

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS
REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-055-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS
RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A ÓTICA DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: SUA JUDICIALIZAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH FROM THE PERSPECTIVE OF PHARMACEUTICAL CARE: BETWEEN YOUR JUDICIALIZATION THE EXISTENCIAL MINIMUM AND THE POSSIBLE RESERVE.

Alex Maia Esmeraldo de Oliveira

Resumo

O direito à saúde é um típico direito social, que integra o rol dos direitos fundamentais, e tanto no nosso sistema constitucional quanto na ordem internacional desfruta de uma posição de destaque como pressuposto à fruição de outras garantias, interesses e direitos. Dado a sua amplitude semântica, abarca inúmeras atividades, ações e serviços que impõe aos entes federativos a sua prestação contínua, integral e com um patamar mínimo de eficiência. Dentre o seu plexo de prestações encontra-se a assistência farmacêutica, cujo núcleo envolve o fornecimento, dentro do sistema único de saúde, de medicamentos para prevenção e tratamento de enfermidades das mais simples às de alto risco e custo. Diante sua magnitude é inegável que integra o rol das garantias positivas capazes de assegurar condições mínimas para uma existência digna, cuja exigibilidade é assegurada pela Carta Magna. Por inúmeras razões, há sérios entraves na rotina dos gestores em saúde que impedem o acesso ininterrupto da população a esses medicamentos, impulsionando a busca pela sua efetivação por meio do Poder Judiciário. Essa tutela tem provocado sensíveis alterações de ordem administrativa e orçamentária nas esferas governamentais, sendo levantadas algumas fortes justificativas em oposição a essa crescente judicialização. Um dos argumentos mais esgrimidos é a reserva do possível, cujo âmago envolve a análise da capacidade financeira dos órgãos públicos obrigados à prestação específica em uma tensão contínua com a pretensão dos usuários de usufruir de um direito social fundamental.

Palavras-chave: Direito à saúde, Assistência farmacêutica, Judicialização, Mínimo existencial, Reserva do possível.

Abstract/Resumen/Résumé

The right to health is a typical social right, which integrates the list of fundamental rights, and both in our constitutional system and in the international order enjoys a prominent position as a prerequisite to the enjoyment of other guarantees, interests and rights. Due to its semantic range, includes numerous activities, programs and services, which requires federal agencies to their continued provision, integral and with a minimum level of efficiency. Among its benefits plexus is pharmaceutical care, the core of which involves providing, within the public health system, medication for prevention and treatment of diseases from simple to high-risk and cost. Given its magnitude is undeniable that integrates the list of

positive assurances able to ensure minimum conditions for a dignified existence, whose liability is guaranteed by the Constitution. For many reasons, there are serious obstacles in the routine of health managers that prevent continued access of the population to these drugs, driving the search for its implementation through the judiciary. is possible, the heart of which involves the analysis of the financial capacity of public bodies required the specific provision on an ongoing tension with the intention of users to enjoy a fundamental social right. Despite his solid and pragmatic grounds, it would still be inappropriate to depart imposition a fundamental good as visceral to the very survival of the human being.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health issues, Pharmaceutical care, Judicialization, Mimino existential, Reserve possible.

1. A TÍTULO DE INTRODUÇÃO:

O presente trabalho se volta a uma abordagem do direito fundamental à saúde, enfatizando uma de seus componentes que vem a ser a assistência farmacêutica sob a perspectiva

da intensa busca de sua efetividade por meio do acesso ao Poder Judiciário para atender as demandas individuais e coletivas por medicamentos no âmbito do sistema público.

Com a judicialização vem à tona a parêmia entre a primazia a um direito fundamental capaz de assegurar a sobrevivência do titular versus o impacto financeiro suportado pelo erário com seu custeio.

Antes de adentrar no âmago do tema far-se-á uma breve exposição das características deste direito fundamental, seus contornos normativos e destinatários, sempre sob um ângulo mais focado no seu arcabouço constitucional.

Sob a égide do direito sanitário se fará um apanhado do caótico e complexo sistema de normas que regem a matéria para apresentar o conteúdo mínimo da assistência farmacêutica, apresentando suas modalidades, a obrigação constitucional dos entes federativos frente às mesmas, suas possibilidades e limitações técnicas diante de um saber sempre em mutação.

Num momento posterior será tratado o fenômeno da judicialização com destaque para o fornecimento de medicamentos, dando-se algumas pinceladas sobre nuances processuais.

Apontam-se alguns fatores que levaram à busca incessante da promoção à saúde por meio da tutela jurisdicional, dentre eles a falência gerencial e financeira do sistema único (SUS) em ofertar condições mínimas de atenção aos usuários.

Por derradeiro propõe-se uma análise dos dois pilares que entram em rota de colisão quando se aborda o tema: o mínimo existencial como sustentáculo humanitário e dogmático a salvaguardar o núcleo essencial do direito à saúde e seu antípoda mais contundente que vem a ser a reserva do possível.

Cumprido sublinhar que este escrito, pelas restrições inerentes a um artigo acadêmico, de modo algum se arvora a preconizar respostas e soluções para superar a candente discussão sobre a inafastabilidade da tutela jurídica à saúde com sua inequívoca faceta de um direito humano e sua contenção diante da finitude dos recursos públicos exigidos à sua implementação.

2.DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DELINEAMENTO E PRINCIPAIS ATRIBUTOS

2.1 Amplitude semântica

Diante do novo paradigma da ciência do direito, cognominado de pós-positivismo, cuja tônica é o reencontro com as demais disciplinas sociais como a filosofia, ciência política e a sociologia, aproveitando seus aportes teóricos, há uma busca pela técnica legislativa permeada por conceitos abertos, juridicamente indeterminados como instrumento mais apto a regular relações econômicas e sociais a cada dia mais complexas, decorrência de uma comunidade global multifacetada, fluida e infensa a regulações fechadas tão ao gosto do positivismo.

Nesta seara encontramos o direito à saúde, cuja delimitação teórica demanda uma tarefa talvez irrealizável e inócua, pois diante de seu sentido plurívoco, seu alcance será fixado pelo intérprete a cada caso concreto (RODRIGUES, 2009, 292).

Atualmente compreende-se este direito fundamental social sob o enfoque sanitário, de modo a se reputar assegurado a vida com determinada qualidade, abarcando as ações de prevenção a agravos e doenças como também melhores condições de vida que agreguem aspectos socioeconômicos, ambientais, educacionais e outros.

De há muito se abandonou a concepção epidemiológica a qual associava o respeito ao direito à saúde pela mera ausência de agravos, enfim, uma visão estreita de cunho apenas fisiológico, ignorando o entorno do cidadão e os seus condicionantes sociais.

2.2 A fundamentalidade do direito à saúde e sua concepção internacional como um direito humano

A primeira constatação quanto a natureza de direito fundamental decorre da sua topografia constitucional, cujo art. 6º, *caput* – que elenca dentre os direitos sociais a saúde – inscreve-se no título dos direitos e garantias fundamentais.

A par deste aspecto formal, vê-se pela redação do art. 196 da Carta Federal que seu espectro engloba ações e serviços curativos, preventivos e de promoção, por conseguinte estando umbilicalmente atrelado à própria sobrevivência, existência vital.

Neste diapasão imperioso mencionar as considerações de RODRIGUES

[..] Na verdade, o exercício pleno da dignidade da pessoa humana pressupõe a prevenção de doenças e agravos à saúde e a promoção de ações de tratamento do bem estar físico e mental debilitado. Assim, nem mesmo aqueles partidários das concepções mais restritivas de classificação

dos direitos fundamentais podem deixar de reconhecer no direito à saúde a sua essência fundamental.”. (2009, p. 295)

Ademais, em diversas normas esparsas no texto constitucional há menção à saúde como substrato ao mínimo existencial, a exemplo do art. 7º, IV que aponta como uma das metas do salário mínimo prover a saúde como uma necessidade básica.

De igual modo a proteção à saúde tem forte impacto sobre a redução de riscos nas relações de trabalho a teor do inciso XXII do aludido artigo demonstrando a forte imbricação deste direito fundamental com outras áreas de regulação jurídica a que se denomina de intersetorialidade.

Demonstração disso foi a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal¹ que reputou constitucional – em juízo liminar – legislação estadual que impunha a proibição do uso de produtos, materiais ou outros artefatos que contenham amianto ou asbesto, como medida eficaz a proteger a saúde do trabalhador e prevenir danos futuros ao meio ambiente.

Outra evidência de quanto essa categoria se espraia sobre as demais atividades humanas, como verdadeiro alicerce para usufruir demais direitos e garantias, é a legislação antitabaco – Lei Federal no. 10.167/2000 – que impôs sérias limitações à publicidade direta e indireta – *merchandising* – ao seu consumo.

Tal regulamentação, por sua vez, vai ao encontro da regra contida na *Lex Fundamentalis* segundo à qual em nome deste direito essencial é possível a edição de normas que limitam a propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde (art. 220, § 3º, inciso II).

Destas considerações extrai-se a relevância deste direito social – aliás a nossa Carta Federal consagrou tão somente à esta categoria a condição de serviço de relevância pública como se constata do art. 197 – que ultrapassa a noção reducionista de acesso individual a ações, serviços e prestações, ganhando o contorno de verdadeiro metadireito no sentido de ser um

[..] passaporte para a potencialização dos atributos da vida, permitindo que a mesma se realize em toda a sua plenitude. De conseguinte, o direito à saúde tem uma configuração de direito fundamental em nosso sistema jurídico, posto que o direito à vida é inegavelmente um direito fundamental, consoante o *caput* do artigo 5º de nossa Constituição.” (RODRIGUES, 2009, p. 294)

¹ ADI 3937 QO-MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 4.6.2008. Extraído do Informativo 509 do STF.

Por sua vez a saúde também se insere dentro da categoria de direito humano. Aqui cabe uma breve digressão para divisá-lo de um direito fundamental.

A rigor o rótulo consagrado como direito humano destina-se aos “direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem internacional e com pretensão de validade universal².”(SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 251), já aqueloutro passa por um reconhecimento feito na ordem constitucional interna, fortemente influenciado por contingências sociais, econômicas e culturais de cada nação em determinado contexto histórico.

A conotação de direito humano à saúde é inegável ante a profusão de documentos internacionais sobre o tema, merecendo destaque alguns marcos normativos.

O primeiro deles é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita por nosso país em 1948, que em seu art. 25.1 acentua que todos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e ao agrupamento familiar saúde e bem-estar.

Outro instrumento internacional digno de nota é o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos de 1996 (PIDESC), ratificado por nós em 1992, contendo encargos de maior densidade normativa que a Declaração Universal, estabelecendo em seu art. 12.1 que os Estados pactuantes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

Essa regulação internacional ganhou mais vulto com o funcionamento da Organização Mundial de Saúde (OMS), componente da ONU, cujo preâmbulo de seu ato constitutivo define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”

Tamanha a relevância deste organismo e suas regulações sobre os países signatários, que seus parâmetros tiveram decisiva influência³ no disciplinamento da matéria em nosso arcabouço constitucional e legal. Neste particular cabe mencionar o art. 193 que traz como disposição geral ao capítulo da saúde na Carta Federal o propósito de garantir justiça social, ao passo que a Lei

² Muito embora tangencie o objeto deste escrito, cabe assentar que há críticas a esta noção de direitos humanos como universais, que em linhas gerais pecaria pelo autoritarismo, homogeneizando culturas, raças e costumes, atendendo a uma ideologia de países de maior pujança econômica. No particular indica-se a leitura da obra de Rodrigo Cançado Anaya, Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos.

³ Essas diretrizes internacionais advindas da OMS foram objeto de intenso debate na histórica VIII Conferência Nacional de Saúde, tida como um evento paradigmático no lançamento de novas bases para modelo desse direito social em nosso território diverso do que então vigia, redundando em emenda popular, posteriormente invocada como parâmetro para a Constituição de 1988.

Federal 8080/90, texto base do Sistema Único de Saúde (SUS), em seu art.2º, § 1º e 2º ao delinear o conceito de saúde alarga seu espectro para condicionantes econômicos e sociais.

3.0 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E SUA JUDICIALIZAÇÃO

3.1 A dispensação de medicamentos perante o Sistema Único de Saúde (SUS) e seus parâmetros normativos.

O ponto de partida para esse tópico passa necessariamente pela lembrança do princípio norteador da responsabilidade dos entes federativos em matéria de efetivação deste direito social: a solidariedade.

Esse postulado é tributário de nosso sistema federativo que fixa competência legislativa concorrente (arts. 24, XII e 30, II) entre União, Estado e Município e no âmbito administrativo atribui competência comum (art. 23, II) para fomentar, prover e criar políticas de saúde.

No entanto, como argutamente observou BARROSO (2007, p.17), em relação a dispensação de medicamentos nem o nosso Constituinte muito menos a Lei Federal 8080/90 estabeleceu critérios ou parâmetros técnicos, financeiros capazes de delinear a obrigação dos gestores nas três esferas públicas.

Necessário pontuar que por assistência farmacêutica, sob a ótica legislativa, de modo algum se confina ao fornecimento de remédios e insumos (PEPE; CASTRO, 2013, p.153) abarcando ações como a seleção de medicamentos essenciais, investimento na sua produção pública, melhoria da gestão e a contratação/qualificação de profissionais de saúde que atuem nesta seara.

É uma característica peculiar ao Direito Sanitário conviver com uma babel normativa, decorrência da própria gama de especialidades médicas, complexidade das matérias e a evolução constante nos padrões e tratamentos terapêuticos.

Em relação a assistência farmacêutica essa tônica se confirma havendo incontáveis atos normativos emanados dos entes federativos. Apesar disso é possível apontar para a Portaria 3916/98 editada pelo Ministério da Saúde como norteadora da repartição de competência entre todos, a qual inaugura a Política Nacional de Medicamentos.

Extrai-se da referida norma que todos devem publicar lista⁴ de medicamentos, atuando em colaboração. Neste contexto ficará à cargo da União formular a política nacional, e no bojo desta atribuição elaborar a relação nacional de medicamentos (RENAME).

De outro tanto, a Portaria MS/MG no. 204/2007 disciplinou o bloco de financiamento dessa modalidade de assistência em três segmentos: i) componente básico; ii) componente estratégico e iii) o componente de medicamentos de dispensação excepcional, posteriormente rebatizado como especializado.

Neste conjunto compete ao Município indicar a lista de medicamentos essenciais, tendo como referencial o sobredito RENAME, de tal maneira a ficar incumbido de executar a assistência farmacêutica fundamental, com foco no que se convencionou denominar de atenção básica⁵.

Esse componente básico de assistência volta-se

[..] à aquisição de medicamentos e insumos baseado no elenco de referência nacional para o tratamento de agravos que ocorrem mais comumente no país ou no âmbito de agravos e programas de saúde específicos. A Portaria MS/MG no. 4217/2010 define a execução e o financiamento deste componente.” (PEPE; CASTRO, 2013, p.161)

Percebe-se que os ditos essenciais satisfazem as necessidades prioritárias da população, por conseguinte, pressupõe uma listagem mais simples e menos custosa aos cofres públicos, observando um perfil epidemiológico daquele território sem perder de vista os parâmetros alvitados pela OMS (BARROSO, 2007, p. 17).

O componente estratégico tem como escopo combater doenças endêmicas e sazonais, de modo que a esfera federal os adquire e fornece aos Estados e Distrito Federal, e estes por sua vez os redistribui aos polos regionais e Municípios.

Já os medicamentos especializados incumbe à União e ao Estado prover, nos moldes da Portaria GM/MS 2981/2009, dirigindo-se a debelar enfermidades raras ou de baixa prevalência,

⁴ Essas listas, evidentemente, não são estanques e todas as esferas governamentais contam com órgãos técnicos colegiados – sejam câmaras ou comissões – erigidos à função de padronizar, avaliar inclusões ou exclusões de medicamentos.

⁵ Também cognominada de atenção primária, é concebida de acordo com a Declaração de Alma/Alta como aquela baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, além de universalmente acessíveis a indivíduos e famílias em dada comunidade. Em nosso ordenamento tem seu marco na Portaria 648/GM de 2006, de responsabilidade direta dos Municípios que a gerencia e executa por meios das Unidades Básicas de Saúde, Programas de Saúde da Família e PACS.

doenças de alta prevalência nas quais os pacientes apresentam intolerância ou refratariedade aos medicamentos de primeira linha. Englobam aqueles de elevado custo financeiro.

Uma derradeira observação acerca deste arcabouço normativo diz respeito ao acesso universal e igualitário. Nos moldes da Lei Federal no. 12.401/2011 e do Decreto 7508/11, um dos pilares da assistência farmacêutica que aborda aqueles postulados impõe ao gestor a obrigação do fornecimento somente se estiver de acordo com as listas oficiais públicas ou pelos respectivos protocolos clínicos e de igual modo se a correlata prescrição for subscrita por profissional inserido nas ações e serviços do SUS.

3.2 Peculiaridades de sua judicialização

O enfrentamento com mais densidade do tema demandaria um incursão sobre a consolidação do neoconstitucionalismo, em particular um dos aspectos a ele correlacionados tal como o crescente prestígio do Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais, daí se estendendo ao fenômeno do ativismo judicial.

Contudo, a judicialização aqui invocada receberá um enfoque bem mais estreito, almejando esse trabalho apontar suas peculiaridades diante da crescente demanda pelo fornecimento de medicamentos pelos entes governamentais.

O conflito envolvendo a obrigação constitucional de prestar assistência farmacêutica, por parte dos entes federativos, de há muito frequente a pauta do Supremo Tribunal Federal⁶, o qual inegavelmente vem chancelando a impositividade deste dever, com mais ênfase quando figuram entre os postulantes pessoas de baixo poder aquisitivo.

Há de fato profundos impactos da atuação judicial sobre o rumo de políticas públicas voltadas ao fornecimento de insumos de saúde.

Por sua vez essa intervenção afeta a prática de procedimentos administrativos – v.g. empenho, compras emergenciais, licitações – interfere na condução gerencial de programas estatais, a tal ponto que se imputa a esse avanço sobre as funções do Executivo uma causa de iniquidade, pois “subtrai as rotinas administrativas de fixação de prioridades, bem como resulta

⁶ No julgamento do AI-AgR 238328/RS, j. 16/11/1999, o Ministro Marco Aurelio, atuando como relator, consignou que o “preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde.”

em privilégio a alguns, em detrimento da grande maioria da população, que não tem acesso à Justiça” (WEICHERT, 2010, p. 139).

Isso tudo sem descurar a candente controvérsia acerca da própria legitimidade desse tipo de provimento judicial sob o argumento de repousar num órgão contramajoritário que finda por criar e executar uma despesa pública, avançando sobre tarefas ordinariamente afeitas a esferas outras, como o Executivo, de forte matriz democrática.

São enfáticas neste sentido as considerações feitas por OLIVEIRA (2010, p. 699)

[..] Inviável, outrossim, transplantar o orçamento, em sua inteireza, para o plano da atuação contramajoritária, de forma que sejam superadas as decisões técnicas ou políticas da Administração Pública, fazendo-se da microjustiça do caso concreto um plano de sangria do erário, comprometendo-se, assim, os contribuintes futuros, que terão de arcar com a conta.”

São conhecidos os riscos da imersão do Juiz, nas demandas individuais, em impor a execução de despesas públicas para atender o pleito de dispensação de determinado tratamento medicamentoso.

Aponta-se inicialmente a estreiteza da cognição em permitir que se conheça todos os nuances subjacentes à lide, até porque está em jogo, comumente, a fruição de um bem fundamental à garantia do restabelecimento da saúde e quiçá da própria sobrevivência do postulante e a variável tempo pressionando uma solução judicial mais célere pena de ineficácia da tutela.

Apesar dos ponderáveis argumentos daqueles que veem com reservas essa judicialização por medicamentos, de modo algum pode-se ignorar outro valor fundamental em qualquer país democrático que é a inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), cujo equivalente no plano internacional, mais especificamente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, prevê como um dos pilares na defesa dos direitos humanos a proteção judicial (art. 25).

Ora, como bem ponderou WEICHERT (2010, p. 140) se há ainda uma litigiosidade contida abarcando as camadas mais carentes da sociedade, devem ser fortalecidos os atores públicos e os mecanismos de tutela coletiva, a exemplo do Ministério Público, mas de forma alguma invocar tais obstáculos para impedir a cognição judicial acerca da tutela de direitos fundamentais.

Em suma, a negação do acesso ao Poder Judiciário para prover assistência farmacêutica é uma tese indefensável, embora deva-se atentar para as cautelas necessárias a preservar os princípios regentes do SUS, dentre eles a equidade, inibindo uma atuação seletiva em favor de uma diminuta parcela da população que tem condições – econômicas e sociais – de buscar a tutela jurisdicional, em detrimento do grande contingente carente deste serviço público essencial, mas que co-financia como contribuinte direto e indireto o custeio das despesas com saúde.

Neste particular merecem chancela as ponderações de WEICHERT (2010, pp. 140-141)

[..] os gestores do SUS precisam reconhecer a legitimidade constitucional e democrática da intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ainda quando atomizada, a defesa judicial dos direitos do cidadão é um imperativo constitucional, e compete ao Poder Executivo demonstrar perante o sistema de Justiça seus esforços no cumprimento da missão constitucional de desenvolver um Estado social. Aliás, talvez o crescimento no número de demandas produza até efeito colateral favorável, pois provoca a aproximação desses agentes políticos e impõe a mútua compreensão de seus papéis e deveres.”

A judicialização também fornece elementos ao gestor sobre algumas deficiências na dispensação de medicamentos e insumos, oportunizando-lhe mudanças de rumo na condução e reformulação de políticas de atenção aos usuários, ao tempo em que oferece possibilidade de realocação de investimentos e recursos (OLIVEIRA, 2013, p.52).

Esse efeito positivo – ao menos nas demandas coletivas – foi sintetizado de forma irretocável por OLIVEIRA ao asseverar que

[..] o crescimento das demandas – sobretudo daquelas relacionadas à dispensação de tratamentos, medicamentos e outros produtos – colocou o Poder Judiciário não apenas na condição de revisor de políticas públicas estatais, mas também na de indutor da formulação pelos demais poderes e de implementador. Trata-se de uma realidade não apenas brasileira, que tem sido vivenciada também em outros países, embora em diferentes proporções e com variadas características.” (2013,

O desequilíbrio apontado pela seletividade do público atendido nas demandas judiciais, em geral os mais esclarecidos e com melhor poder aquisitivo, cinge-se a demandas individuais.

O primeiro aspecto apontado pelos estudiosos (OLIVEIRA, 2013, p. 55) é o elevadíssimo gasto público convergindo com aquisição de produtos de maior interesse empresarial das indústrias farmacêuticas.

Aqui as consequências do acúmulo de ações individuais, em geral não percebidas pelo Poder Judiciário, mas duramente sentidas pelos gestores é o comprometimento do orçamento com despesas vultosas de alcance limitado a poucos usuários que buscam a proteção judicial.

Outra distorção causada pela judicialização individual ou pulverizada é prolação de julgamentos para dispensação de remédios fulcrada em prescrições de médicos estranhos ao sistema único de saúde.

Nestas hipóteses há inegável privilégio a setores da população que tem assistência privada, mas que por conveniência acessam o SUS para obtenção gratuita de medicamentos, no mais das vezes provocando um tratamento desigual com pessoas em iguais condições de saúde, mas que são preteridas por aquelas outras que tiveram condições de buscar a tutela pela via judicial.

Menciona-se ainda que tais ações individuais oportunizam a imposição judicial de medicamentos fora das listagens oficiais editadas pelos órgãos de regulação ou mesmo em desconformidade com diretrizes terapêuticas.

MACHADO (2011, p. 594) bem dissecou essa consequência adversa ao pontuar que

[...] não raramente, as decisões judiciais, sobretudo no que se refere à assistência farmacêutica, impõem o fornecimento de produtos não contemplados nas políticas públicas de saúde, alguns cuja eficácia não é comprovada, e ainda insumos que, por vezes, contam com alternativas terapêuticas no SUS.”

Outro aspecto indicativo da excessiva judicialização foi alertado por (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.207) quando adverte para inexistência de prévio esgotamento da via administrativa por parte do cidadão para garantir o acesso ao medicamento, o que *per si* não constitui óbice à proteção judicial, mas seguramente deslegitimam os pedidos liminares, esmaecendo a ideia de urgência, presumindo a recusa estatal na dispensação nem sempre ocorrente.

Diante destas considerações, é razoável afirmar que a judicialização pulverizada por ações individuais tem um efeito nefasto sobre o pilar da equidade de acesso ao sistema único de saúde.

CUBILLOS (*Apud* Oliveira, 2013, p. 54) em estudo acerca do fenômeno em apreço registra uma similitude entre os sistemas de saúde da América Latina marcados por uma

desigualdade na fruição dos serviços, concluindo que os mais abastados usam mais os recursos e atividades prestadas pelo Estado do que as camadas mais desprovidas.

As demandas isoladas – diferentemente das lides coletivas *ad instar* das ações civis públicas – levam a uma fragmentação (OLIVEIRA, 2013, p. 54) da resposta judicial, indo na direção oposta à concepção de um planejamento e execução de determinada política pública, padronizada, impessoal, promovida pelos atores públicos – Ministério Público, Conselhos Sociais, entidades de classes e outros – como síntese de negociações travadas com diversos grupos de interesse.

Entretanto, estas deficiências não invalidam a judicialização, especialmente quando é veiculada em ações coletivas buscando justamente um tratamento uniforme aos usuários, com vistas a garantir os princípios reitores do SUS, interrompendo desvios dos escassos recursos estatais e combatendo a ineficiência da condução de políticas públicas. Aliás, há uma forte valorização da tutela coletiva em saúde pública, que nos dizeres de FLEURY

[...] O Poder Judiciário tem sido acionado em ações coletivas que visam contribuir para a estruturação do sistema de saúde, reafirmando seus fundamentos. (...) Está na hora de apoiar a judicialização que garanta a tutela coletiva do direito à saúde, ainda mais quando este se encontra ameaçado com as constantes investidas privadas no interior do sistema público.”(Apud Oliveira, 2013, p. 58).

4.0 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO PRESSUPOSTO A ALCANÇAR O MÍNIMO EXISTENCIAL

4.1 Mínimo existencial: algumas considerações:

Deve-se a OTTO BACHOF (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.179) o primeiro esboço sobre a compreensão de um direito subjetivo a condições materiais indispensáveis à uma vida minimamente aceitável sob o aspecto individual e societário.

Essa construção superava a ideia liberal de garantia à vida como mera defesa da integridade física, da proibição de atentados contra a pessoa. Tal preocupação teve sua gênese sintomaticamente após a 2ª guerra, que produziu uma multidão de mutilados, pessoas com graves

comprometimentos físicos e mentais carentes de uma existência digna a ser assegurada pelo Estado.

Nesta senda, seria correto sustentar que tal garantia mínima daria corpo aos princípios de um Estado Social de Direito.

A sua sedimentação conduz atualmente a proteção que transcende a mera sobrevivência física, de modo a se apartar de um entendimento acanhado de mera existência fisiológica, impondo-se padrões acima da linha da pobreza.

Daí merecer registro o magistério de HEINRICH SCHOLLER (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.180) ao assentar que este patamar de dignidade é reconhecível “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade.”

Nesse passo compreende-se o mínimo existencial como

[..] abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou outros meios indispensáveis para a sua satisfação, o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material.”(SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.181)

É certo que não possui um conteúdo específico, rígido. Muito menos é de imediata quantificação, impondo-se ao intérprete e aplicador ter como referencial os cânones sociais, econômicos e culturais de uma determinada comunidade, numa palavra, será sempre contingencial e mutável no tempo e conforme o território a que se impõe.

Para dizer que uma determinada providência, ação governamental ou política pública que está a se exigir efetivamente preenche o mínimo existencial é preciso levar em conta estas variáveis, o que de certa maneira abala a tão cara segurança jurídica.

Ainda assim, mais que factível, é imperioso indicar quais direitos, atividades ou interesses o compõem.

Nessa linha TORRES (*Apud* Rodrigues, 2009, 295) enfatiza a necessidade de preencher seu conteúdo e patamar irreduzível ao afirmar que

[..] Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação etc) , considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais

da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”

Veem-se em ambas as fontes doutrinárias que, indubitavelmente, a saúde compõe o núcleo essencial do mínimo existencial.

Diz-se mais, há franca defesa em favor de tal direito fundamental conexo à formatação do mínimo existencial quando defrontado com dificuldades financeiras suscitadas pelos entes federativos, sendo taxativo WEICHERT (2010, p. 130) ao considerar que as ações de saúde quando “relacionadas ao mínimo existencial devem figurar sobranceiras em relação a todas as demais obrigações estatais, recebendo absoluta prioridade na alocação de recursos, até mesmo diante de outros direitos fundamentais.”

Para uma vertente da doutrina, por assim dizer mais conservadora, este mínimo não confere concretamente o direito subjetivo a prestações materiais, mas sim a criação de uma base estrutural que permita ao indivíduo desenvolver-se, por méritos próprios, “alcançando, talvez, as esferas da justiça almejadas.”(OLIVEIRA, 2011,p. 706).

Mesmo para essa posição mais restritiva, diante de matérias tão sensíveis à sobrevivência e dignidade do ser humano, como os serviços de saúde, onde o próprio Constituinte, impositivamente, fixa percentuais de investimentos dos orçamentos para sua realização, desponta a primazia em sua tutela, tendo como baliza a busca a esse mínimo existencial, justificando-se a intervenção judicial e a própria criação e execução de uma despesa pública, a despeito da deliberação provir de uma força contramajoritária.(OLIVEIRA, 2011, p. 707).

Dessume-se destas considerações, que a assistência farmacêutica, enquanto um dos elementos formativos do conceito plurissêmico do direito à saúde, demanda forte investimento estatal, e por ilação será analisada a sua capacidade financeira no caso concreto.

Com a inegável crise do modelo do Estado Social, que no arguto olhar de CANOTILHO (*Apud* Cambi, 2010, p. 391) vem “sucumbindo ao esmagador globalismo neo-liberal” urge buscar a fixação deste patamar existencial inegociável, ao ponto de admitir que tais direitos sociais tem reduzido a *jusfundamentalidade* em busca do seu mínimo.

Apesar desta realidade ameaçadora, pressupondo-o como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar uma vida saudável, filiamo-nos a posição de SARLET(2008, p.184) de como tem sido “identificado – por alguns – como constituindo o

núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da Sociedade.”

5.0 RESERVA DO POSSÍVEL

5.1 Breve intróito

Referida construção tem seu berço em um precedente⁷ haurido do Tribunal Constitucional Federal da República da Alemanha (BVERFGE 33,303).

O âmago da discussão centra-se no conflito entre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a capacidade orçamentária do poder público em implementá-los em um patamar mínimo capaz de alcançar seu núcleo essencial.

O fundamento basilar desta teoria é a de que a pretensão à efetividade dos direitos, especialmente aqueles de 3ª dimensão – ditos prestacionais a demandar um agir do Estado – deve ser conjugada com a capacidade financeira do poder público em reunir condições materiais para atendê-los, propondo que ausente este substrato monetário o próprio conteúdo deste interesse fundamental seria afetado ou reduzido no plano concreto.

O modelo de Estado que vicejou após os dois conflitos mundiais foi o do Bem-Estar Social, aí incluído o nosso atual sistema constitucional, dando ensejo a inclusão de um contingente social outrora alijado de proteção e que neste novo paradigma passa a ostentar uma gama de interesses e garantias.

Neste novo contexto não tardou a surgir o dilema em torno dos custos de realização dos direitos.

De fato, seria de uma leviandade sem tamanho simplesmente afirmar que os órgãos estatais têm obrigações constitucionais de efetivar direitos fundamentais passando ao largo da grave discussão acerca dos meios, condições e a própria capacidade financeira deles em provê-los.

⁷ Diz respeito à pretensão de ver declarada inconstitucional legislação que impunha limites ao ingresso no ensino superior diante de carência estrutural em contemplar um maior número de pretendentes. No particular o Tribunal Constitucional reputou válida a norma diante da impossibilidade do particular exigir do Estado uma prestação além do que seria razoável esperar da própria sociedade.

A posição extremada, merecendo registrar as formulações de pensadores alemães como Peter Häberle, chega ao ponto de asseverar que os direitos públicos subjetivos somente são passíveis de serem garantidos no âmbito do possível e do adequado, aí compreendida a existência da “reserva das caixas financeiras” do Estado (CAMBI, 2010, 381).

CANOTILHO ao discutir o alcance dessa cláusula aponta alguns parâmetros para atender os direitos econômicos, sociais e culturais tais como

[...] i) gradualidade da realização; ii) dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; iii) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização desses direitos; iv) pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, exceto quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões materialmente desrazoáveis.” (*Apud* CAMBI, 2010, p. 382)

Avançando sobre o tema, há estudiosos (OLIVEIRA, 2011, 702) que alvitram a existência de uma reserva do possível jurídica e outra fática. Muito embora não seja uma dualidade adotada uniformemente, é possível atribuir à primeira a prévia existência de embasamento legal autorizando o Estado a executar despesas necessárias a concretização do direito social almejado, *ad instar* da dotação orçamentária estabelecida na lei respectiva.

Por sua vez, a reserva fática nada mais é que a própria essência desta teoria ao impor a provisão de recursos públicos idôneos à satisfação das pretensões versando direitos sociais e econômicos. Em suma, consigna que para tutelar estas categorias em juízo é imprescindível o lastro financeiro que permita ao poder público proporcionar ao postulante a sua fruição material.

Há ainda quem desloque a questão para a discussão acerca da legitimidade dos organismos públicos responsáveis pelas escolhas e providências concretas em torno da satisfação desses direitos.

Nesta linha de pensamento TORRES (2009, p. 105) rebatiza a cláusula de “reserva democrática” compreendendo-a que somente são exigíveis as prestações sociais que se submeterem ao crivo do princípio democrático da maioria, cuja concessão passará pelo exame discricionário de sua instância máxima que vem a ser o Poder Legislativo.

Dessume-se, portanto, inexistir um consenso sobre os contornos e significado acerca da reserva do possível, mas é possível apontar um mérito inegável advindo de sua teorização, diga-se de passagem ainda em construção, que vem ser justamente a necessária aproximação do

Direito aos fenômenos econômicos, da sua imbricação prática e do incontornável diálogo com outros saberes, culminando no reconhecimento da limitação do sistema jurídico em atender os direitos sociais diante da escassez dos recursos disponíveis face aos custos sempre crescentes para implementá-los.

5.2 Inaplicabilidade da reserva do possível como excusa absoluta frente ao direito fundamental à saúde.

Sem refutar o necessário exame da viabilidade financeira e orçamentária que os operadores do direito devem realizar para acolher uma pretensão jurídica, especialmente diante da promoção dos direitos sociais, há de se colocar essa reserva de disponibilidade no seu devido limite, sob pena de subverter todas as conquistas sedimentadas ao longo da história envolvendo direitos humanos intrinsecamente relacionados ao mínimo aceitável para uma vida em sociedade.

A responsabilidade dos atores jurídicos frente as quase infinitas demandas sociais de inclusão, proteção e acesso a bens fundamentais ao desenvolvimento humano impõe um sopesamento do seu custeio diante do sério impacto sobre o erário, no entanto refutando qualquer posicionamento que ponha essas contingências econômicas acima das aspirações emancipatórias conquistadas no campo político, mormente aquelas contempladas e tuteladas pela ordem constitucional.

Não se ignora que diante de alguns dilemas decisórios⁸ onde se polarizam a exigibilidade normativa de um direito social e a dificuldade de operacionalização orçamentária, a cômoda e simplista deliberação em favor de um direito fundamental ignorando seu impacto sobre os cofres públicos, ao invés de convergir para os princípios fundamentais fundantes de nossa república (art. 3º) pode encaminhar-se para uma situação oposta, onde haveria um desequilíbrio no seu financiamento pela coletividade provocando uma situação de iniquidade.

Esta nefasta consequência não passou despercebida por CANOTILHO (*Apud Cambi*, 2010, pp. 382-383)

[..] a efetivação dos direitos sociais tem custo, não podendo nenhum controle judicial de políticas públicas ser prudente sem analisar os aspectos financeiros que a decisão pode causar. A

⁸ Visto comumente nas demandas judiciais de cunho individual onde se postulam providências na área de saúde envolvendo a dispensação de medicamentos excepcionais fora da listagem editada pelo Ministério da Saúde ou pelos órgãos reguladores locais, assim também na proposição judicial de tratamentos não contemplados nos protocolos clínicos, alguns inclusive de caráter experimental.

dinamização dos direitos sociais passa por uma ‘des-introversão’ do esquema jurídico da relação prestacional. Em outras palavras, a relação prestacional tem sido escondida no dever unilateral de socialidade do Estado, mas quem paga não é o Estado, e sim os cidadão que contribuem (i.e. os contribuintes ou os ‘pagadores de prestações’) os quais querem saber porque pagam e quem são os beneficiários das prestações.

Igualmente atentou para esse risco OLIVEIRA (2011, 704) ao asseverar que a reserva do possível somente permitirá ao Estado contemplar um direito fundamental num caso concreto judicializado, acaso haja dotação suficiente para todos os demais particulares em mesma situação molde a conferir um tratamento isonômico sob o prisma material, adotando a racionalidade no emprego dos recursos públicos.

Essa radicalização em favor dos direitos fundamentais sem qualquer consideração sobre as consequências sobre a receita estatal, evidentemente, gera uma distorção social pois demandará a busca de maior aporte de recursos para atende-los, que na seara dos entes governamentais são extraídos primordialmente da atividade fiscal, em suma, culmina no aumento da carga tributária responsável por absorver parte da renda dos contribuintes atuais e futuros, além de afetar sobremaneira as atividades produtivas (OLIVEIRA, 2011, p. 705).

Em que pese a observância dessas cautelas, sem que de modo algum esse breve trabalho rechace peremptoriamente as contribuições hauridas da edificação teórica e prática da reserva do possível, perfilhamos a posição de SARLET segundo o qual (2008, p. 32)

[...] levar a sério a reserva do possível (e ela deve ser levada à sério, embora com as devidas reservas) significa também, especialmente me face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.”

Convergindo com este entendimento, mas com um cariz argumentativo fundado na busca da máxima proteção e eficácia aos direitos fundamentais, CAMBI (2010, p. 382) adverte que referida cláusula jamais poderá funcionar como um mecanismo de restrição de direitos *prima facie*.

De fato, adotar a vertente, digamos assim mais economicista desta disputa, implica em fazer *tabula rasa* da fortíssima carga eficaz conferida pelo Constituinte aos direitos fundamentais. Prosseguindo em seu raciocínio o aludido autor sublinha a inexistência de uma

proteção definitiva, estanque, mas de forma aproximativa⁹ cuja formatação se dará no caso concreto mediante ponderação por meio de um método argumentativo racional.

Diante destas premissas partilhamos as observações de CAMBI (2010, p. 398) quanto a eficácia da reserva do possível, conferindo-lhe um perfil mais consentâneo com esta categoria tão cara ao constitucionalismo contemporâneo ao vislumbrar

[...] um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais, mas também uma garantia da máxima eficácia e efetividade destes direitos, para que se possa assegurar, na hipótese de colisão de direitos, recursos necessários à implementação do mínimo existencial ou para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito.”

De modo algum está a se perfilhar uma concepção que amesquinhue o espaço de conformação do legislador na formulação de políticas públicas, muito menos impondo ao administrador uma vinculação absoluta lhe retirando a possibilidade de planejar, prover e executar o orçamento público, funções estas conferidas pelo voto popular que reveste estas forças majoritárias da mais alta densidade democrática.

Mas há de se convir, ao menos em determinadas áreas sensíveis as quais a Lei Maior determinou um aplicação mínima de recursos, com clara especificação das espécies tributárias a compor seu custeio, o gestor estará jungido a observar esses parâmetros imprescindíveis a sua promoção (OLIVEIRA, 2011, p. 707).

Essas situações são bem nítidas nas destinações específicas envolvendo o financiamento da saúde e educação, cuja judicialização para cumprir os ditames constitucionais permite ao Poder Judiciário se imiscuir na exigência ou mesmo formulação de políticas públicas, inclusive se debruçando sobre a suficiência de previsão de recursos públicos, controle orçamentário e outras incursões nas finanças estatais dentro do estritamente necessário a atender à vontade do legislador constituinte.

Essa posição mais contundente na defesa destes direitos sociais – como a saúde – ligados ao mínimo existencial é esposada por SANTOS (2013, p. 43) ao dirigir fortes críticas a essa concepção monetarista defendida pela reserva do possível, censurando-a como

⁹ Ou no jargão já consagrado na clássica obra de Alexy sobre os direitos fundamentais, buscar a otimização no sentido de tentar alcançar sua eficácia na máxima medida possível diante dos pressupostos fáticos e jurídicos.

[...] uma teoria decorrente de um Direito Constitucional Comparado, indevidamente interpretado, pois a realidade socioeconômica do nosso país, jamais pode ser comparada com a de qualquer país da União Europeia, visto que esta teoria não foi construída em torno de uma decadente crise social, principalmente no que concerne às questões de saúde pública onde temos milhões de pessoas morrendo a espera de um atendimento digno, em questões mezinhas.”

O próprio Guardião¹⁰ da Constituição já se pronunciou neste sentido prestigiando o direito à saúde como consectário do direito à vida, dando-lhe tratamento privilegiado no sentido de suplantando qualquer interesse patrimonial titularizado pelo ente governamental, merecendo destaque a seguinte passagem

[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direitos subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador um só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e d saúde humana.”

Nessa linha de intelecção, também refutando esse argumento orçamentário usado para desnaturar a demanda por saúde, CANOTILHO (*Apud* Geísa, 2009, p. 294) anota que “a reserva dos cofres do Estado coloca problemas de financiamento, mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais”, mantendo-se o Executivo jungido à responsabilidade imposta pela Lei Maior em envidar todos os esforços de prover as medidas à sua implementação.

Partindo-se dessas premissas teóricas extrai-se algumas consequências de ordem processual, que merecem um registro *en passant*.

O principal deles diz respeito à cognição judicial, de modo a que o juiz diante de uma demanda em que seja postulada a realização de um direito fundamental social que sofra a resistência lastreada na insuficiência de numerário público para tal, deverá perquirir da Fazenda Pública a demonstração dessa carência, para tanto franqueando uma análise mais acurada das destinações de gastos feitas pelo administrador por meio da peça orçamentária.

¹⁰ STF, AgReg no RE no. 393175-0/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/12/2006.

Assim atribui-se ao ente público demandado o *onus probandi*, devendo de forma cabal demonstrar a inexistência de recursos disponíveis para o atendimento de determinado direito fundamental (OLIVEIRA, 2011, pp. 691 e 699).

Em arremate a esta defesa da primazia dos direitos fundamentais sociais contrapostos à disponibilidade de caixa, é irretorquível o diagnóstico feito por WEICHERT deste falso entrave à efetivação de tão relevante categoria

[...] *a reserva do possível* exige a demonstração de ser *impossível* ao Estado cumprir seu dever, por *absoluta* limitação e inexistência de meios. Não é admissível a frustração de direitos fundamentais mediante o subterfúgio da inviabilidade econômica, especialmente enquanto os governos e demais instituições públicas não cumprirem exaustivamente com suas responsabilidades mínimas de probidade, boa governança e igualdade material na distribuição dos encargos e serviços do Estado. Da mesma forma, esse argumento é incapaz de justificar o descumprimento de deveres estabelecidos há mais de duas décadas e cujo adimplemento não coloca em risco a viabilidade financeira do Estado.” (2010, p. 135)

6.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste escrito ficou evidenciado a acessa controvérsia em torno da efetivação do direito social à saúde, mais detidamente em relação à busca pela sua realização coativa através da tutela jurisdicional, cercada que é por uma profusão de variáveis, conhecimentos e medidas que escapam do mero figurino jurídico para alcançar seu equacionamento.

Essa realidade multifacetada foi bem captada por CAMBI ao referir que

[...] A concretização de direitos econômicos, sociais e culturais envolve problemas complexos que muito além da teoria e da dogmática jurídica, inserindo-se no contexto da *epistemologia da complexidade*. Por exemplo, as decisões judiciais sobre a concessão de medicamentos, tratamentos no exterior ou instalação de Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) abrangem a elaboração de políticas públicas, econômicas e sociais, estabelecidas por governos e gestores da saúde, bem como a análise das possibilidades orçamentárias.” (2010, p. 380))

Consoante expusemos neste trabalho, a saúde enquanto destacado direito fundamental social é um espectro de extrema valoração do ser humano (SANTOS, 2013, p. 44), pressuposto para fruir outros interesses juridicamente tutelados, inadmitindo-se seja confinado por

contingências financeiras do Estado, dado seu potencial emancipatório, devendo sobrepor-se a elas como condição para dar concretude aos clamores dos cidadãos que anseiam pela acessibilidade às ações e serviços públicos assistenciais de qualidade.

A judicialização é um dos instrumentos de acesso a este bem fundamental. Nesta senda há uma proliferação de ações voltadas ao fornecimento de medicamentos, cuja tutela individual tem causado distorções no tratamento igualitário aos usuários ao tempo em que deslocam recursos públicos para alcançar grupos sociais menos vulneráveis.

No entanto, é uma realidade incontornável, decorrência de nossa conformação constitucional, bastando que o Poder Judiciário adote cautelas para não romper a equidade a título de tutela a esse direito social.

Neste ponto invocamos a conclusão extraída da audiência pública a respeito do impacto dos proferimentos judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde, realizada em 2009 no STF¹¹, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes que assim diagnosticou sua dinâmica em nosso território

[..] Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas de determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.”

A assistência farmacêutica, um dos aspectos nevrálgicos do direito social à saúde, justamente confere à população o mínimo existencial no aspecto sociocultural, pois se insere nas políticas não apenas curativas, mas também de prevenção de agravos, permitindo ao cidadão possuir um patamar de qualidade sanitária a lhe permitir acessar outros direitos fundamentais, além de buscar sua emancipação nos diversos núcleos que interage, seja familiar, comunitário ou político.

Ficou demonstrado à exaustão o caráter falacioso que subjaz a adoção extrema da teoria da reserva do possível, como limitadora da exigibilidade de tal categoria jurídica, notadamente diante da incontestável omissão estatal em financiar adequadamente as ações públicas de saúde – como a assistência farmacêutica ora debatida – assim também pela sua inércia em adotar medidas

¹¹ Trata-se de agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175 (STA 175-Agr)

eficazes para combater a escassez e malversação de dinheiro público, por conseguinte, fica insustentável a alegação pueril de ser impossível prestar serviços mais amplos e efetivos (WEICHERT, 2010, p. 134)

Em arremate, os gestores do SUS bem como demais atores institucionais instados a prover o direito à assistência farmacêutica precisam reconhecer a legitimidade do Ministério Público e do Poder Judiciário em se imiscuir nesta matéria, especialmente nas ações coletivas, para conferir a tão almejada universalidade, integralidade e equidade propaladas como pilares do sistema, pois se trata de um imperativo constitucional derivado da natureza fundamental desta prestação, intimamente ligada às condições mínimas de dignidade. Neste debate judicial é de rigor que o ordenador da despesa, seja qual for a esfera, exponha de forma séria e factível as medidas que tem adotado para cumprir tão relevante tarefa incumbida pela *Lex Legum*.

De mais a mais, direito social à saúde, em quaisquer de suas dimensões, integra o seleto rol dos direitos fundamentais, e como tal “cumpre resgatar e reafirmar a irrenunciável dimensão utópica, da qual nos fala PÉREZ-LUÑO, sinalando que os direitos fundamentais contem, a despeito de sua faceta jurídico-normativa, um projeto emancipatório real e concreto.”(SARLET, 2007, p. 16).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANAYA, Rodrigo Cançado. **Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros Para a Atuação Judicial**. Rio de Janeiro: Interesse Público, n. 46, nov-dez/2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3937 QO-MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 4.6.2008. Extraído do Informativo 509.

_____. AgReg no RE no. 393175-0/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/12/2006.

_____. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada no. 175. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de março de 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila. **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais**. São Paulo: Revista de Saúde Pública, v. 45, n. 3, abril de 2011.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Finanças Públicas, Economia e Legitimação: Alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo**. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coordenadores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e Políticas de Saúde**. Belo Horizonte, MG: Universidade Federal de Minas Gerais. 2013. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado.

PEPE, Vera Lúcia Edais; CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osório de. **Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde**. In ALVES, Sandra Mara Campos Alves; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino (Organizadores). *Direito Sanitário em Perspectiva*. Volume 2. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2013.

RODRIGUES, Geísa de Assis. **Direito Sanitário**. In JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes (Coordenador). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Lenir. **Sus e a Lei Complementar 141 Comentada**. Campinas: Saberes Editora, 2012.

_____. **Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SANTOS, Marcelo Henrique, **O Ministério Público e seu papel articulador junto ao SUS**. Salvador: Editora JusPodium, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). *Direitos Fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/novembro 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 12 de dezembro de 2014.

_____.MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. **O Direito à Saúde e o Princípio a Integralidade**. In SANTOS, Lenir (Organizadora). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.