referente aos remédios de alto custo ou excepcionais. Espera-se que essas políticas cheguem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional dos medicamentos. Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas

(...)

Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.

Com todo o exposto, Inocêncio Mártires Coelho, influenciado pelos estudos de Bäumlin faz referência à Constituição como sendo um programa de ação identificador de uma ordem político-social e o seu processo de realização. Nessa perspectiva, a Constituição, além de ser o fundamento do Estado, é configurada como um sistema normativo que organiza e conforma a vida social por meio do qual os objetivos sociais se corporificam, ao conceber a unificação do sistema econômico e o programa de ação.

É nesta direção que se encontram as decisões estudadas até o momento, inclusive no que diz respeito ao estabelecimento de critérios a serem observados para a tomada de decisão, e, portanto, para que a implementação constitucional não incorra em um radicalismo, representado pela figura do ativismo.

Barroso (2012, p. 27) apresenta uma importante reflexão sobre o assunto, asseverando o seguinte:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país delocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco

embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Em síntese, é possível deduzir que a decisão mais acertada seria aquela realizada por intermédio da ponderação na concessão de políticas de medicamentos já existente e, em caso contrário deve o judiciário se pautar pelos requisitos do tema 106 do STJ.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma breve análise, fora abordado a conceituação e contextualização de políticas públicas como sendo mecanismos adotados pelo próprio Estado como forma de consecução de medidas afirmativas para a concretização de direitos e resolução de determinado problema social. São adotadas pelos órgãos do Poder Público, principalmente por parte do Executivo e ganharam forças sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988.

Por ser classificada como analítica e dirigente, a atual Constituição exprime grande relevo à tutela dos direitos fundamentais e sociais, bem como contém normas que definem as prestações positivas devidas pelo Estado. Tal característica implica numa maior judicialização desses direitos em face de órgãos estatais ante a omissão na prestação que a estes incumbiram.

Em relação ao tema proposto por esse trabalho, o artigo 196 da Carta Magna positiva o direito à saúde que será executado mediante a adoção de prestações positivas representadas por meio das mencionadas políticas públicas. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 8.080/90 ficou implantado no país o Sistema Único de Saúde que concede acesso universal e gratuito a diversos serviços de saúde em todo o território brasileiro bem como dispõe de uma lista elaborada pelo Ministério da Saúde que cuida da distribuição de medicamentos essenciais (RENAME) e que, no entanto, não abrange todos os medicamentos que eventualmente sejam essenciais a um determinado paciente, o que é compreensível visto a impossibilidade de se incluir todos os fármacos existentes.

O que ocorre, porém, é que diante de um caso concreto em que um cidadão demonstre que determinado medicamento não disponível pelas políticas já existentes é indispensável para sua sobrevivência seria possível que este acione o judiciário para que se evite a transgressão ao direito fundamental de saúde. Questiona-se se a norma do artigo 196 da CF isoladamente é capaz de produzir efeitos suficientes para embasar ação contra o poder público.

De acordo com os julgados e decisões aqui explorados, constata-se um inconformismo por parte do próprio Estado ao ser condenado na obrigação de fazer para a dispensação dos referidos medicamentos, o que evidencia a hipótese da tendência de desobrigação estatal em relação aos deveres originários. Contudo, caminham bem os tribunais brasileiros no sentido de reconhecer a indeclinabilidade do Direito à saúde, assim como expressa o Ministro Marco Aurélio (2010) no Recurso Extraordinário nº 566.741/RN, que em decisões desse caráter “cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, causal, excepcional, mas indispensável”.

É evidente o conflito entre as premissas do mínimo existencial e a reserva do possível. Nesse caso, é preciso recordar a sistemática adotada por Robert Alexy ao propor a aplicação da proporcionalidade ou ponderação em uma decisão para que resulte dela o efeito “menos gravoso”.

Observou-se a prevalência do senso de que a reserva do possível não pode representar um óbice à concretização dos direitos fundamentais de saúde, principalmente quando se evidencia a urgente necessidade de sobrevivência. Entretanto, há de se atentar para que a ponderação não se materialize como um instrumento para a consecução de medidas arbitrárias

Justamente por isso os Tribunais têm buscado delimitar seu campo de atuação na questão de se fazer executar políticas públicas, como é o caso das teses votadas pelo STF e pelo STJ mencionadas ao longo deste trabalho, em que se definiram requisitos cumulativos exigíveis para a possibilidade de concessão de medicamentos em cada caso concreto.

A atividade jurisdicional tem sido eficaz, dentro dos usos de suas atribuições, para contribuir com o alcance e tutela dos direitos fundamentais ao passo em que se evita a transgressão aos princípios constitucionalmente assegurados, reduzindo os impactos causados pela desassistência estatal.

Ademais, é preciso reformular a lógica em que opera o Estado para garantir o mínimo de dignidade aos seus cidadãos e que a agenda política não se guie pelos caprichos que tendem a desobrigar o próprio governo de sua primordial função.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Fortaleza: Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Administrativo. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral Reconhecida. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Desenvolvimento do precedente. Possibilidade. Responsabilidade de solidária nas demandas prestacionas na área da saúde. Desprovimento dos Embargos de Declaração. **Embargos de declaração no Recurso Extraordinário 55.178** Sergipe. Embargante: União. Embargado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Município de Jaguarão. Medicamentos. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Direito constitucional à saúde. Princípios da reserva do possível e da separação dos poderes. Inexistência de violação. Bloqueio dos valores. Cabimento. **Agravo de Instrumento – AI: 70054772033. Agravante: M.J. Agravado: D.R.S. Relator: Ricardo Moreira Lins**, 24 de maio de 2013. Diário da Justiça, 29 de maio de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=AI+70054772033&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Assistência à Saúde. Atendimento Integral. Direito de todos e dever do Estado lato sensu. Solidariedade de todos os entes públicos (União, Estados de (sic) e Municípios) Partilha das responsabilidades que vigoram apenas interna corporis, inclusive no que se refere ao tratamento de câncer. Exegese dos arts. 196 e 198, II, da CF. Voto vencido do relator. Por maioria, proveram. Agravo de Instrumento – **AI: 817241/RS. Apelante: Apelado: Relator: Min. Joaquim Barbosa**. Brasília, 30 de setembro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/download.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1103. Acesso em: 30/05/2021

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação judicial do direito à saúde: um exercício de aplicação do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Prioridade versus Escassez de Recursos da Saúde**. Revista Bioética, 1997, v.5, n. 01, 1997.

GARCIA, Silvio Marques. **A aposentadoria por idade do trabalhador rural sob o enfoque constitucional**: efetivação por meio da atividade judicial. Franca: [s.n], 2013. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/115872/000808451.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26/08/2021.

HARTWIG, Marcelo Pires. **O dever estatal de fornecer medicamentos**: possibilidades e dificuldades no enfrentamento da questão através do recurso extraordinário nº 566.471/RN. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1423_1450.pdf Acesso em: 05/07/2021.

MAZETTO, Flavio Eduardo. Estado, políticas públicas e neoliberalismo: um estudo teórico sobre as parcerias-público-privadas. **Caderno de Estudos Interdisciplinares**, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gonet Branco. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO, Daniel Carlos. **Judicialização da saúde pública**: uma análise contextualizada. 2. ed. Porto Velho: Editora Motres, 2018.

NETO, João Pedro Gebran. **Direito a prestações materiais e a efetividade da tutela jurisdicional**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/Anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf Acesso em: 21/02/2021.

NICHTER, Simeon. **Electoral Clientelism or Relational Clientelism? Healthcare and Sterilization in Brazil**. **American Political Science Association**. Annual Meeting Paper, Washington, p. 1-39., 2011 Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1903104>>. Acesso em: 23 out 2022.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Antonio Kevan Brandão. **Elitismo e Pluralismo na teoria democrática**: as considerações de Joseph Schumpeter e Robert Dahl. **Diálogo Jurídico**, v. 18, n. 2, p. 57-67, 2019. Disponível em: <http://dialogojuridico.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/article/view/39/61> Acesso em: 20/07/2021.

PEREIRA, P. A. Política social contemporânea: concepções e configurações no contexto da crise capitalista. In: COSTA, L. C., NOGUEIRA, V. M. R., and SILVA, V. R., orgs. **A política social na América do Sul: perspectivas e desafios no século XXI** [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2013, pp. 15-26. ISBN 978-85-7798-231-8. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/rfv9p/pdf/costa-9788577982318-01.pdf> Acesso em: 19/04/2020

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. **Política Pública de Saúde no Brasil: Encruzilhada, Buscas e Escolhas de Rumos**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, 13(Sup 2), p. 2009-2018. 2008

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma teoria da decisão judicial: a crítica hermenêutica do direito como blindagem ao protagonismo judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.