



# A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos<sup>1</sup>

*Judicial intervention in the guarantee of the effectiveness of the right to health, specially when it comes to the supply of medicine*

FERNANDA OLIVEIRA DE SOUZA

Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da PUCRS.

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre a questão bastante discutida atualmente a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário garantir a efetivação do direito à saúde, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos. Para realização dessa análise, faz-se necessário abordar os direitos fundamentais dispostos na Constituição da República, mais especificamente o direito à saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Também, será discutida a problemática da eficácia e efetividade do direito à saúde, levantando-se os itens: Reserva do Possível, competência para implementação de políticas públicas e Separação dos Poderes. Ainda, serão referidos a situação da saúde no Brasil, o Sistema Único de Saúde, a assistência farmacêutica e a divisão de competência dos entes federados. Por fim, será analisada a discussão acerca da intervenção judicial, esclarecendo as Teorias da Máxima Efetividade, da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Além disso, serão consideradas as consequências dessa intervenção e suas limitações segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal (STA 175).

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Direito à Saúde; Efetividade; Assistência Farmacêutica; Intervenção; Poder Judiciário; Limitações.

**ABSTRACT:** This paper discusses the issue under debate today about the possibility of the Judiciary to guarantee the accomplishment of the right to health, especially regarding the supply of medicine. For this analysis, it is necessary to address the fundamental rights set forth in the Constitution, more specifically the right to health as well as the principle of human dignity. Also, the problem of efficiency and effectiveness of health rights will be discussed, considering the following items: Reservation of the Possible, competence to implement public policies and Separation of Powers. Still, the health situation in Brazil, the Unified Health System, pharmaceutical care and the division of jurisdiction of federal entities will be referred. Finally, the discussion of judicial intervention, elucidating the Theories of Maximum Effectiveness, the Reservation of the Possible and the Minimum Existential will be analysed. Besides this, the consequences of this intervention and its limitations under the decision of the Federal Supreme Court (STA 175) will be considered.

**Keywords:** Fundamental Rights; Right to Health; Effectiveness; Pharmaceutical Care; Intervention; Judiciary; Limitations.

## INTRODUÇÃO

O tema “Direito à saúde e o papel do Judiciário” reflete a problemática encontrada na efetivação do direito à saúde frente à ineficácia do Poder Executivo na implementação de políticas públicas sobre saúde, bem como na destinação de recursos, e a necessária intervenção do Poder Judiciário na prestação de atendimento àqueles que necessitam, especialmente no que diz respeito ao pedido de medicamentos.

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais mais importantes, estando umbilicalmente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana. Porém,

observa-se que tal direito não está sendo devidamente efetivado pelo Poder Executivo, fazendo com que os administrados procurem o Judiciário, a fim de concretizarem o disposto no artigo 196 da Constituição da República. Desse modo, a questão a ser debatida é se não estaria o Poder Judiciário intervindo na competência do Executivo, infringindo, assim, os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

O assunto é de interesse de todos, tanto dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no que tange a suas competências e responsabilidades, quanto das Defensorias Públicas, dos advogados na defesa

do direito à saúde dos cidadãos e do Ministério Público.

O tema desenvolvido traz a dificuldade prática verificada nos Tribunais, bem como a divergência jurisprudencial encontrada. Leva-se em consideração a dificuldade do Julgador em decidir um pedido de fornecimento de medicamento, pois, ao mesmo tempo em que não seria de sua competência implantar políticas públicas, deve fazer cumprir um direito assegurado na Constituição Federal de 1988.

Nessa linha, muitos Tribunais se limitam a deferir os pedidos de fármacos somente nos casos em que estes se encontram nas listas de competência do ente público demandado, respeitando, assim, o sistema organizado pelo Executivo e Legislativo. Já outros priorizam totalmente o direito daquele demandante que necessita, muitas vezes, com urgência, do medicamento, não importando se a União, Estado ou Município disponibilizam-no. No entanto, no primeiro caso, como ficaria a saúde e a vida desse autor que não conseguiu o medicamento de que tanto necessitava? Será que devem ser verificados prioritariamente os princípios da Reserva do Possível e da Separação de Poderes?

Assim, a intervenção judicial na garantia do direito à saúde é um tema muito debatido atualmente, principalmente pela sua implantação na prática. A questão a ser enfrentada diz respeito ao Poder Judiciário estar executando funções que, teoricamente, não seriam suas (como implementação de políticas públicas), afrontando os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

## 1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 Considerações iniciais

Inicialmente, para analisar a questão dos direitos fundamentais, importante se faz a diferenciação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Embora ambos os termos sejam utilizados como sinônimos, o primeiro se refere a documentos de direito internacional, sendo aqueles direitos que independem da vinculação do ser humano a certa ordem constitucional, ou seja, são universais, enquanto que “direitos fundamentais” diz respeito àqueles “direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado”<sup>2</sup>.

Ao longo da história dos direitos fundamentais, costuma-se falar na existência de gerações ou dimensões. Os direitos da primeira geração são aqueles direitos do indivíduo frente ao Estado, como nos casos do direito à liberdade, à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Já os direitos de segunda geração englobam o direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho.

Os direitos fundamentais de terceira geração são também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade. Destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), ou seja, são direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Há quem defenda a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que seria “o resultado da globalização dos direitos fundamentais no sentido de uma universalização no plano institucional”<sup>3</sup>. Os direitos integrantes dessa última dimensão seriam os direitos à democracia (democracia direta), à informação e ao pluralismo.

Logo, verifica-se que os direitos fundamentais são de extrema importância, podendo ser considerados *conditio sine qua non* do Estado Democrático de Direito.

### 1.2 Direito à saúde: conceito e histórico

O direito à saúde está previsto na Constituição da República de 1988, mais especificamente no seu artigo 196, que assim dispõe:

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

Passamos a analisar especificamente o dispositivo constitucional:

- a) direito de todos: pode-se verificar um direito individual como um direito coletivo à saúde. Pelo texto constitucional, não se pode falar que trata-se de uma norma programática, uma vez que tal interpretação não daria eficácia à Constituição;
- b) dever do Estado: trata-se da obrigação do Estado, *lato sensu*, ou seja, cabe à União, Estados e Municípios a responsabilidade pelo direito à saúde tanto dos indivíduos, quanto da coletividade;
- c) garantido mediante políticas sociais e econômicas: se impõe a necessidade de políticas públicas que garantam o direito à saúde. Deve-se mencionar, também, a questão da evolução da medicina, com novas descobertas, o que faz que com que esse direito tenha um caráter programático nesse sentido;
- d) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: trata-se, pois, da questão da

prevenção. Inclusive, as ações preventivas são consideradas prioritárias, como se vê no artigo 298, II, da Constituição da República.

- e) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: destaca-se a questão da igualdade na prestação do direito à saúde, não podendo haver qualquer discriminação, tampouco prioridades;
- f) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: o Estado deve fornecer todas as medidas capazes de garantir o direito à saúde.

Como visto no item 1.1, tal direito encontra-se classificado como direito social e pertence ao grupo de direitos de segunda dimensão. Trata-se, portanto, de direito subjetivo do particular correspondente a um dever jurídico estatal, sendo norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de ato legislativo ou previsão orçamentária, segundo André da Silva Ordacgy<sup>4</sup>.

A saúde, aos olhos do disciplinado em nossa Carta Magna, pode ser conceituada como um sistema que tem como objetivo a prevenção, a cura de doenças, a melhora na qualidade de vida, dependendo, porém, da realidade de cada indivíduo.

Para entender o modelo atual de saúde no Brasil, imperioso se faz uma análise histórica-constitucional do direito à saúde.

Só na nossa atual Constituição é que o direito à saúde foi positivado, ou seja, somente após 40 anos da Declaração dos Direitos Humanos. Isso significa um atraso constitucional brasileiro em elencar a saúde como princípio e elemento de cidadania.

### 1.3 Dignidade da pessoa humana: vida e saúde

O direito à saúde está interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República.

A dignidade da pessoa humana vem reconhecida em 1948, no artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Ingo Sarlet ressalta que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca de cada ser humano, o que faz com que seja respeitado e considerado por parte do Estado e da comunidade.

A vida é o bem principal do ser humano, sendo seu primeiro valor moral<sup>5</sup>. Junto com a vida, nasceria a dignidade. O direito à vida está amparado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República:

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

[...] (grifo nosso)

A saúde é componente da vida, estando umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pode-se dizer que o direito à vida e à saúde são consequência da dignidade humana.

Assim, conclui-se que o ser humano tem direito a uma vida digna, não podendo ser sacrificada. A dignidade humana é, pois, princípio base da saúde.

Nesse sentido, o Estado tem o dever de propiciar aos cidadãos acesso à saúde, respeitando a dignidade, uma vez que a Carta Magna lhe impõe essa atribuição.

Não se pode falar em concretização de direitos fundamentais se o Estado, que os recepcionou em sua Carta Magna, não planejar e implementar políticas públicas eficazes.

Sarlet afirma que os direitos sociais constituem necessidade, porquanto sua falta “fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações”, propiciando a degeneração do Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>.

## 2 EFETIVIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE

### 2.1 Problemática da eficácia dos direitos fundamentais: direito à saúde

Inicialmente, deve-se fazer a distinção das nomenclaturas “efetividade” e “eficácia”. Dessa forma, podemos definir eficácia como a possibilidade da norma vigente ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos, enquanto que a efetividade (eficácia social) seria como englobar tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma, “quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”<sup>7</sup>.

Para possibilidade de análise da eficácia dos direitos fundamentais, importante recuperar o que já foi mencionado no item 1.2, sobre a diferença entre direitos de defesa e direitos prestacionais.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo<sup>8</sup> destacam que o direito à saúde pode ser considerado tanto direito de defesa quanto direito de prestação.

Sobre a problemática da eficácia do direito à saúde, deve-se destacar, primeiramente, que nenhuma norma constitucional é desprovida de eficácia e aplicabilidade<sup>9</sup>. Ocorre que a questão da saúde é, sem dúvidas, onde encontra-se a maior gama de questionamentos.

Importante referir que é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o “principal argumento contrário à sua judicialização”<sup>10</sup>.

O problema dos direitos sociais prestacionais, como a saúde, envolve uma série de questões, mas o que se tem de evidente é que, possuindo uma dimensão positiva, a principal questão é a econômica, uma vez que toda prestação tem seu “custo”.

Outro fator considerável seria o aspecto político, deixando o Poder Executivo de implantar políticas públicas condizentes com o problema da saúde<sup>11</sup>. Porém, com a Audiência Pública nº 04, realizada no Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, constatou-se que o problema não está apenas na ausência de políticas, mas também na necessidade de se determinar o cumprimento daquelas já implantadas.

Tem-se, portanto, que os fatores que colaboram com a não efetividade do direito à saúde são, basicamente: Reserva do Possível (ausência de recursos) e ausência de políticas públicas, como passaremos a analisar.

## 2.2 Reserva do possível

A Teoria da Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, com a decisão chamada *Numerus Clausus*. O caso era de um grupo de estudantes que não foi admitido na faculdade de medicina de Munique e Hamburgo em virtude da limitação do número de vagas em cursos superiores, política adotada pela Alemanha em 1960. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), diante da pretensão fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, decidiu que o direito postulado encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade.

Ingo Sarlet comenta que a decisão da Corte quis dizer que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.<sup>12</sup>

Em razão dessa Teoria ter vindo da Alemanha, não podemos deixar de mencionar a diferença entre a implementação de políticas públicas no que diz respeito a direitos fundamentais nos países de primeiro mundo e a do Brasil, tendo em vista que eles têm assistência pública diferenciada<sup>13</sup>.

Sobre isso, há análise feita por Andreas Krell, constitucionalista germânico, que vivenciou a realidade brasileira:

Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia. [...] Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de “redistribuição” (Umverteilung) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.<sup>14</sup>

Nesse sentido, refere que é necessário ter cuidado ao transplantar conceitos constitucionais de outros países, devendo ser interpretados e aplicados, levando-se em consideração as circunstâncias particulares de cada Estado, o que exige muita sensibilidade. Ainda, acrescenta que

O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos. Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implementado.<sup>15</sup>

Outrossim, percebe-se que a Teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não se refere única e exclusivamente a orçamentos e recursos, mas também menciona a condição de razoabilidade como referência principal.

Ocorre que, com as interpretações que foram sendo feitas ao longo do tempo, essa teoria passou a ser Teoria da Reserva do Financeiramente Possível, sendo considerados os recursos materiais disponíveis, bem como a previsão orçamentária da despesa.

Pode-se dizer que a Reserva do Possível abrange uma dimensão triplíce: de efetiva disponibilidade de recursos; de disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, como por exemplo, distribuição de receitas, competências legislativas e administrativas; e de proporcionalidade da prestação, em especial à sua exigibilidade e razoabilidade<sup>16</sup>.

Nesse ínterim, o administrador tem a obrigação de observar as autorizações e limites constantes em leis orçamentárias, em face do princípio da legalidade da despesa pública, sob pena de crime de responsabilidade, sendo vedado realizar despesas que

excedam o orçamento, conforme dispõe o artigo 167, II, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 167. São vedados:

[...]

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Da mesma forma, como assevera Fernando Scaff, “O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem”<sup>17</sup>. É o que também menciona Régis de Oliveira: “O que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada”<sup>18</sup>.

Segundo Fernando Facury Scaff, a Teoria da Reserva do Possível será cabível

se houver comparação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados na forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.<sup>19</sup>

Para aplicação dessa teoria, quando houver demanda judicial, deve ser considerado aquilo que é desejável, dentro do possível economicamente.

Importante salientar que se o Poder Público invocar a Teoria da Reserva do Possível a fim de não cumprir com sua obrigação constitucional, cabe a ele o ônus de provar que não há recursos, para só então poder o Judiciário se manifestar, de acordo com a razoabilidade. Nesse sentido, sobre o ônus da prova, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. “Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo” (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. *A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.*

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido. (grifo nosso)<sup>20</sup>

Desse modo, só será aplicada tal teoria se for devidamente comprovado que a prestação gerará mais prejuízos do que vantagens.

Conforme refere Bigolin<sup>21</sup>, o direito à saúde está relacionado à Reserva do Possível em dois sentidos: disponibilidade de recursos existentes e capacidade jurídica de deles se dispor. Evidente, pois, que a ausência de recursos é um limite fático, inviabilizando a concretização do direito em questão.

Porém, conforme a visão de Canotilho<sup>22</sup>, a Teoria da Reserva do Possível deve sofrer certa relativização a fim de se concretizarem os direitos fundamentais, e mais especificamente, os direitos sociais. Ainda, Ingo Sarlet<sup>23</sup> assevera ser obrigação dos órgãos e dos agentes políticos a maximização dos recursos e minimização do impacto da Reserva do Possível. A discussão sobre a possibilidade de aplicação da Teoria da Reserva do Possível, no âmbito judicial, faremos no momento oportuno (item 4.3).

### 2.3 Competência para implementação de políticas públicas

Primeiramente, antes da análise da competência, imprescindível se faz conceituar políticas públicas. Ao mesmo tempo em que pode ser programa de ação governamental, buscando atingir objetivos

determinados, visa também à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas<sup>24</sup>.

Quanto à sua implementação, segundo Marcelo Lira<sup>25</sup>, compete primeiramente ao Poder Legislativo criar normas e metas a serem alcançadas. Em um segundo momento, cabe ao Poder Executivo cumprir aquilo que foi determinado, adotando medidas efetivas para implementação das políticas públicas já planejadas.

Há autores, como Rafael Bicca Machado<sup>26</sup>, que entendem que o Judiciário não tem legitimidade para fazer ou alterar políticas públicas estabelecidas pelo Executivo e Legislativo, defendendo, ainda, que a ocorrência de tal fato é, inclusive, preconceituosa, pois estaria-se deduzindo que o Magistrado teria mais condições de decidir o que é melhor para a sociedade do que aqueles que foram eleitos pelo próprio povo.

Em contrapartida, Leonardo Arquimimo de Carvalho e Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho<sup>27</sup> destacam a questão da judicialização da saúde e consideram que o não atendimento da necessidade dos cidadãos no que diz respeito à saúde tornou fundamental a intervenção do Poder Judiciário para a satisfação das demandas urgentes nessa área.

Porém, de acordo com a Audiência Pública realizada pelo STF<sup>28</sup>, chegou-se a conclusão de que o problema não está somente na ausência de políticas públicas, mas no cumprimento destas.

Desse modo, intervindo o Poder Judiciário no papel que cabe ao Executivo, não estaria sendo violado o Princípio da Separação dos Poderes?

## 2.4 Separação dos Poderes

Segundo a Constituição da República, em seu artigo 2º, existem Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo eles independentes e harmônicos entre si<sup>29</sup>. O princípio da Separação dos Poderes é considerado cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico, não podendo ser modificado por emenda constitucional, conforme dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III da Carta Magna<sup>30</sup>.

A construção da teoria restou efetivamente desenvolvida apenas com Montesquieu, com o “Espírito das Leis”. Os objetivos principais eram dar proteção à liberdade individual e aumentar a eficiência do Estado, dividindo, assim, as funções.

Cumpra mencionar que, diferentemente do que se pensa, a separação de cada Poder não é absoluta, tendo em vista que, na verdade, todos os poderes legislam, administram e julgam. Fala-se em função típica e atípica de cada Poder, sendo função típica aquela exercida preponderantemente, enquanto a atípica é exercida secundariamente.

Os Poderes são autônomos, mas harmônicos entre si, devendo haver colaboração e controle recíproco, a fim de evitar distorções e desmandos. Ainda, sempre haverá desarmonia se forem acrescentadas atribuições, faculdades e prerrogativas de um Poder em detrimento de outro.

Hodiernamente, o princípio da Separação dos Poderes não é mais absoluto, havendo a possibilidade, portanto, de um Poder intervir na competência do outro, em caso de omissão, principalmente no que se refere a direitos fundamentais, tendo em vista que eles devem ser harmônicos entre si, evitando qualquer tipo de abuso. Importante se faz destacar o que seria o Sistema de Freios e Contrapesos. Segundo José Afonso da Silva<sup>31</sup>, a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não é absoluta. Refere que deve-se buscar o equilíbrio necessário para o bem da coletividade, e que a característica principal do mecanismo de freios e contrapesos é a harmonia entre os poderes.

Desse modo, embora haja essa corrente, vê-se que tal alegação de violação do princípio da Separação dos Poderes é descabida, uma vez que o que deve ser priorizado é a garantia do direito fundamental.

O direito à saúde carece de “máxima eficácia”, tendo em vista a ocorrência de impotência do artigo 196 da Constituição da República. Segundo Gustavo Amaral<sup>32</sup>, a saúde seria um problema do Executivo, pois cabe a ele controlar as verbas. Assim, somente este Poder teria competência para resolução de problemas referentes à saúde. Porém, como menciona Schwartz<sup>33</sup>, a questão da saúde é muito complexa para que se restrinja a um único agente resolutivo, tendo todos os Poderes responsabilidade na área, não podendo se eximir dessa obrigação<sup>34</sup>.

Caberá, portanto, ao Judiciário a função de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no direito postulado, verificando a insuficiência ou até ausência de políticas públicas. No entanto, para que isso seja possível, é necessário que a atuação judicial se dê de forma secundária, ou seja, primeiramente deve o cidadão buscar seu direito à saúde pela via administrativa e, somente com a negativa, é que deve recorrer à via judicial<sup>35</sup>.

Desse modo, não cumprindo o Poder Executivo com o seu papel de garantidor, seja por ausência de recursos, seja por falta de políticas públicas, é evidente a possibilidade de se recorrer ao Judiciário a fim de efetivar um direito fundamental.

Além disso, a atuação judicial poderia servir para desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, pode-se exigir por meio de sua atuação que as autoridades cumpram seus deveres e que tomem atitudes<sup>36</sup>. Exemplo

disso é o caso do tratamento para pessoas com AIDS: os ganhos judiciais propiciaram resposta legislativa, com a criação da Lei nº 9313/96, que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito pelo SUS de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV<sup>37</sup>.

Considera-se como atividade própria do Poder Judiciário outorgar tutela a quem pede e merece, sendo fundamental sua intervenção, garantindo a todos acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica. É por essa razão que não se pode falar em ruptura do princípio da harmonia, tampouco da independência entre os Poderes.

Também, como refere Mancuso<sup>38</sup>, a intervenção jurisdicional quanto aos direitos fundamentais é essencial, tendo em vista que não se estaria invadindo competência de outro Poder, mas apenas reconhecendo que os outros não estão tutelando os interesses do demandante, sendo, portanto, obrigado a recorrer à via jurisdicional.

Dessa forma, a procura pelo Judiciário na área da saúde faz com que este desempenhe um papel de correção da gestão da política pública, que têm deficiências, sendo, muitas vezes, a única via para proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade<sup>39</sup>.

Ainda, pode ser apontada uma outra função judicial, qual seja, a de guarda do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que não se pode falar em vida digna sem saúde.

Portanto, não há violação do Princípio da Separação dos Poderes, pois cabe ao Poder Judiciário dar efetivação ao direito à saúde, quando houver omissão ou descumprimento por parte dos demais Poderes.

### 3 SITUAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

#### 3.1 Considerações introdutórias

Como visto no item 1.2, o direito à saúde foi expressamente assegurado apenas em 1988, com a Constituição Federal, que dispõe que sua concretização se dará mediante políticas sociais e econômicas. Segundo artigo 24, inciso XII da Carta Magna<sup>40</sup>, a competência para legislar sobre saúde é concorrente entre a União, os Estados e os Municípios. Compete, pois, à União formular as normas gerais, aos Estados as leis federais e aos Municípios as de interesse local.

Assim, verifica-se que cabe a todos os entes federativos a implementação de políticas públicas sobre saúde.

Além disso, importante destacar dados de uma pesquisa realizada em 1998, que concluiu que o Brasil estava entre os países com menor participação no PIB das verbas destinadas à saúde. Estima-se que seriam US\$ 428 *per capita*, enquanto que nos Estados Unidos

seriam US\$ 2,8 mil *per capita*/ano. É o que refere Germano Schwartz<sup>41</sup>, acrescentando, ainda, que o Brasil figurava em 125º lugar no *ranking* elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), de 191 países.

Com a emenda constitucional 29 de 2000, ficou previsto que o orçamento federal para a saúde teria reajustes automáticos conforme a variação do valor nominal do PIB. Também, vinculou recursos estaduais e municipais para a saúde, “estabelecendo um percentual mínimo dos recursos próprios destes níveis de governo para aplicação imediata”<sup>42</sup>. Assim, Estados e Municípios devem aplicar imediatamente 7% (sete por cento), no mínimo, de seus recursos, devendo chegar a 12% (doze por cento) para os Estados e 15% (quinze por cento) para os Municípios. A matéria encontra-se disposta nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 198 da Constituição Federal.

Os objetivos dessa emenda são estabilizar e ampliar os recursos, e comprometer todos os entes com o financiamento à saúde.

Hodiernamente, o Brasil continua com uma série de dificuldades para atender a demanda com relação à saúde. Ainda que os recursos destinados a essa área sejam consideráveis, eles ainda são insuficientes.

Portanto, percebe-se que, até hoje, busca-se soluções para a questão da saúde.

#### 3.2 Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde foi implementado em 1988, com a Constituição da República, no seu artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

Surgiu devido à ineficiência do Sistema Nacional de Saúde na época, sendo regulado dois anos após sua instituição, pelas Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

As ações e prestações à saúde são estabelecidas por uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

O SUS é um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas

federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público<sup>43</sup>.

O sistema de saúde brasileiro passou a ser público, de acesso universal e gratuito. É constituído por ações e serviços prestados por órgãos e instituições federais, estaduais e municipais. A iniciativa privada também pode participar como prestadora de serviços<sup>44</sup>.

O Sistema Único de Saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, segundo o disposto no artigo 195 da Constituição da República<sup>45</sup>.

Cumprir destacar uma das principais características do SUS, qual seja, a do poder participativo do povo. Essa participação se dá através dos Conselhos de Saúde, contando com representantes dos usuários e do Estado, prestadores de serviço e trabalhadores da saúde. Esses Conselhos formulam estratégias e atuam no controle da execução da política de saúde, conforme o artigo 1º, parágrafo 2º da Lei nº 8.142/90<sup>46</sup>. Também, a cada quatro anos é realizada a Conferência Nacional de Saúde, sendo “fóruns com representação de vários segmentos sociais que se reúnem para propor diretrizes, avaliar a situação da saúde e ajudar na definição da política de saúde”<sup>47</sup>.

Os princípios do Sistema Único de Saúde encontram-se elencados no artigo 7º da Lei 8080/90.

Já os objetivos do SUS são:

- a) identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- b) formulação de políticas econômicas e sociais de saúde destinadas a promover a redução de riscos de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação;
- c) assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Assim, compete aos entes federativos, de forma solidária, por meio do seu sistema de saúde, assegurar ao cidadão a promoção, proteção e recuperação da saúde. Especificando, cabe à União normatizar e coordenar o sistema, além de incentivar a implementação dos SUS estaduais e municipais; já aos Estados cabe a criação de condições para que o Município possa realizar a gestão nos seus limites territoriais; e ao Município resta a gestão do sistema de saúde do seu território.

### 3.3 Assistência farmacêutica e divisão de competências entre os entes federados

O dever do Estado de assegurar aos indivíduos o direito à saúde abrange, evidentemente, a sua obrigação de fornecer medicamentos necessários à vida.

Cabe referir que a distribuição de medicação deve ocorrer segundo o artigo 198 da Carta Magna de 1988 e os princípios elencados no artigo 7º da Lei nº 8080/90.

Em 1971 começa a implementação de assistência farmacêutica com a CEME (Central de Medicamentos), que distribuía fármacos àqueles que necessitavam e que não tinham condições de adquiri-los.

O acesso à medicação é um direito social, cabendo ao Estado *lato sensu* o fornecimento de todo e qualquer tipo de medicamento recomendado para a vida do cidadão. Também, importante asseverar que esse fornecimento deve ser feito de forma igualitária, não podendo haver qualquer discriminação.

O Brasil instituiu a Política Nacional de Medicamentos, em 30 de outubro de 1998, pela Portaria nº 3.916 do Ministério da Saúde. Tal política dispõe que, além da crescente utilidade dos medicamentos, a sua venda e sua produção devem se enquadrar em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos. Com isso, percebe-se que, para adquirir o fármaco, é necessário que se atenda a uma série de requisitos.

Para melhor organização e segundo o orçamento de cada ente federativo, foram criadas listas, dividindo a competência de cada um. Ocorre que, conforme disposto na Constituição Federal, a responsabilidade os entes federativos é solidária, não podendo, portanto, nenhum se eximir da obrigação de fornecimento devido às listas, alegando ilegitimidade passiva.

Cumprir acrescentar que a competência para distribuição de medicamentos essenciais é dos Municípios, cabendo à União, juntamente com os Estados, fornecer os fármacos de caráter excepcional, hoje chamados de medicamentos de atenção especializada. Porém, como já asseverado, não se pode imputar a responsabilidade apenas a um ente.

Não podemos deixar de destacar o fato de o fármaco não possuir registro na ANVISA. Nesse caso, fica vedado ao Poder Público fornecer tal medicamento.

Poderá a ANVISA verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do medicamento, podendo, então, conceder o registro. Só após esse registro é que se pode incorporar o medicamento ao SUS. Porém, existem casos em que a importação do medicamento, mesmo que não registrado, pode ser autorizada pela ANVISA (Lei nº 9782/99).

Conforme visto, quando não fornecido devidamente o medicamento pelo Poder Público, pode o cidadão ingressar com ação judicial contra qualquer ente da Federação, sendo todos solidários nessa obrigação.

## 4 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

### 4.1 Problemática da intervenção judicial nas ações de fornecimento de medicamentos

Competindo ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas, bem como a previsão de orçamentos, surge a seguinte questão: Poderia o Judiciário intervir na função de outro Poder a fim dar efetivação ao direito à saúde?

Existem, pois, três respostas para essa pergunta, descritas em teorias, quais sejam, a Teoria da Máxima Efetividade, a Teoria da Reserva do Possível e a Teoria do Mínimo Existencial.

### 4.2 Teoria da Máxima Efetividade

A Teoria da Máxima Efetividade entende que, se o direito está positivado na Constituição da República, ele deve ser efetivado imediatamente e a qualquer custo. Diante disso, há possibilidade de se gerar pretensões subjetivas exigíveis judicialmente quanto ao direito à saúde, devendo o Judiciário solucionar o conflito dando a máxima efetivação ao direito.

Assim, segundo George Marmelstein<sup>48</sup>, a interpretação a ser dada deve ser sempre aquela que atinja plenamente o direito fundamental postulado. Ainda, refere que o ideal seria se, ao se concretizar um direito fundamental, outros não fossem prejudicados, tampouco a situação jurídica de outras pessoas. Nesse sentido, como lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes em conferência realizada em 25 de março de 2010 nos Estados Unidos, o direito à saúde tem caráter individual e coletivo ao mesmo tempo. Nessa linha, refere que

Isso quer dizer que qualquer direito individual a um ato médico concreto ou a um remédio específico está condicionado pela necessidade de o sistema público de saúde funcionar adequadamente como um todo<sup>49</sup>.

Portanto, a garantia do direito de uma pessoa não pode afetar a coletividade, fazendo-se necessário para tanto a análise de cada caso.

Também, deve-se pensar na possibilidade de o Judiciário efetivar aquele direito à saúde, fornecendo o medicamento de que tanto necessita o autor, diante da omissão do Executivo na criação de políticas públicas. Evidente que, se as políticas públicas fossem suficientes,

não haveria razão para o cidadão ter que recorrer ao Judiciário, a fim de ter garantido seu direito.

Uma crítica possível de se fazer na questão da condenação pelo Judiciário ao fornecimento de medicamentos é que o Magistrado não teria o devido conhecimento para instituir políticas públicas de saúde, não conseguindo, muitas vezes, verificar se aquele medicamento é realmente de extrema urgência para a vida daquele indivíduo. Entretanto, o juiz poderia utilizar a perícia para ter a certeza. O que não pode ocorrer é o Estado deixar de cumprir o disposto na Carta Magna, mais especificamente, os direitos fundamentais. Para isso, pode o Judiciário inclusive fazer valer de meios coercitivos para obrigar o cumprimento da decisão judicial, como por exemplo, o bloqueio de valores na conta dos entes públicos e a multa por descumprimento da obrigação, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, § 5º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

[...]

9. Agravo Regimental desprovido.<sup>50</sup>

### 4.3 Teoria da reserva do possível

A Teoria da Reserva do Possível já foi devidamente explicada no item 2.2 do presente trabalho. Neste capítulo, faz-se necessária a discussão a respeito de sua aplicação nas demandas judiciais.

Há quem defenda a possibilidade de se deixar de assegurar um direito fundamental, no caso à saúde, em virtude de inexistirem recursos suficientes. Essa tese é corriqueiramente defendida pelos entes federativos nas ações judiciais.

A despeito de os direitos fundamentais implicarem um custo muitas vezes alto, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo<sup>51</sup> argumentam que tal fato não pode impedir a efetivação do direito pela via jurisdicional. Entretanto, destacam que o Julgador, ao fazê-lo, deve ter a máxima cautela e responsabilidade, analisando as provas, o cumprimento da decisão quando deferida no âmbito do Sistema Público de Saúde, a prescrição médica e as alegações trazidas pelos entes da Federação da negativa da prestação.

Assim, não há falar em Teoria da Reserva do Possível como limite para concretização do direito fundamental à saúde, uma vez que a Constituição jamais autorizaria a ofensa à vida, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e ao bem-estar das pessoas, predominando-se a organização das contas públicas.

Também, cabe referir que cabe ao Poder Judiciário dar aplicação à lei, e no caso, à maior das leis, qual seja, a Constituição Federal, cabendo à Administração o exame das despesas.

Por fim, mais uma razão para que não seja aplicada a Teoria da Reserva do Possível é o descumprimento dos entes federativos da norma constitucional que estabelece um valor mínimo a ser aplicado na saúde, segundo estabelecido no art. 77, parágrafo 4º da ADCT<sup>52</sup>, e artigo 198, parágrafo 3º da Constituição Federal<sup>53</sup>.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no voto do Ministro Celso de Mello:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito 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 ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.<sup>54</sup>

Dessa forma, diante dos diferentes princípios e interesses em questão, evidente que deve-se prevalecer aquele que dá maior proteção à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

#### 4.4 Teoria do mínimo existencial

O mínimo existencial também surgiu na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional alemão proferiu três

decisões importantes no que se refere aos direitos sociais prestacionais.

A criação dessa teoria teve como objetivo a possibilidade de o indivíduo garantir seu direito subjetivo contra o Poder Público, quando houver diminuição da prestação de direitos básicos, garantidores da existência digna do ser humano. Isso significaria dizer que teria o cidadão como requerer um mínimo dos meios de sobrevivência ou subsistência, de forma que, sem esse mínimo, não haveria possibilidade de sobrevivência.

Percebe-se que a condição de um mínimo existencial está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet<sup>55</sup>, porém, menciona a necessidade da dignidade estar condicionada com o espaço e com o tempo do padrão socioeconômico de cada Estado.

Diante dessa distinção, Sarlet<sup>56</sup> faz uma crítica, asseverando que não se pode confundir mínimo existencial com mínimo de sobrevivência, de modo que o último diz respeito à garantia do direito à vida, sem falar nas condições para uma sobrevivência física em condições dignas. Esse é o entendimento predominante nas Cortes alemãs.

No Brasil, apesar de essa garantia não estar expressa na Carta Magna, podemos interpretar que ela consta no artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*”.

Dessa forma, podemos conceituar mínimo existencial como sendo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar ao ser humano uma vida digna, saudável, e “que este tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade”<sup>57</sup>.

Não se pode deixar de efetivar os direitos sociais, no caso, à saúde, apesar de essa efetivação estar relacionada com a Reserva do Possível, pois deve haver o mínimo para a garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, cabe ao Judiciário corrigir distorções que ocorrerem contra a razoabilidade e a proporcionalidade. É o que refere Ana Paula de Barcellos<sup>58</sup>, afirmando que o Judiciário pode e deve determinar o fornecimento de medicamentos que compõem o mínimo existencial.

#### 4.5 Alegações utilizadas pelo estado nas ações de fornecimento de medicamentos e construções jurisprudenciais

Atualmente, a questão da saúde e, mais especificamente, do fornecimento de medicamentos, é bastante discutida. Não tendo seu direito devidamente assegurado pelo Poder Público, o cidadão se vê obrigado a procurar a justiça, a fim de concretizá-lo. Assim, restam inevitáveis juízos de ponderação nesse

contexto, tendo em vista as relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticos.

Os entes da Federação alegam, principalmente, ilegitimidade passiva, ausência de recursos (Reserva do Possível) e violação do princípio da Separação dos Poderes. Porém, tais alegações estão sendo entendidas como descabidas, como veremos.

Não há falar em ilegitimidade passiva, tendo em vista a responsabilidade solidária entre os entes em matéria de saúde, conforme disposto no artigo 23, inciso II da Constituição da República:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Assim, União, Estados e Municípios têm legitimidade passiva nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

Cabe aos entes da Federação, portanto, fazer cumprir, conjuntamente, o mandamento constitucional. Há, inclusive, proposta de Súmula Vinculante nº 04, a fim de firmar o entendimento sobre a responsabilidade solidária dos entes no que se refere à prestação da saúde. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.

2. Agravo regimental não provido.<sup>59</sup>

No entanto, há decisões entendendo que deve ser observado se o medicamento requerido consta no rol de fármacos fornecidos pelo SUS, bem como se compete aquele determinado ente a responsabilidade pelo seu fornecimento.

Outra alegação utilizada é da Reserva do Possível, ou seja, de ausência de recursos para o fornecimento daquela medicação. Deve-se levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.

Não há falar em ausência de verba orçamentária, pois não se trata de uma prestação pecuniária e não se pode premiar a negligência da atuação primária do Poder Executivo na garantia de tal direito, uma vez que possui os meios para tanto.

Também, sem razão a alegação de violação do princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário, ao dar efetividade ao direito almejado, não está interferindo na competência dos outros poderes, considerando que é dever do Estado *lato sensu* garantir o direito constitucionalmente assegurado.

#### 4.6 Consequências da intervenção judicial

É sabido que não se pode deixar de efetivar o direito à saúde, não fornecendo o medicamento de que o paciente tanto necessita, considerando a essencialidade deste, colocando em risco um bem muito maior: o bem da vida. Desse modo, o Judiciário deve efetivar tal direito demandado.

Porém, diante da observância do princípio da igualdade, não se poderia priorizar o direito fundamental de um em relação a outro. Nesse sentido, se sustenta que o direito à saúde, ainda que fundamental, não poderia ser absoluto<sup>60</sup>. Portanto, uma das consequências da intervenção judicial seria a violação ao princípio da igualdade.

Outra consequência que podemos referir é da não observância dos princípios da Administração Pública, tendo em vista a dispensa de licitação para aquisição dos medicamentos que devem ser fornecidos.

Também, há a discussão se o Julgador teria capacidade de verificar se o fármaco requerido é mesmo de extrema necessidade e urgência para a vida da pessoa, não sendo competente para instituir políticas públicas<sup>61</sup>. No entanto, essa questão pode ser resolvida mediante perícia.

Ademais, Luciano Timm acrescenta que não se poderia dar a uma pessoa (juiz, promotor...) a escolha da destinação dos recursos existentes.

Outra questão é a de o Judiciário não respeitar as listas de competência de cada ente federado. Nesse ínterim, quando o Julgador determina que o ente demandado forneça um medicamento que não faz parte de sua responsabilidade, ele sobrecarrega esse ente, pois não está no seu orçamento esse tipo de despesa.

Portanto, percebe-se que a intervenção do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde gera diversas consequências que nos faz realmente pensar se seria esta a solução para os problemas encontrados na garantia da saúde.

Para Luciano Timm, a melhor resolução para o problema da efetivação do direito à saúde seria a tributação<sup>62</sup>.

Acrescenta, ainda, que não tem justificativa para que a justiça dê um tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição, ferindo assim, o princípio da igualdade. Portanto, o caminho da efetivação do direito a saúde pela via jurisdicional seria o pior e mais injusto para essa implementação<sup>63</sup>.

Apesar das consequências apontadas, é evidente a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, devendo prevalecer a concretização do direito à saúde pleiteada pelo cidadão. Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, aconselhando os Tribunais de Justiça, bem como os Tribunais Regionais Federais, a darem maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a matéria.

#### **4.7 Limites da intervenção do Poder Judiciário segundo a decisão (STA 175) do STF**

Considerando a obrigação do Estado de assegurar a saúde a todos os cidadãos e a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para concretizar esse direito constitucionalmente disposto, vale ser destacada a importante decisão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de março 2010, que determinou que o Poder Público tem o dever de custear medicamentos e tratamentos de alto custo que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, concluiu que a questão da judicialização do direito à saúde ocorre não só por ausência de políticas públicas, mas também pela necessidade de determinação judicial para cumprimento das políticas já existentes.

Além disso, a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Supremo Tribunal Federal<sup>64</sup> trouxe algumas limitações quanto à interferência do Judiciário. Essa análise foi feita por Paulo Gilberto Cogo Leivas através de etapas (informação verbal)<sup>65</sup>.

Na primeira etapa deve-se verificar se existe política estatal (Protocolos Clínicos ou inclusão nas listas) que abranja a prestação pleiteada. Em caso positivo, não há dúvidas quanto ao direito do autor. Porém, em caso negativo, deve-se passar para a seguinte fase.

A segunda diz respeito à causa da inexistência da política, verificando, assim, se ela decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão de não fornecer a prestação pleiteada, ou de vedação legal. No caso da última hipótese, o autor não tem direito. Um exemplo é dos medicamentos experimentais (não registrados na ANVISA). Mas se a causa de ausência de política se der por decisão de não fornecer aquele medicamento, passa-se a terceira etapa.

Na terceira, tem-se duas situações distintas para o caso de haver decisão de não fornecer. Uma delas

é o SUS fornecer tratamento alternativo mas não adequado àquela patologia. O entendimento é que se deve privilegiar os Protocolos Clínicos, mas pode o juiz determinar o contrário se o autor comprovar que o tratamento alternativo não é eficaz para seu caso. A outra é o SUS não ter tratamento específico para aquela doença, quando, então, devemos passar para a última fase.

Na quarta etapa, não havendo tratamento específico para a patologia que acomete o autor, existem duas possibilidades: ou trata-se de tratamento puramente experimental, quando o Estado não pode fornecê-lo, ou se está diante de novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS. Assim, no caso de omissão administrativa, pode ser fornecido o fármaco, mas deve haver uma ampla instrução processual. Discute-se a respeito da prova em sede de antecipação de tutela, onde deve haver apenas verossimilhança.

Verifica-se que deve prevalecer o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde do que a opção escolhida pelo paciente. No entanto, quando comprovada ineficácia do tratamento disponível ou impropriedade da política pública existente, deve ser fornecido o que o autor pleiteou.

Diante das considerações trazidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Judiciário dar efetividade ao direito à saúde, mas devem ser respeitados alguns limites no momento da condenação do ente federado ao fornecimento de medicamentos.

## **CONCLUSÃO**

Os direitos fundamentais encontram-se amparados na Constituição da República e, no caso da saúde, mais especificamente no seu artigo 196. Como disposto no referido artigo, é direito de todos e dever do Estado a sua promoção, proteção e recuperação. Desse modo, mister se faz destacar a importância de tal direito, tendo em vista que está diretamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Portanto, impossível condicionar a saúde a discursos vagos, pois o que está em jogo é a vida do ser humano, não podendo esta ser colocada em segundo plano. Dessa forma, sendo direito constitucionalmente assegurado, a sociedade pode cobrar as prestações necessárias à sua concretização, sendo o direito à saúde auto-aplicável e de eficácia imediata.

A efetivação do direito à saúde encontra diversos obstáculos, quais sejam, de ausência de recursos, bem como de ausência de políticas públicas ou de descumprimento das existentes. Diante disso, aqueles que necessitam de medicamento imprescindível à sua vida se obrigam a procurar a via jurisdicional para alcançá-lo.

Considerando a essencialidade da concretização desse direito e diante da problemática de sua efetivação, com a observância de um grande número de ações dessa natureza, nos deparamos com a questão bastante discutida atualmente acerca da possibilidade de o Poder Judiciário fazer esse papel de garantidor do direito à saúde. Muitos acreditam que essa intervenção violaria os princípios da Separação dos Poderes e da Reserva do Possível.

A Separação dos Poderes é cláusula pétrea de nossa Constituição. De fato, com a noção de Freios e Contrapesos, segundo o qual se entende que um Poder exerce controle sobre o outro, a fim de evitar a supremacia de um deles e garantir a democracia, pode-se concluir que poderia o Judiciário garantir a efetivação do direito à saúde. Sendo direito público subjetivo, a saúde não pode ser afastada da apreciação do Judiciário, tendo em vista sua obrigação de cumprir o disposto na Carta Magna.

Noutra senda, a Reserva do Possível, que visa a administrar os recursos existentes de forma a atingir o maior número de pessoas possível, não deve prevalecer como argumento impeditivo da satisfação de um direito, ainda mais sendo ele fundamental. A saúde deve ser efetivada independente do procedimento utilizado para que isso ocorra.

Outra questão é do cumprimento das listas instituídas pelo Sistema Único de Saúde. Apesar disso, o autor, quando utilizar da via jurisdicional para concretizar seu direito, pode postular contra qualquer ente federado. Isso porque a responsabilidade é solidária, sendo todos igualmente obrigados. Nesse sentido já há, inclusive, proposta de Súmula Vinculante.

Assim, não sendo fornecido o medicamento na via administrativa, ou seja, não cumprindo o Executivo o seu papel, pode o Judiciário determinar a efetivação, diante da provocação, tendo em vista que se trata de direito fundamental, devendo-se levar em consideração, primordialmente, o maior dos direitos em jogo, qual seja, o da vida. Dessa forma, pode o juiz usar até mesmo de meios coercitivos para cumprimento da decisão, como por exemplo, bloqueio de verbas nas contas públicas.

No entanto, deve-se atentar aos limites desse fornecimento, verificando a necessidade e a urgência do medicamento requerido pelo paciente. Cumpre destacar a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal (STA 175) que estabilizou, de certa forma, a discussão sobre o papel do Judiciário e o direito à saúde.

Desse modo, o cidadão pode requerer pela via judicial a concretização do seu direito, pleiteando o tratamento necessário a sua patologia, mas deve comprovar, além da urgência e da essencialidade, a

eficácia daquela medicação. Essa prova deve ser feita pelo autor, com prescrição médica fundamentada com evidências científicas disponíveis, podendo, inclusive, o juiz usar da perícia para esclarecimento de dúvidas que possam aparecer. Entretanto, convém salientar que, quando não se tem certeza, deve o Magistrado optar pela procedência do pedido, tendo em vista que o que se discute é a vida daquela pessoa.

Diante do exposto, conclui-se que pode o Poder Judiciário intervir para garantir a efetivação do direito à saúde, não havendo qualquer violação aos princípios da Reserva do Possível, tampouco da Separação dos Poderes, pois, nesse conflito de interesses, deve prevalecer a vida e a saúde do cidadão.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 15, 2008.
- BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2010.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- BRASIL. *Lei n. 8.142*, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 961677/SC*, Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 20 de maio de 2008. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702499444&dt\\_publicacao=11/06/2008](http://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702499444&dt_publicacao=11/06/2008)>. Acesso em: 14 abr 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122593>>. Acesso em: 25 abr. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 1246 MC/SC (Medida Cautelar)*. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=29%dataPublicacaoDj=13/02/1997&incidente=3724003&codCapitulo=6&numMateria=7&codMateria=2>>. Acesso em: 21 abr. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Os Consórcios Públicos e a efetividade dos*

*direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, 2008, 167 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.

CUNHA, J.P.P.; CUNHA, R.E. Sistema Único de Saúde: princípios. In: CAMPOS, F.E.; TONON, L.M.; OLIVEIRA JÚNIOR, M. (Orgs.). *Caderno Planejamento e Gestão em Saúde*. Belo Horizonte: Coopmed, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andréas apud LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benneti (Org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson, 2005.

MANCUSO apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MARMELSTEIN, George apud LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

ORDACGY, André da Silva. A tutela de saúde como um direito fundamental ao cidadão. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 1, jan. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 01 abr. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008.

SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: Proteção e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Os Consórcios Públicos e a efetividade dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, 2008, 167f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio, apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. *Situação da Saúde no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aslegis.org.br/aslegis/images/cadernos/Cadernos27/cad\\_27\\_7.pdf](http://www.aslegis.org.br/aslegis/images/cadernos/Cadernos27/cad_27_7.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

TIMM, Luciano. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

## NOTAS

<sup>1</sup> Versão em formato de artigo extraída do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora, composta pelos professores Francisco José Moesch (orientador), Paulo Antônio Caliendo e Wremyr Scliar, em 28 de junho de 2010.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>4</sup> ORDACGY, André da Silva. A tutela de saúde como um direito fundamental ao cidadão. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 1, jan. 2009, p. 16-35.

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 21.

<sup>6</sup> SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Os Consórcios Públicos e a efetividade dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, 2008, 167f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 140.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247.

<sup>8</sup> SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina*

*da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 01 abr. 2010.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 294.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 156.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

<sup>13</sup> LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

<sup>14</sup> KRELL, Andréas apud LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

<sup>15</sup> KRELL, Andréas apud LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-302.

- <sup>17</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. v. 7, n. 32, jul./ago. 2005, p. 220.
- <sup>18</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 315.
- <sup>19</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse público*. Vol. 7, n. 32, jul./ago 2005, p. 225.
- <sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial n. 510.598/SP*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300032733&dt\\_publicacao=13/02/2008](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300032733&dt_publicacao=13/02/2008)>. Acesso em: 27 abr. 2010.
- <sup>21</sup> BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 1, jun. 2004. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2010.
- <sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Os Consórcios Públicos e a efetividade dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, 2008, 167 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 141.
- <sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 375.
- <sup>24</sup> LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.
- <sup>25</sup> *Ibidem*, p. 3.
- <sup>26</sup> MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benneti (Org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson, 2005, p. 43.
- <sup>27</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008, p. 235.
- <sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- <sup>29</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- <sup>30</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
III – a separação dos Poderes; (*ibidem*)
- <sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 110-111.
- <sup>32</sup> AMARAL, Gustavo apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 158.
- <sup>33</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 158.
- <sup>34</sup> *Ibidem*, p. 160.
- <sup>35</sup> *Ibidem*, p. 162.
- <sup>36</sup> STRECK, Lenio, apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.
- <sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez 2008, p. 161.
- <sup>38</sup> MANCUSO apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.
- <sup>39</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008, p. 235.
- <sup>40</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]  
XII – previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- <sup>41</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 154.
- <sup>42</sup> LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010, p. 11.
- <sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- <sup>44</sup> TEIXEIRA, Luciana da Silva. *Situação da Saúde no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aslegis.org.br/aslegis/images/cadernos/Cadernos27/cad\\_27\\_7.pdf](http://www.aslegis.org.br/aslegis/images/cadernos/Cadernos27/cad_27_7.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2010, p. 20.
- <sup>45</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:  
[...] (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- <sup>46</sup> Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:  
[...]  
§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (BRASIL. *Lei n. 8.142*, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/Leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L8142.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2010).
- <sup>47</sup> CUNHA, J. P. P.; CUNHA, R. E. Sistema Único de Saúde: princípios. In: CAMPOS, F. E.; TONON, L. M.; OLIVEIRA JÚNIOR, M. (Orgs.). *Caderno Planejamento e Gestão em Saúde*. Belo Horizonte: Coopmed, 1998, p. 303.
- <sup>48</sup> MARMELESTEIN, George apud LIRA, Marcelo. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível*. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia\\_MarceloLira.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Monografia_MarceloLira.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2010.
- <sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Noticias do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122593>>. Acesso em 25 abr 2010.
- <sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1002335 / RS*. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 21 de agosto de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702573512&dt\\_publicacao=22/09/2008](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702573512&dt_publicacao=22/09/2008)>. Acesso em 20 abr. 2010.
- <sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008, p. 179.
- <sup>52</sup> Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:  
[...]  
§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. (BRASIL. Constituição (1988). *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct)>. Acesso em: 12 abr. 2010).
- <sup>53</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
[...]  
§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:  
I – os percentuais de que trata o § 2º;  
II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

- III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;
- IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2010).
- <sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 1246 MC/SC (Medida Cautelar)*. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=29%dataPublicacaoDj=13/02/1997&incidente=3724003&codCapitulo=6&numMateria=7&codMateria=2>>. Acesso em: 21 abr. 2010.
- <sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- <sup>56</sup> *Ibidem*.
- <sup>57</sup> *Ibidem*, p. 33-34.
- <sup>58</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, n. 1, jul./dez. 2008, p. 133.
- <sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 961677/SC*. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 20 de maio de 2008. Disponível em: <[http://ww2.stf.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702499444&dt\\_publicacao=11/06/2008](http://ww2.stf.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702499444&dt_publicacao=11/06/2008)>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- <sup>60</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212.
- <sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 15, 2008, p. 27.
- <sup>62</sup> TIMM, Luciano. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 64.
- <sup>63</sup> *Ibidem*, p. 67.
- <sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2010.
- <sup>65</sup> Palestra sobre Assistência farmacêutica e o princípio da proporcionalidade, ministrada pelo Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas, no auditório da Procuradoria Regional da República da 4ª Região, no dia 10 de maio de 2010, em Porto Alegre.