



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS DE CAMPINA GRANDE

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

LAÍS DE SOUZA RIBEIRO

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A OBRIGAÇÃO DO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER
PÚBLICO: PARÂMETROS E PERSPECTIVAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

CAMPINA GRANDE – PB

2013

LAÍS DE SOUZA RIBEIRO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A OBRIGAÇÃO DO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER
PÚBLICO: PARÂMETROS E PERSPECTIVAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito
da Universidade Estadual de Paraíba- UEPB
– CAMPUS – Campina Grande.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Silveira Neto

Campina Grande
2013


- R484j Ribeiro, Laís de Souza.
 Judicialização da saúde e a obrigação do fornecimento de medicamentos pelo poder público [manuscrito]: parâmetros e perspectivas no ordenamento jurídico brasileiro / Laís de Souza Ribeiro.– 2013.
 53f.: il. Color.
- Digitado.
 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.
 “Orientação: Prof. Me. Antônio Silveira Neto, Departamento de Direito”.
1. Políticas públicas. 2. Direito à saúde. 3. Judicialização da saúde. I. Título.

LAÍS DE SOUZA RIBEIRO

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A OBRIGAÇÃO DO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER
PÚBLICO: PARÂMETROS E PERSPECTIVAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito
da Universidade Estadual de Paraíba-
UEPB – CAMPUS – Campina Grande.


APROVADO EM: 28/08/2013



Prof. Ms. Antônio Silveira Neto / UEPB
Orientador



Prof. Laplace Guedes / UEPB
Examinador



Prof. Dr. Sabrina Correia / FACISA
Examinadora

Aos meus pais pela dedicação incessante, pelo amor sem medida e pelo carinho sincero que me fortalece todos os dias.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 prevê direitos e garantias aos cidadãos que são materializados mediante a realização de políticas públicas. No entanto, a inércia dos poderes legislativo e executivo na edição e execução dessas políticas compromete a concretização desses direitos, o que contribui para a consolidação da judicialização das políticas públicas. Sobre esse fenômeno, os doutrinadores apontam diversas causas para o seu surgimento, destacando as lacunas e omissões do Estado, e divergem entre o eixo procedimentalista, que defende a extinção da judicialização, e o substancialista, que propõe a sua manutenção, prevalecendo este último desde que racionalizado. No caso específico da saúde, direito previsto na Carta Magna que deve ser assegurado aos cidadãos por todos os entes federativos, crescem as demandas judiciais pleiteando a realização de tratamentos terapêuticos e o fornecimento de medicamentos. O STF tem se posicionado no sentido de que a judicialização nessa área é legítima, mas deve ser aplicada com parâmetros a fim de não comprometer os cofres públicos. O entendimento manifestado por esta Corte tem se refletido em decisões de órgãos julgadores por todo país, a exemplo do TJPB. O expressivo crescimento de litígios nessa área e o conseqüente aumento de gastos pelo poder público têm estimulado o surgimento de mecanismos alternativos que visam minorar os gastos da saúde com demandas judiciais e desafogar o judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização, políticas públicas, direito à saúde, medicamentos.

ABSTRACT

The 1988 Constitution provides citizens with rights and guarantees that are materialized through the implementation of public policies. However, the inertia of the legislative and executive powers in the editing and execution of these policies undermines the realization of these rights, which contributes to the consolidation of the judicialization of public policy. About this phenomenon, the scholars point to several reasons for its emergence, highlighting gaps and omissions of the State, and diverge from the axis proceduralist, which advocates legalization of extinction, and the substantive model, which proposes to its maintenance, the latter prevailed since streamlined. In the specific case of health, the right provided for in the Constitution and must be guaranteed to all citizens by the federal entities, grow the lawsuits claiming the achievement of therapeutic and drug delivery. The Supreme Court has positioned itself in the sense that the judicialization this area is legitimate, but should be applied to the parameters to avoid jeopardizing the public coffers, to the same effect has been applied TJPB. The significant growth of litigation in this area and the resulting increase in spending by the government has encouraged the emergence of alternative mechanisms aimed at reducing the costs of health with lawsuits and relieve the judiciary.

KEYWORDS: legalization, public policy, right to health, medicines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	9
1.1. Evolução do direito à saúde no estado brasileiro	9
1.2. A saúde e a Constituição federal de 1988.....	10
1.2.1. Direito social de segunda dimensão.....	11
1.2.2. O direito à saúde e a seguridade social.....	13
1.2.3. Financiamento da saúde.....	16
1.3. A distribuição de medicamentos pelos entes públicos.....	18
2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	21
2.1. Judicialização: conceituação polissêmica.....	21
2.2. Conceituação e importância das políticas públicas.....	23
2.3. Por que surgiu a judicialização das políticas públicas?.....	25
2.4. Judicialização: novo canal de representação da sociedade ou ameaça à soberania popular?.....	27
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....	31
3.1. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da saúde.....	34
3.2. O posicionamento do tribunal de justiça da paraíba.....	39
3.3. Racionalizar a judicialização da saúde: caminho para a redução do déficit no orçamento público.....	44
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	BIIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Constituição federal de 1988 inaugurou no Brasil uma política de garantia de direitos fundamentais sem precedentes na história do país. Com o objetivo de evitar que desmandos fossem praticados contra os cidadãos e estes não tivessem asseguradas condições mínimas de vida, foram previstas no texto da Carta Magna diversas garantias que foram alçadas à condição de cláusulas pétreas.

Contudo, simplesmente prever o direito não garante o seu cumprimento. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal atua, com o auxílio de todos os outros órgãos do poder judiciário, como verdadeiro guardião da Constituição Federal, zelando para que seus preceitos sejam não só respeitados, mas, acima de tudo, concretizados. Nesse sentido, tem o poder judiciário ampliado o seu leque de atuação, promovendo, inclusive, a realização de políticas públicas por meio de suas decisões judiciais. A esse fenômeno os doutrinadores intitulam de judicialização das políticas públicas.

Diversas são as causas apontadas que ocasionam a ocorrência dessa atuação diferenciada do judiciário, no entanto o fato é que a judicialização consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a necessidade de materializar os direitos constitucionais quando o Estado, por omissão ou ineficiência, não consegue fazê-lo. Deste modo, observa-se que o Judiciário tem atuado amplamente na realização de políticas públicas no país. Dentre elas, avulta em importância o direito à saúde e a sua concretização pela via judicial.

A quantidade de demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos e a realização de tratamentos terapêuticos cresceu expressivamente no Brasil, exigindo do judiciário uma atuação significativa nesta área. A ausência de uma normatização para a promoção deste direito através de demandas judiciais, impeliu que o Supremo Tribunal Federal legitimasse a judicialização da saúde no país e propusesse o estabelecimento de parâmetros, a fim de balizar os interesses dos cidadãos com as limitações estatais. Contudo, a temática suscita diversos questionamentos e demanda reflexões acerca do direito à saúde, da conceituação e

natureza da judicialização e da atual situação desse fenômeno no ordenamento jurídico pátrio, carecendo de maiores aprofundamentos.

Neste sentido, o presente trabalho objetiva analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, apresentando, primeiramente, a abordagem que a Constituição Federal realiza do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos, como acontece o financiamento das políticas públicas nestas áreas e quem tem, entre os entes federativos, a competência para assegurá-los. Em seguida, será analisada a conceituação de políticas públicas e da judicialização, apresentando os diversos posicionamentos dos doutrinadores sobre esse fenômeno, suas causas e críticas. Por fim, será observado o caso específico da judicialização da saúde no Brasil, mediante a discussão do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Federal sobre o tema em suas decisões e sobre alternativas que surgem aos parâmetros propostos por esta corte.

1. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO

O acesso a medicamentos, a tratamentos curativos, terapêuticos e preventivos, apesar de precário, é garantido aos brasileiros a partir de políticas públicas que objetivam, conforme destaca Amado (2012, p.53), “à *redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”. A realidade atual da saúde pública de fato é difícil, no entanto a história brasileira demonstra que o Estado em muito tem avançado na concretização deste direito.

De acordo com Barroso (2010), a saúde pública no Brasil foi tratada de forma muito esparsa até a década de 30 do século XX. Com efeito, observa-se que no século XIX, após a chegada da Coroa Portuguesa, o Estado preocupou-se apenas com o tratamento pontual de epidemias, a exemplo da lepra e da peste, e com a difusão de medidas sanitárias com o objetivo de coibir a proliferação de doenças.

É na década de 30 que a saúde começa a se tornar uma área de preocupação para o Estado. Neste sentido, ocorre a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos IAPs, Institutos de Aposentadoria e Pensão, cujo objetivo era realizar ações curativas para aqueles que estavam vinculados ao sistema. Observa-se, portanto, que ainda não era aplicado o princípio da universalidade na prestação dos serviços de saúde, estando as medidas curativas apenas restritas àqueles cidadãos que pertenciam a alguma categoria profissional vinculada a esses órgãos. Na década de 50, ocorre a criação do Ministério da Saúde, mediante a lei nº 1.920/53, manifestando o claro interesse governamental em centralizar as políticas públicas nessa área a partir de um órgão específico.

No entanto, apenas durante o regime militar, em 1967, são estabelecidas as competências desse órgão, a saber: política nacional de saúde; atividades médicas e paramédicas; ação preventiva em geral, vigilância sanitária de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; controle de drogas, medicamentos e alimentos e pesquisa médico-sanitária. Destaque-se, também durante o período militar, a criação de uma autarquia vinculada ao então Ministério da Previdência e Assistência Social

(atualmente Ministério da Previdência Social), o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que surgiu a partir da unificação dos INAPs e era voltado especificamente para os trabalhadores que possuíam carteira assinada.

Sensível às crescentes necessidades sociais de assistência médico-hospitalar, o governo acaba ampliando gradativamente a abrangência desse órgão, durante toda a década de 80, sem que houvesse, porém, a universalização do direito à saúde que só ocorre com o processo de redemocratização do país em 1988. Sarlet e Figueiredo (2009, p. 52) sintetizam como estava organizada a saúde até a criação do SUS:

(...) o acesso à assistência médico-hospitalar era limitado aos trabalhadores com vínculo formal, segurados da Previdência Social, enquanto a competência para a implementação de ações e serviços de saúde era dividida: ao Ministério da Saúde cabiam as “ações de caráter coletivo”, com caráter sanitário e preventivo, associadas à ideia de saúde pública; enquanto “as ações individuais”, de escopo curativo, ficavam a cargo do Ministério da Previdência e Assistência Social, que as realizava por meio do INAMPS. (p. 52)

1.2. A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É na Constituição de 1988 que o Brasil trata pela primeira vez do direito à saúde seguindo uma tendência internacional de normatização. Trata-se de direito fundamental que deve ser assegurado amplamente, conforme destaca Amado (2012, p.55):

De efeito a saúde pública consiste no direito fundamental às medidas preventivas ou curativas de enfermidades, sendo dever estatal prestá-la adequadamente a todos, tendo natureza jurídica de serviço público gratuito, pois prestada diretamente pelo Poder Público ou por delegatários habilitados por contrato ou convênio, de maneira complementa, quando o setor público não tiver estrutura para dar cobertura a toda população.

O referido direito é, inegavelmente, muito importante para a sociedade, pois ele garante, juntamente com outros direitos, que o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, seja concretizado. Por ser complexo e

abranger diversas perspectivas de análise, o presente capítulo abordará primeiramente a saúde como direito social, mediante a análise do artigo 6º, caput, e artigo 196 e seguintes da Constituição Federal. Em seguida será apresentado como ocorre financiamento da saúde de acordo com a Carta Magna e a lei 8.080/90, que rege o Sistema Único de saúde. Por fim, será abordado um dos serviços que devem ser oferecidos pelo Estado à população, que é a distribuição de medicamentos e seu financiamento.

1.2.1. Direito social de segunda dimensão

Abordado primeiramente de forma genérica no artigo 6º da Constituição de 1988, a saúde é considerada direito social e, portanto, integra a segunda dimensão de direitos fundamentais, que abrange direitos que demandam prestações materiais do Estado, tendo em vista que buscam reduzir desigualdades, proteger os hipossuficientes e conceder melhores condições de vida à sociedade.

Por ser um direito fundamental, ele deve abranger todos os cidadãos brasileiros e, inclusive, os estrangeiros que se encontram apenas de passagem no país e necessitam de cuidados médicos, conforme esclarece Salert (2002, p.6):

Com efeito, ainda que existam direitos fundamentais de titularidade restrita (os direitos políticos e os direitos dos trabalhadores, por exemplo), a doutrina mais moderna, assim como a jurisprudência mais atualizada, felizmente não chancelam este entendimento restritivo, notadamente em homenagem ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais. Para além disso, basta que se atente para a fórmula utilizada pelo Constituinte no já citado artigo 196 da nossa Carta Magna ("a saúde é direito de todos...") para evidenciar que nos encontramos diante de norma que excepciona a regra geral estabelecida no "caput" do artigo 5º. Mesmo que assim não fosse, teríamos motivos de sobra para uma leitura de feição extensiva, e isto por vários motivos. No caso específico da saúde, como, de resto, ocorre com uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que, por sua direta ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que, por sua natureza, são direitos de todos (e de qualquer um), nos encontramos também diante de um direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não.

No entanto, é importante destacar, segundo Sarlet (2002), que o direito a saúde exige do ente estatal uma atuação não apenas no sentido prestacional, de promoção de políticas públicas que permitam o acesso a diversos serviços relacionados à saúde, mas também uma atuação de defesa em que o Estado deve proteger o cidadão para que contra ele não seja cometido qualquer ato, seja por parte do próprio governo ou de terceiros, que comprometa a sua integridade física e psicológica. O indivíduo tem, portanto, o direito de exigir essa dupla postura do ente estatal e possui, também, o dever de não cometer qualquer ato que dificulte a concretização deste direito ou que interfira na esfera individual de terceiro.

Essa dupla atuação estatal, prestacional e de defesa, baseiam-se em princípios que reforçam a fundamentalidade desse direito, tratam-se dos princípios da máxima efetividade, o da vedação do retrocesso e o da reserva do possível, este último ainda de aplicação controversa no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será discutido posteriormente. O princípio da vedação do retrocesso possui relação direta com postura de defesa que deve o Estado assumir em relação ao direito à saúde. Nesse sentido, como bem destaca Salert (2002), não pode este ente realizar nenhum tipo de medida que prejudique ou diminua os direitos já conquistados pela sociedade, sendo o referido princípio justamente um limitador na atuação estatal, para que este não restrinja direitos no âmbito legislativo, durante a edição de leis, jurídico, no julgamento de casos concretos, e executivo, na concretização das normas. Sobre a importância da vedação do retrocesso, Almeida (2006, p. 5) destaca que:

O direito à proibição de retrocesso social consiste numa importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível breçar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo. Além do mais, o princípio da reserva de justiça da Constituição imprime a vontade do titular do Poder Constituinte, este legítimo quando seja depositário dos valores inspiradores do conteúdo normativo da Carta Magna. O poder constitucional é limitado aos valores base em que fora sedimentado.

O princípio da máxima efetividade, por seu turno, se relaciona com a postura prestacional que o Estado deve assumir diante dos direitos fundamentais. Desse

modo, deve-se buscar sempre uma interpretação em que seja dada a máxima efetividade a determinado direito fundamental, especialmente quando diante de algum tipo de conflito aparente entre normas. Não pode o ente estatal, portanto, conforme esclarecem Salert (2002), furtar-se de aplicar determinado direito constitucional sob a alegação de que não há uma normatização plena do direito, pois este possui uma força normativa que impõe sua efetivação direta, impedindo que os referidos direitos fiquem sujeitos à uma ação estatal.

O terceiro princípio, que possui relação direta com os direitos sociais e mais especificamente com o direito à saúde, é o da reserva do possível que suscita muitas discussões no âmbito doutrinário e aplicações diferenciadas no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, a natureza dos já referidos direitos sociais impõe uma atuação prestacional do Estado mediante a realização de políticas que concretizem tais direitos. Ocorre, porém, que as receitas públicas são limitadas e nem sempre é possível suprir todas as necessidades sociais. Por esse motivo, alguns doutrinadores defendem o posicionamento de que o Estado deve agir pautado no princípio da reserva do possível, atuando apenas até o limite que os cofres públicos permitem, independentemente da necessidade social. Outro posicionamento, porém, refuta essa postura restritiva do Estado, propondo uma aplicação relativa desse princípio, conforme destaca Salert (2002), no sentido de que sejam balizados os interesses em conflito, devendo o Estado considerar a demanda orçamentária, mas também atender a interesses de natureza emergencial. Esse segundo posicionamento tem ganhado mais relevo no campo doutrinário e jurisprudencial, como será evidenciado posteriormente.

1.2.2. O direito à saúde e a seguridade social

Por oportuno, além de estar presente no rol de direitos sociais previstos no caput do artigo 6º da Carta Magna, impende ainda destacar o segundo momento em que a saúde é mencionada no referido diploma legal. No título da “Ordem Social” a Constituição trata a saúde como um dos segmentos da seguridade social, esta compreendida, segundo Ibrahim (2011), como uma rede protetiva que busca realizar

políticas para atender os cidadãos mais carentes, os trabalhadores e seus dependentes, lhes concedendo melhores condições de vida, sendo financiada não só pelo Estado, mas também pelos particulares, mediante o pagamento de contribuições.

A seguridade social possui três planos de ação social, conforme dispõe o caput do artigo 194 da CF/88, a saúde, a assistência social e a previdência social que se dividem em dois sistemas, o contributivo e o não-contributivo. A previdência social, por depender do pagamento de contribuições pelos beneficiados, faz parte do sistema contributivo. A saúde e a assistência social, por seu turno, fazem parte do sistema não contributivo, pois oferecem serviços públicos a toda e qualquer pessoa independentemente do pagamento de contribuições, sendo financiada a partir dos impostos pagos pelos cidadãos.

Observa-se, portanto, que a saúde adquiriu com a Constituição de 1988 o caráter universal, devendo atender toda a coletividade. Atualmente, a prestação de serviços nessa área é realizada e fiscalizada pelo Ministério da Saúde através do Sistema único de Saúde, regendo-se por alguns princípios basilares indicados no artigo 198 da Carta Magna, quais sejam: (1) descentralização, com direção única em cada esfera do governo; (2) atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (3) Participação da comunidade.

A descentralização consubstancia a noção de que a prestação da saúde não pode se restringir apenas a um ente federativo, devendo ser assegurada por todas as esferas do governo de forma solidária, conforme destaca o artigo 23, II, da CF/88, o que acaba por ratificar o federalismo cooperativo, destacado por Novelino e Cunha Jr. (2012) adotado na referida norma. No mesmo sentido o artigo 30, VII, da CF/88 dispõe que os serviços na área da saúde serão prestados pelo Município mediante a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União, destacando, desta feita, a responsabilidade solidária que deve existir entre esses entes. Neste último dispositivo mencionado fica evidenciado, também, o princípio da municipalização, como bem destaca Barroso (2010), que aponta o ente municipal como aquele que possui mais responsabilidades na promoção do direito à saúde.

O atendimento integral, com foco para atividades preventivas, transparece a diretriz de se buscar reduzir os riscos de doenças e outros males, já que demanda menos recursos financeiros do que atacar as moléstias quando elas já estão instaladas no indivíduo. O terceiro princípio dispõe acerca da participação da comunidade na prestação do serviço à saúde e ratifica o caráter democrático da própria Constituição, isto porque os próprios beneficiários do sistema poderão participar da edição de normas que visem otimizar as demandas na área. É o que acontece, por exemplo, com o Conselho Nacional de Saúde, regido pelo decreto nº 5.839/2006, órgão ligado diretamente ao Ministério da Saúde, que é composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais da saúde e usuários, cuja função principal é deliberar e controlar as políticas públicas realizadas na área da saúde, conforme dispõem os artigos 1º e 2º do referido decreto.

A observância desses princípios permite que o Poder Público atue nessa área de forma solidária e democrática, buscando tutelar todos os cidadãos. No entanto, apesar da Constituição prever que a saúde será regulada, fiscalizada e concretizada prioritariamente pelo Estado, facultou-se às entidades privadas oferecerem serviços, atuando de forma complementar, conforme destaca Amado (2012, p.55):

Conforme revisão constitucional, as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, razão pela qual é plenamente possível que as entidades filantrópicas sejam destinatárias de recursos públicos.

Deste modo, diante da impossibilidade do ente estatal suprir todas as necessidades da população, a destinação de recursos públicos na prestação dos serviços de saúde não se limita apenas às entidades públicas, mas também aos entes privados que atuam no oferecimento de determinadas atividades. Contudo, não poderá o poder público destinar recursos para as instituições privadas com o objetivo de lucro, sendo vedada a participação do ente estatal em empreendimentos econômicos, de acordo com o que disciplina ao artigo 199, §2º, da CF/88.

A concretização do direito à Saúde é regulada pelo Sistema Único de Saúde, SUS, que é composto conforme destaca o artigo 4º, caput, da lei 8.080/90:

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

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. (BRASIL, Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990, 1990)

1.2.3. Financiamento da saúde

Conforme já destacado anteriormente, como o oferecimento de serviços de saúde deve atender toda a população, os gastos econômicos nessa área acabam se tornando vultuosos, sobrecarregando significativamente os cofres públicos. Sensível a esta realidade, o constituinte originário achou por bem não onerar apenas um ente federativo na realização de políticas públicas para concretização deste direito, exigindo uma atuação conjunta de todos, é o que dispõe o já mencionado artigo 23, II, da Constituição Federal.

Para além de simplesmente responsabilizar genericamente os entes federativos na realização do direito à saúde, a Carta Magna estabelece a destinação específica de recursos tributários para essa área. Desse modo, o artigo 198, em seus § 2º e §3º, dispõe que:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 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 Federal de 1988, 1988)

A lei complementar a que se referem os dispositivos supramencionados não foi editada, por esse motivo a EC nº 29/00 dispõe que será aplicado ao caso concreto os recursos mínimos presentes no artigo 77 do ADCT até o ano de 2004, da seguinte forma:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, 1988)

Ocorre, porém, que os referidos recursos ainda continuam sendo destinados de acordo com a sistemática acima mencionada. Isto porque, segundo Ibrahim (2011), a mesma emenda que estabeleceu a aplicação do artigo 77 da ADCT, também prevê a continuidade de aplicação da norma após 2004 se até então não tivesse sido publicada a Lei Complementar mencionada no referido artigo 199 da CF/88. Como não houve sua edição, a regra transitória continua com plena aplicabilidade na área da saúde.

Além da previsão constitucional de financiamento da saúde, a lei 8.080/90 que regula o Sistema Único de Saúde disciplina em título específico o financiamento do sistema. Nesse sentido, o Capítulo I, "Recursos", do Título V, "Do

Financiamento”, deixa claro dois aspectos importantes acerca do financiamento da saúde. O primeiro deles diz respeito à imprescindibilidade dos recursos que serão alocados à saúde estarem previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias de cada ente federativo (art. 31 da lei 8.080/90). Assim, as verbas serão destinadas mediante a necessidade de serviços determinadas pelos próprios entes federativos, de forma prévia, sendo vedado, conforme disciplina o §2º do artigo 36 da referida lei, “a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde”. O segundo aspecto encontra-se no artigo 32 da referida lei:

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais. (BRASIL, Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990, 1990)

Com efeito, poderá o Poder Público buscar, autonomamente, recursos em fontes secundárias, não necessariamente vinculadas aos impostos pagos pelos cidadãos. Evidencia-se, também, a participação da comunidade no auxílio da prestação dos serviços de saúde, como bem esclarece o inciso III supramencionado, em que há a valorização do recebimento de doações, ajuda e donativos de terceiros.

1.3. A DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELOS ENTES PÚBLICOS

Entre as diversas atribuições dos entes públicos na concretização do direito à saúde, encontra-se, segundo o art. 200, I, da CF/88: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos. Nesse sentido, o controle e a distribuição de medicamentos são considerados, pelo constituinte originário, políticas públicas imprescindíveis para a melhoria na qualidade de vida da população.

A lei do Sistema Único de Saúde (nº 8.080/90) estabelece entre as atribuições do SUS, em seu artigo 6º, a assistência terapêutica integral que corresponde, segundo o artigo 19-M da lei, a:

- I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
- II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. (BRASIL, Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990, 1990)

No entanto, a distribuição de medicamentos, em razão de seu alto custo, não pode acontecer de forma arbitrária à medida que surgem pedidos de tutela da população. A própria lei determina que a lista de medicamentos oferecidos pelo poder público deve ser elaborada ou alterada pelo Ministério da Saúde com o assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, órgão composto necessariamente por 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina, conforme disciplina o artigo 19-Q, §1º da referida lei. Esse órgão atuará de duas formas:

- § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
- I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
 - II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. (BRASIL, Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990, 1990)

Deste modo, a concessão de medicamentos é realizada tendo por base dois importantes aspectos, o impacto econômico que a distribuição de determinado tipo de medicamento pode causar aos cofres públicos e a sua eficácia no tratamento da doença que será tratada. A distribuição de medicamentos depende, portanto, de um

procedimento cuidadoso e prévio que avalie a real capacidade do Estado de fornecer determinado medicamento.

Ademais, cumpre destacar que a lei 8.080/90 ratifica o princípio constitucional da descentralização ao dispor que, na ausência de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, deverá ser buscada em cada ente federativo a responsabilidade no oferecimento do serviço/produto, como destaca o seguinte artigo:

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. (BRASIL, Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990, 1990)

No mesmo sentido, de forma mais específica, a portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde, define melhor a repartição de competência entre os entes e fornece importantes parâmetros na política de distribuição de medicamentos, uma vez que institui a Política Nacional de Medicamentos. O trecho a seguir esclarece os objetivos dessa política:

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)".

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo

Ministério da Saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria 3.916/GM de 30 de outubro de 1998, 1998)

Com efeito, o Ministério da Saúde dispõe do RENAME, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que é uma lista em que consta o conjunto de medicamentos e insumos que são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Do mesmo modo, órgãos estaduais e municipais também oferecem listas próprias que apresentam o conjunto de medicamentos e insumos disponibilizados pelos referidos entes, sendo respeitadas, conforme destacada a referida portaria, as necessidades regionais e as dosagens para pacientes de diferentes faixas etárias.

Na ausência de determinado medicamento nas listas federal, estaduais ou municipais, pode o cidadão requerer a sua inclusão a partir de procedimento administrativo em que deve ser avaliada a real eficácia do medicamento para o tratamento de moléstias, sendo realizadas consultas públicas e, quando necessário, audiências públicas.

Do exposto, observa-se que a dispensação de medicamentos pelo poder público demanda a atuação conjunta não só de todos os entes federativos, mas também de terceiros interessados. Além disso, envolve um processo cuidadoso de impacto econômico e de eficácia do medicamento para que, só então, possa ser ele disponibilizado pelo Estado à todos aqueles que de fato necessitam do tratamento.

2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. JUDICIALIZAÇÃO: CONCEITUAÇÃO POLISSÊMICA

A partir da década de 90 passou-se a observar no Brasil um novo fenômeno que já vinha acontecendo de forma intensa em diversos países após a Segunda Guerra Mundial em que o Poder Judiciário passa a solucionar controvérsias de natureza eminentemente política. O termo Judicialização é objeto de análise por diversos segmentos do saber, a exemplo da Antropologia, da Sociologia e do Direito, possuindo uma conceituação ampla e diversificada.

Nesse sentido, Motta (2011) aponta alguns contextos em que o termo é utilizado. Werneck Viana (1999:10 *apud* Motta, 2011), por exemplo, designa a judicialização como a utilização dos recursos processuais no judiciário, ante a descoberta pelas minorias parlamentares da tutela judicial com o objetivo de pleitear seus interesses. O segundo contexto, de acordo com Motta (2011), é o uso do termo para referir-se a preferência pelo cidadão da via jurídica do que pela solução dos conflitos a partir do instrumento político. Há, ainda, um terceiro contexto de aplicação do termo que se relaciona a busca da via judicial pelos cidadãos para a solução de todo e qualquer conflito do cotidiano, autores como Mota (2011, p.50) designam esse fenômeno como sendo judicialização das relações sociais.

Leivas (2011, p.643), por seu turno, ao tratar do posicionamento do STF sobre as políticas públicas na área de saúde, adverte que a utilização do termo judicialização é indevido porque “trata-se de uma expressão não adequada para referir-se a esse fenômeno, por conduzir ao entendimento de que o Judiciário estaria assumindo um papel de gestor das políticas públicas de saúde, o que não corresponde à verdade”. É notável que o referido autor defende que esse fenômeno, na verdade, não é uma afronta ao regime democrático e à separação dos poderes, legitimando a atuação desse poder na esfera das políticas públicas a fim de serem concretizados os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Diante da complexidade de designação do termo, adotamos a conceituação ampla proposta por Vallinder (1995, *apud* Oliveira e Carvalho 2006, p. 6):

Vallinder entende que a judicialização da política se caracteriza pela difusão da arena decisória judicial e/ou na adoção de mecanismos judiciais em arenas de deliberação política. O conceito dado pelo autor propõe que o julgamento de ações que envolvam políticas governamentais constitui, por si só, um processo de judicialização da política. Somado a isso, a utilização de procedimentos jurídicos na ordenação do mundo político também constitui esse processo.

Por ser um tema que suscita diversos posicionamentos entre os juristas e de crescente utilização no cenário jurídico brasileiro, o presente capítulo será metodologicamente organizado de forma que seja fornecido um panorama das discussões relacionadas à judicialização. Nesse sentido, primeiramente será abordado o surgimento, a conceituação e importância das políticas públicas, para,

em seguida, serem apresentadas as causas que estimulam a ocorrência do fenômeno e as principais discussões relacionadas a judicialização.

2.2. CONCEITUAÇÃO E IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo Galati (2003), durante a vigência do liberalismo, o Estado possuía a responsabilidade de garantir a ordem pública, sem, contudo, interferir na esfera individual dos membros da sociedade, não possuindo qualquer atribuição relacionada ao oferecimento de serviços específicos à população. No entanto, a crise dessa ideologia fez emergir o estado social, baseado, no welfare state, que propõe uma postura ativa do Estado no sentido de promoção de ações que busquem melhorar as condições de vida da sociedade, garantindo-lhes os chamados direitos de segunda geração. É o que assim dispõe GRINOVER (2010, p.2):

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.

Como forma de atestar que direitos como a moradia, a educação, a saúde e a segurança, continuem a ser assegurados pelo Estado, diversos constituintes originários passaram a disciplinar em suas normas a obrigatoriedade de prestação desses direitos pelo ente estatal. A essas constituições foi dada a classificação de dirigente, pois elas determinam os fins e objetivos do estado, exigindo a sua atuação em segmentos considerados essenciais para a sobrevivência da população. Seguindo essa tendência de normatização de direitos sociais, a Constituição de 1988 pode também ser classificada como sendo dirigente, um bom exemplo é o seu

artigo 3º que disciplina os objetivos da República e de certo modo, exige do estado uma atuação no sentido de vê-los concretizados. É o seu teor:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, Constituição federal de 1988, 1988)

A atuação do Estado no sentido de promoção dos direitos sociais se efetua a partir da realização de políticas públicas, que podem ser conceituadas como um conjunto ações dos poderes legislativo, executivo e judiciário a fim de promover conforme destaca GRINOVER (2010: p. 6):

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.

Da conceituação supramencionada depreende-se que aos poderes Legislativo e Executivo cumprem a atribuição de realizar as políticas públicas através de um procedimento solene de alocação de recursos que envolve a participação da Comissão Mista do Congresso, das duas Casas, e do Presidente da República com o seu poder de veto. Segundo Jesus (2005), o procedimento é regido pela Constituição e desenvolvido pelos poderes Legislativo e Executivo que atuam como representantes do povo, sendo papel do Judiciário a fiscalização na execução e aplicação das políticas.

Nesse sentido, não basta a simples destinação de verbas à medida que surgem necessidades sociais, é necessária a prévia determinação pelo poder

Legislativo mediante a Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme determina o artigo 165 da Constituição Federal. Essa norma representa os anseios e objetivos de cada ente federativo no campo das políticas públicas, sendo concretizado pelo Executivo.

Na qualidade de direito social que demanda grande quantidade de recursos públicos, não pode a saúde deixar de ser abordada na referida Lei, sendo esta não só um instrumento de direcionamento na concretização das políticas, mas, especialmente, um meio de fiscalização pelos cidadãos da atuação dos governantes.

2.3. PORQUE SURTIU A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

De acordo com a conceituação apresentada anteriormente, a concretização dos direitos sociais depende de uma atuação conjunta dos três poderes do Estado na promoção de políticas públicas, cabendo ao legislativo a edição de normas que indiquem a maneira de distribuição de recursos, ao executivo a operacionalização e ao Judiciário a fiscalização. No entanto, no fenômeno da judicialização o Judiciário acaba atuando também como um legislador tendo em vista que algumas decisões determinam a alocação de recursos para a realização de políticas, seja pela não aplicação de normas já existentes, seja pela omissão do legislador.

Diversos doutrinadores buscam explicar os fatores que ensejaram a interferência, como alguns defendem, do poder judiciário nessa área. A grande maioria não diverge sobre os fatores, oscilando apenas na sua quantidade.

Ferejohn (2003 apud Motta 2011), por exemplo, indica dois fatores cruciais que promovem a judicialização, os quais Motta (2011: 53) também ratifica, são eles: (1) a crescente fragmentação do poder legislativo o que acaba limitando a atuação deste poder na realização das políticas e estimulando a busca dos tribunais para suprir essa carência; (2) o judiciário tem o alcance de proteger direitos e valores contra a atuação arbitrária do poder político. Sobre as vantagens dos tribunais em detrimento da atuação legislativa, Ferejohn (2005, p.3) afirma:

Tendo em vista a dificuldade em lidar com a incerteza do processo legislativo – tanto em agências governamentais quanto em parlamentos –

os tribunais certamente oferecem algumas vantagens únicas. Os tribunais lidam com regras à luz de circunstâncias específicas e estão bem posicionados para perceber injustiças e inconvenientes trazidos por essas circunstâncias às partes em litígio. Ainda que as normas desenvolvidas pelos tribunais sejam prospectivas – na medida em que servirão como precedentes para casos similares no futuro – a resolução do caso em questão não é prospectiva. Ademais, a prática do *stare decisis* (o precedente) permite que regras gerais se desenvolvam gradativamente, por meio da atividade de muitos tribunais, juízes e casos.

Oliveira e Carvalho Neto (2006), por seu turno, propõem que as causas da judicialização estão associadas, em um primeiro momento, a conjuntura da ideologia do capitalismo e o próprio contexto democrático. Nesse sentido, o autor defende, com fulcro em Garapon (1999 apud Oliveira e Carvalho 2006), que o referido fenômeno é decorrência de dois aspectos, o enfraquecimento do Estado o que ocasionou a queda das barreiras processuais e promoveu o crescimento no número de processos, e a contratualização das relações sociais o que permitiu a ingerência do judiciário em diversos segmentos sociais. Mais importante, contudo, é perceber que Garapon (1999), conforme destaca Oliveira e Carvalho Neto (2006), apesar de não ressaltar a eficácia do Judiciário como um indicativo do surgimento da judicialização, aponta, no mesmo sentido de Ferejohn (2005, p.4), para a incompetência do legislativo na realização de suas atribuições, o que acaba dando margem para atuação dos tribunais:

Para o jurista francês, a justiça não galgou a situação de controle dos demais poderes, isso se deu através de um processo político. Ou seja, a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isto tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico. Ou seja, a judicialização tem como uma de suas causas a jurisdicação das relações sociais efetuada, em boa medida, pelo mundo político. O cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais.

Merece destaque, também, as reflexões realizadas por Valliner (1999 apud Oliveira e Carvalho 2006) que defende as seguintes condicionantes para o surgimento da judicialização, são eles: **(1)** Democracia; **(2)** a Separação de Poderes, uma vez que não há uma distribuição determinada de atribuições de cada poder; **(3)** a política de direitos, que se relaciona ao fato de que todos os indivíduos

possuem direitos, inclusive a minoria; (4) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; (5) o uso dos tribunais pela oposição, já que as minorias por vezes não conseguem barrar a vontade da maioria; (6) a inefetividade das instituições majoritárias, em razão do governo não possuir maioria no Parlamento e não conseguir concretizar seus objetivos; (7) a percepções das instituições políticas em que há uma crise dos representantes políticos que não conseguem entrar em um acordo; (8) instituições majoritárias delegam.

Por fim, o posicionamento de Werneck Viana (2005 apud Motta 2011) e Maria Tereza Sadek (2008 apud Motta 2011), apresentado por Motta (2011), defendem o fortalecimento das instituições funcionais, com o advento da Constituição de 1988, como ensejadores da judicialização no Brasil. Por instituições funcionais compreendem-se as Defensorias públicas, o Ministério Público e o próprio Judiciário (especialmente os Juizados). Nesse sentido, o fato de representarem a defesa dos direitos e garantias elencados na Constituição de 1988, permite que esses entes atuem com mais liberdade e de forma mais ampla no judiciário, inclusive na concretização de políticas públicas até porque o estabelecimento de princípios norteadores acabou fortalecendo a atuação funcional.

Os posicionamentos acima apresentados oferecem uma representação do que alguns doutrinadores defendem acerca dos fatores que ocasionam a judicialização, no entanto eles não esgotam e nem tampouco anulam os pontos de vista de outros autores. Deste modo, do exposto, observa-se que as causas apresentadas, de certo modo, se complementam, verificando-se, também, que a maioria dos doutrinadores converge no sentido de considerar que esse fenômeno se manifesta especialmente em razão de uma ineficiência do legislativo em atender todas as demandas sociais e que o judiciário atua no sentido de suprir uma carência da população.

2.4. JUDICIALIZAÇÃO: NOVO CANAL DE REPRESENTAÇÃO DA SOCIEDADE OU AMEAÇA À SOBERANIA POPULAR?

A judicialização é, inevitavelmente, um fenômeno que se consolidou em diversos países, inclusive no Brasil especialmente a partir da década de 90. No entanto, doutrinadores divergem acerca dos possíveis reflexos no que diz respeito a garantia da soberania popular e do regime democrático. Nesse sentido, surgem dois eixos que analisam a judicialização sob o prisma da manutenção da liberdade, um defende a sua manutenção como promoção da igualdade e do regime democrático, o substancialista, e o outro a sua interferência como um fenômeno indevido que compromete a soberania popular, trata-se do procedimentalista. Tais eixos convergem, porém, no sentido de compreenderem o poder Judiciário como uma instituição fundamental para a manutenção dos princípios democráticos, não possuindo, segundo Oliveira e Carvalho Neto (2006), apenas a função declarativa, mas também de imposição de poder.

Com efeito, o eixo procedimentalista tem como principais representantes Habermans (1997 apud Oliveira e Carvalho 2006) e Garapon (1999 apud Oliveira e Carvalho 2006) e defende que a judicialização promove a perda da liberdade, tendo em vista a interferência que o direito acaba exercendo sobre a política. Oliveira e Carvalho (2006, p.9) apresentam o posicionamento desses autores apontando que, em suma, a judicialização acaba colocando o direito como única alternativa, ocorrendo uma usurpação da tradicional separação dos poderes, conforme destaca o excerto a seguir:

De acordo com Garapon, a judicialização da política e do social seria um indicador de que a justiça teria se tornado um *“último refúgio de um ideal democrático desencantado”* (op. cit. p.25). Assim, a explosão do número de processos é um fenômeno social, e não jurídico, e o juiz assume o papel de *“terapeuta social”*. Para Habermas, a invasão do direito na política é a representação de uma disputa em torno do princípio da divisão de poderes. Assim como o legislador não tem competência para julgar se os tribunais aplicam correta e justamente o direito, também não a tem os juízes para o controle abstrato das normas, que deveriam ser função do legislador. Nesse eixo, portanto, não há lugar ao ativismo judicial, nem se admite um *“terceiro gigante”*.

No mesmo sentido Appio (2005 apud Jesus 2006, p. 35) assim se posiciona:

Ao decidir pela implementação de uma política social, prevista em com base em um dever genérico do Estado, O Poder Judiciário passa a ditar os fins do Estado e não a constitucionalidade dos meios eleitos para sua

consecução. O preenchimento do conteúdo de um dever genérico do Estado faz parte de uma atividade política, a partir de uma pauta de prioridades para os quais o legislador e o administrador foram eleitos. As campanhas políticas contemplam, num regime democrático, diversas políticas sociais, adequadas ao perfil ideológico de cada um dos partidos, as quais são escolhidas pelo cidadão. Não se pode admitir, numa democracia, a substitutividade, pelo Poder Judiciário, do exercício deste poder político, sob pena de esvaziamento dos demais poderes da república.

Deste modo, o eixo procedimentalista questiona a interferência do judiciário, sob o argumento de que há uma usurpação de poderes, uma vez que cabe ao legislativo desenvolver todo um procedimento para a aprovação de políticas públicas. A teoria de tripartição de poderes, proposta por Montesquieu, em que há uma separação rígida entre eles e suas atribuições com uma atuação nula do Judiciário, estaria sendo, para esse eixo, violada. Ocorre, porém, no que diz respeito a esse argumento, que diversos doutrinadores tem se posicionado no sentido da flexibilização dessa tradicional tripartição, permitindo a atuação do Judiciário também na limitação do poder público, conforme destaca o Jesus (2005, p.31)

O eixo substancialista, por seu turno, tem como representantes Dworkin e Cappelletti e propugna que a atuação do judiciário no âmbito da judicialização contribui para a concretização dos princípios igualitários e da própria liberdade, sendo extensão da atuação democrática. Enquanto Dworkin, ao analisar a Corte norte-americana, defende que o judiciário não pode assumir uma condição inerte frente as necessidades sociais e os conflitos, Cappelletti acredita que a atuação do referido poder no campo político pode representar uma conquista para as minorias uma vez que elas poderão manifestar seus posicionamentos. Jesus (2005, p.10) sintetiza a perspectiva substancialista ao afirmar que:

Portanto, de acordo com o eixo substancialista o Judiciário assume uma nova inserção na relação entre os três poderes, transcendendo as funções de *checks and balances*, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico. Esse Poder deve assumir o papel de um intérprete que evidencia a vontade geral, implícita no texto constitucional.

A vertente substancialista é a que de fato tem mais adeptos entre os doutrinadores, já que defende que o direito deve estar sensível e evoluir de acordo com as necessidades que surgem na sociedade, adotando a concepção pluralista do

direito em detrimento da monista, conforme destaca Machado (2009). Nesse sentido, a própria Constituição ao prever as responsabilidades do poder judiciário acaba ampliando sua atuação, na qualidade de defensor dos direitos e garantias fundamentais, mesmo que pra isso ele tenha que promover a concretização de políticas públicas, conforme esclarece Jesus (2005, p.33):

De efeito, tem se observado que a abordagem contemporânea, pelo menos no Brasil, tende a atribuir ao Judiciário o papel de guarda da Constituição e das instituições democráticas, além de lhe atribuir o dever de assegurar a implementação dos direitos fundamentais. Essa nova abordagem pugna, pois, por um “ativismo Judicial” (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99) ou pela “politização do Judiciário” (FRISCHEINSEN, 2000, p. 97).

Do exposto, observa-se que a depender do eixo adotado, há uma valorização da judicialização das políticas públicas, no eixo substancialista, ou considera-se esse fenômeno uma ameaça ao regime democrático e ao princípio da separação dos poderes, eixo procedimentalista. No entanto, deve-se ressaltar que, mesmo aqueles doutrinadores que entendem a judicialização como um processo inerente às instituições democráticas, defendem que sua aplicação deve ocorrer baseando-se no princípio da razoabilidade, de forma que a atuação do judiciário não comprometa a distribuição de recursos orçamentários, e pautando-se em parâmetros propostos por outras áreas. Doutrinadores como Machado (2009, p.16), defende, portanto, a racionalização do procedimento de judicialização, posicionamento este também defendido neste trabalho, e que é sintetizado a seguir:

Malgrado a importância da judicialização da política para resguardar direitos fundamentais, no Brasil o fenômeno precisa ser materializado substancialmente, porém, com parâmetros, para que o Judiciário atue com critérios de racionalidade e eficiência. Ou seja, há a necessidade de construção de um juízo justo, e, ao mesmo tempo, assentado no quadro da ordem vigente. Observa-se, na realidade, um “hiperdimensionamento do caráter procedimental” e um “hipodimensionamento do caráter substancial” (CARVALHO, 2009, p. 121). Explique-se: apesar da difusão de procedimentos judiciais em campos de deliberação política, ainda não há um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com racionalidade, direitos fundamentais, em detrimento de determinadas políticas governamentais. Note que não se tenciona um ativismo judicial indiscriminado, mas uma judicialização da política baseada concomitantemente na racionalidade das decisões judiciais – com uma análise prévia e ponderada dos impactos de suas deliberações para a

sociedade – e na afirmação de direitos fundamentais e ampliação da cidadania.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Atualmente, tribunais e juízes de todo o país, no exercício de sua jurisdição, obrigam o Estado a realizar a prestação de algum serviço ou produto para o cidadão como forma de suprir/concretizar determinado direito fundamental previsto na Constituição Federal. Observa-se, portanto, que a judicialização de políticas públicas é um fenômeno consolidado no ordenamento pátrio.

Com a saúde não é diferente, a quantidade de processos que pleiteiam a distribuição de medicamentos não previstos nas listas da ANVISA, o oferecimento de procedimentos cirúrgicos e a incorporação de novas tecnologias ao Sistema Único de Saúde crescem a cada ano em todos os entes federativos. Neste sentido, dados fornecidos pela Advocacia Geral da União, a partir de informações disponibilizadas pela CONJUR/MS (disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>), atestam que entre os anos de 2009 e 2012 o crescimento de demandas judiciais nessa área foi significativo: em 2009 foram criadas 10.486 novas demandas; em 2010, 11.203; e em 2011, 12.811. Esses dados se relacionam apenas aos processos judiciais em que a União Federal figura como ré, sendo de difícil acesso verificar as mesmas informações no âmbito estadual e municipal. Apesar dessa dificuldade, é importante perceber que a busca do poder Judiciário para a solução de conflitos dessa natureza tem se ampliado significativamente.

A doutrina diverge, porém, sobre a concretização desse direito a partir de demandas judiciais. Deste modo, parte defende que essa atuação do Poder Judiciário se afigura como essencial para garantir a concretização dos direitos fundamentais especialmente a saúde, desde que obedecidos alguns parâmetros. Esta corrente é a que de fato tem sido aplicada pelos tribunais pátrios, conforme será analisado a seguir.

Buranelli (2004, p. 40), por exemplo, entende que a judicialização é um instrumento eficaz, no entanto, devem os tribunais analisar os impactos econômicos e sociais que a decisão acarreta, a fim de evitar que suas decisões dificultem a realização de políticas públicas, balizando a aplicação dos princípios constitucionais com as limitações estatais:

É importante destacar que não se pretende que a atuação do magistrado afaste ou negue princípios jurídicos e fundamentos valorativos, não baseados na racionalidade econômica, mas apenas que sua conscientização econômico-social aumente as suas possibilidades de escolha e decisão no caso concreto, sempre de forma fundamentada, afastando assim a pura submissão à lei e a regras que impõem uma aplicação *a priori*. (p. 40)

No mesmo sentido, Galati (2003, p.49) compreende que essa atuação do judiciário de fato pode comprometer o orçamento público, contudo, acaba contribuindo para que os responsáveis pela realização das políticas públicas, os políticos, modifiquem e focalizem suas ações a fim de suprir as carências da população, como é possível de perceber no excerto a seguir:

A base de toda a problemática articula-se com a insuficiência de recursos econômicos disponibilizados ao sistema de saúde. E, se por um lado a decisão judicial pode, eventualmente, conturbar a destinação de recursos do sistema de saúde, ao determinar um dispêndio não previsto em favor de demanda particular, de outro, a repetição da situação deve gerar nos órgãos públicos destinadores dos recursos econômicos ações no sentido de adotar medidas preventivas à ocorrência de casos futuros. Na forma de reação em cadeia, criar-se-á uma espiral que culminará por influenciar na política econômica como um todo, inclusive no âmbito internacional (...).

Por outro lado, Barroso (2010) destaca as principais críticas que são realizadas à judicialização da saúde, oferecendo um panorama dos estudiosos que compreendem esse fenômeno como uma ameaça à separação dos Poderes e interferência indevida do Poder Judiciário. Com efeito, o referido autor aponta as seguintes críticas:

- (1) O artigo 196 da Constituição Federal que trata do direito à saúde é uma norma programática que deve ser concretizada a partir da promoção de políticas públicas e não de decisões judiciais;
- (2) O Poder Executivo, por possuir uma visão mais ampla das necessidades públicas, detém, de acordo com a Constituição Federal, a competência para estabelecê-las. A atuação do judiciário violaria, portanto, o arranjo institucional;
- (3) As políticas públicas são realizadas a partir de verbas recolhidas do povo mediante o pagamento de tributos. Cabe, então, à sociedade decidir qual (is) área(s) é (são) prioritária(s) para a aplicação das verbas e essa ação social acontece através dos representantes legais eleitos democraticamente;
- (4) A realização das políticas públicas pelo Estado deve estar baseada no princípio da reserva do possível, tendo em vista que os recursos são escassos e diversas são as áreas que necessitam de uma ação estatal;
- (5) A judicialização da saúde desorganiza a administração pública na medida em que o estado passa atuar apenas para atender a necessidade individual e imediata, impedindo uma organização no sentido de promoção do direito à saúde em sentido amplo;
- (6) Os gastos com a judicialização da saúde são menos benéficos do que se os mesmos recursos fossem aplicados para a realização de políticas que amparem toda a coletividade;
- (7) A concessão de serviços/produtos a partir de decisões judiciais acaba restringindo essa proteção àqueles que têm acesso à justiça, pelo fato de conhecerem seus direitos;
- (8) O Poder Judiciário não detém os conhecimentos técnicos necessários que o auxiliam na percepção sobre a eficácia e garantia do serviço/produto para o tratamento de determinadas doenças;

A ausência de uma norma que regule a atuação do Judiciário na concessão de políticas públicas, em especial das relacionadas à saúde, acaba permitindo que os tribunais superiores estabeleçam os parâmetros que julgam melhores a fim de

equilibrar as necessidades sociais com as limitações do Estado. A seguir será analisada como o STF e o Tribunal de Justiça da Paraíba têm se posicionado acerca da judicialização da saúde, em especial a concessão de medicamentos pela via judicial.

3.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISDIFICAÇÃO DA SAÚDE

A ausência de decisões uniformes no ordenamento pátrio sobre a judicialização acabou ensejando diversas críticas a postura adotada pelo poder judiciário. Nesse sentido, na tentativa de uniformizar o tratamento do direito à saúde na via judicial, o entendimento da STF sobre essa temática pode ser dividida em três momentos distintos: (1) legitimidade; (2) Indefinição; (3) racionalização.

A primeira manifestação deste tribunal supremo sobre o direito à saúde aconteceu no ano 2000 no RE271286 que teve como relator o Ministro Celso de Melo. O recurso extraordinário objetivava a anulação de decisão que condenava o Município de Porto Alegre ao fornecimento de medicamento a paciente portador do vírus HIV. O referido recurso foi, contudo, indeferido, sendo esta a sua ementa:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA

. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar

. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave

comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE

. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES

. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Nesse sentido, observa-se que esta decisão legitima a atuação do poder judiciário no que diz respeito a concretização do direito à saúde mediante a concessão de medicamentos, pois esse direito está diretamente relacionado ao direito à vida. Além disso, determina que a competência para o fornecimento de medicamentos consiste em uma obrigação solidária que compreende todos os entes federativos. Destaca, por fim, que esse posicionamento acaba tutelando aqueles que não possuem condições financeiras para arcar com tratamentos médicos de alto custo. Contudo, apesar da referida decisão ter legitimado a judicialização do direito à saúde, não estabeleceu, conforme destaca Leivas (2011, p. 638), parâmetros de atuação. Sobre esse problema o autor afirma:

Embora seja uma decisão que consagre a jusfundamentalidade e subjetivação do direito à saúde, que faz jus a uma inequívoca vontade do constituinte soberano e atende aos propósitos dos movimentos sociais no campo do direito à saúde e dos direitos humanos, o acórdão pode ser criticado pela ausência de critérios e de limites de atuação judicial. Esta lacuna talvez seja uma das razões pelas quais o Poder Judiciário tenha sido pouco criterioso, em geral, no julgamento ações judiciais para prestações de saúde ressalvada a exigência óbvia de receita médica e, em alguns casos, de ser paciente do SUS e/ou hipossuficiente.

O segundo momento, de indefinição, é representado pelas decisões monocráticas da então ministra do STF, Ellen Gracie, que foram na contramão da decisão supramencionada e passaram a defender que o fornecimento de medicamentos pelo poder público poderia comprometer a realização de políticas públicas em caráter coletivo. Conforme apresenta Leivas (2011), o STA/92 que solicitava a suspensão do pedido de tutela antecipada realizada contra o Estado de Alagoas em favor de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados para o fornecimento de medicamentos é paradigma das referidas decisões da Ministra. É o teor da decisão do STA/92:

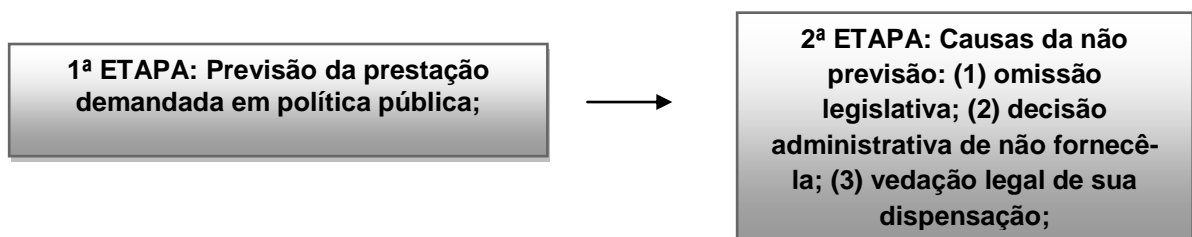
Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11).6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se,

com urgência. Publique-se. (Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie)

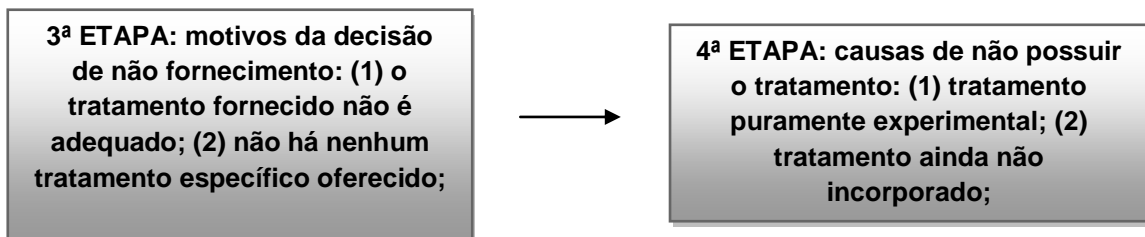
A decisão supramencionada evidencia não apenas a necessidade de ser priorizada a tutela coletiva em vez da individual, mas também o problema de delimitação de competência para o fornecimento de medicamentos. Esse entendimento, do ano de 2007, vai de encontro a decisão proferida em 2000 pelo ministro Celso de Melo, tendo em vista que este defendia a tutela individual como concretização do direito à vida e estabelecia que a realização do direito à saúde é de responsabilidade de todos os entes federativos. Apesar da sua decisão monocrática não ter caráter vinculativo, a ministra Ellen Gracie, conforme destaca Levia (2011, p. 640), salientou posteriormente que a decisão do STA/92 não poderia ser generalizada já que suas decisões se vinculavam a casos específicos:

A própria Ministra, contudo, ao indeferir o pedido de Suspensão de Segurança 3231, manifestou preocupação de que a decisão proferida no STA/92 estivesse sendo interpretada de modo ampliativo, bem como esclarece que suas decisões proferidas em pedido de suspensão restringem-se ao caso especificado.

Sensível aos diversos problemas relacionados a judicialização à saúde, o Ministro Gilmar Mendes no ano de 2009 propôs a convocação de audiência pública com o objetivo de ouvir diversos especialistas sobre vários problemas relacionados à judicialização do referido direito dentre os quais, conforme destaca Leivas (2011. P. 641), discutiu-se a obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos protocolos clínicos do SUS. Esses debates possibilitaram o estabelecimento de parâmetros que foram aplicados pelo referido ministro em dois julgamentos, STA's 175 e 178 que podem ser sintetizados, segundo Leivas (2011) em quatro etapas:



Primeiramente, deverá o órgão julgador analisar se existe previsão de dispensação do medicamento pleiteado pelo cidadão em algum tipo de política pública. Em caso afirmativo, haverá o dever de assegurar o mesmo, em não havendo passará o órgão julgador para a segunda etapa em que irá investigar os motivos determinantes para que o medicamento não esteja previsto na lista do Sistema Único de Saúde. Conforme afirma Leiva (2011, p. 642), no caso de existir decisão administrativa de não fornecê-la, deverão ser analisadas as razões para tal indeferimento na terceira etapa. Por outro lado, se ocorrer uma omissão legislativa, o órgão julgador passará para a quarta etapa:



Com efeito, na terceira etapa, se o Sistema único de Saúde oferecer um tratamento alternativo com eficácia semelhante ao que é pleiteado, deverá ser ele utilizado. Na ausência de qualquer tratamento fornecido pelo SUS, passa-se para a última fase. Nesta, o órgão julgador avaliará a natureza do tratamento pleiteado. Se ele for experimental será indeferido por não existir evidências da eficácia do tratamento. Contudo, se tiver eficácia comprovada e ainda não tiver sido incorporado pelo SUS, poderá ser objeto de pleito judicial.

A síntese realizada por Leiva (2011), a partir da decisão do ministro Celso de Melo, apresenta alguns parâmetros importantes para a atuação judicial na concretização da saúde e mais especificamente no fornecimento de medicamentos, quais sejam: (1) se política pública prever o tratamento, deverá ser ele assegurado; (2) na existência de diferentes tratamentos com eficácia comprovada, será privilegiado o alternativo que já é oferecido pelo Sistema Único de Saúde; (3) não será assegurado o tratamento que ainda se encontra na fase experimental.

Essa sistematização inaugura a terceira fase do posicionamento deste Tribunal Superior, pois oferece parâmetros para atuação do poder Judiciário, no sentido de não apenas reconhecer o dinheiro à saúde, mas também de delimitar a forma como ele será concretizado, reduzindo o impacto econômico nos cofres públicos e concedendo a prestação de serviços ou fornecimento de medicamentos que de fato possam melhorar a condição de vida do indivíduo. Leiva (2011, p.648) entende que essa nova postura do STF conseguiu de fato racionalizar o fenômeno da judicialização da saúde e oferecer os parâmetros necessários para a atuação dos magistrados em casos concretos:

Ao reafirmar a justiciabilidade do direito fundamental à saúde, tanto por meio de ações individuais quanto por ações coletivas, a decisão estabelece parâmetros e critérios para as decisões judiciais. Promove, por meio desses, uma correta ponderação entre os princípios formais da separação dos poderes, ao exigir que as decisões administrativas sejam respeitadas na medida do possível, ao mesmo tempo em que reconhece a legitimidade do poder Judiciário para determinar prestações de saúde ainda não incorporadas pelo SUS. A reconstrução dessa decisão por meio da aplicação dos subpreceitos da proporcionalidade em sentido amplo, como proibição da insuficiência, como demonstrado acima, fornece ao julgador um procedimento racional de avaliação e decisão acerca das prestações de saúde já incorporadas e não-incorporadas no SUS.

3.2. O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

Os entendimentos manifestados pelos tribunais superiores acabam ganhando força cogente no ordenamento jurídico brasileiro conforme destaca Leiva (2011, p.xxi):

Não há como negar que as decisões da nossa Suprema Corte produzem efeitos altamente relevantes na sociedade, não só pela importância dos casos e questões que diretamente equacionam, como também por estimularem acalorados debates na esfera pública sobre temas constitucionais, contribuindo para trazer a Constituição e, especialmente os direitos fundamentais, para a ordem do dia.

Nesse sentido, tribunais de todo o país, influenciados pelos posicionamentos das cortes superiores, acabam modificando suas posturas em relação a determinados temas e incorporando em suas decisões novas abordagens que garantam aos cidadãos o acesso aos direitos e garantias fundamentais e permitam a efetividade dos preceitos constitucionais.

Exemplificativamente, será analisado como o tribunal de justiça da Paraíba (TJPB) tem se manifestado sobre a concessão de medicamentos a pacientes pela via judicial. A pesquisa foi realizada no site do referido tribunal (disponível em <www.tjpb.ju.br>) tendo sido selecionadas três ementas de decisões proferidas no corrente ano como forma de ilustrar o (des)alinhamento deste tribunal em relação ao posicionamento supra destacado do Supremo Tribunal Federal. A primeira diz respeito a uma decisão proferida em 25 de abril, cuja parte do teor afirma:

(...) A União, os Estados-membros e os Municípios são responsáveis solidários no que pertine à proteção e ao desenvolvimento do direito da saúde. Assim, ainda que determinado medicamento ou serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas, de modo que qualquer delas União, Estados e Municípios têm, igualmente, legitimidade, individual ou conjunta, para figurarem no pólo passivo em causas que versem sobre o fornecimento de medicamentos. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL Agravo de instrumento Fornecimento de medicamento Direito à saúde Art. 196 da CF Norma de eficácia plena e imediata Precedentes do STF, STJ e TJPB Obrigação estatal Ausência de previsão orçamentária reserva do possível Direito à saúde e a vida digna Mínimo existencial Preponderância Seguimento negado. Em uma interpretação mais apressada, poder-se-ia concluir que o art. 196 da CF seria norma de eficácia limitada programática, indicando um projeto que, em um dia aleatório, seria alcançado. Ocorre que o Estado lato sensu deve, efetivamente, proporcionar a prevenção de doenças, bem como oferecer os meios necessários para que os cidadãos possam restabelecer sua saúde. É inconcebível que entes públicos se esquivem de fornecer meios e instrumentos necessários à sobrevivência de enfermo, em virtude de sua obrigação constitucional em fornecer medicamentos vitais às pessoas enfermas e carentes, as quais não possuem capacidade financeira de comprá-los. Se é certo que o Estado não pode ser compelido a fazer algo além do possível reserva do possível, é igualmente correto que ele deve, ao menos, garantir o núcleo mínimo existencial a cada indivíduo, sobrelevando-se, destarte, a dignidade da pessoa humana art. 1º, I, da CF. - O art. 557, caput, do CPC, permite ao relator negar seguimento ao recurso quando for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba, Agravo de instrumento 03720120031408001, Relator DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS, 24/042013)

Essa ementa esclarece o entendimento do TJPB em relação a competência para assegurar o acesso a medicamentos. Com efeito, os três entes federativos possuem responsabilidade solidária, devendo, quando provocados, garantir o fornecimento a fim de promover a concretização do direito à saúde para os cidadãos. Esse entendimento se compatibiliza com a decisão proferida pelo ministro Celso de Melo no ano 2000 que, na mesma linha de raciocínio, entende que prevalece uma responsabilidade solidária entre os entes federativos.

A referida decisão também destaca que a concretização do direito a saúde deve ocorrer independentemente da disponibilidade financeira e orçamentária do Estado, devendo ser priorizada a necessidade do cidadão em detrimento do princípio da reserva do possível. Com efeito, a garantia da saúde está incluída como uma necessidade básica que deve ser assegurada. Também nesse aspecto, observa-se que o tribunal de justiça da Paraíba tem seguido a mesma linha de raciocínio do STF em suas primeiras decisões, como aconteceu, por exemplo, no caso da concessão de medicamento ao portador do vírus HIV, analisado anteriormente.

Seguindo a mesma tendência da primeira ementa acima analisada, esta também se posiciona de acordo com o entendimento manifestado pela Suprema Corte, é o seu teor:

56051039 - AGRAVO INTERNO. INSURGÊNCIA EM FACE DA MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A SÚPLICA APELATÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. OBRIGAÇÃO DO ENTE ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO REMÉDIO PLEITEADO NO ROL DE LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. MATÉRIA DE ORDEM INTERNA DA ADMINISTRAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. JUSTIFICATIVA IRRAZOÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. DEVER DO ESTADO DE PROVER AS SUBSTÂNCIAS POSTULADAS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. INOVAÇÃO EM SEDE REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. ARGUMENTAÇÕES DO RECURSO INSUFICIENTES A TRANSMUDAR O POSICIONAMENTO ESPOSADO. DECISUM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO ATACADA. DESPROVIMENTO DA INCONFORMAÇÃO. É obrigação dever do estado patrocinar as despesas com os medicamentos de pessoa que não possui

condições de arcar com os valores sem se privar dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e da família. Não há ofensa à independência dos poderes da república quando o judiciário se manifesta acerca de ato ilegal, abusivo e ineficiente do executivo. Conforme entendimento sedimentado no tribunal de justiça da Paraíba, a falta de previsão orçamentária não pode servir como escudo para eximir o estado de cumprir com o seu dever de prestar o serviço de saúde adequado à população. “art. 5º. Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (lei de introdução às normas do direito brasileiro). - inexistente razoabilidade para se modificar o decisum que obsta seguimento ao apelo, nos termos do art. 557, caput, do código de processo civil, quando o decisum atacado encontra-se em perfeita consonância com jurisprudência dominante do Superior Tribunal de justiça e desta corte. (TJPB; Rec. 013.2012.001128-6/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. José Ricardo Porto; DJPB 15/08/2013; Pág. 11)

Com efeito, o TJPB ratifica em seu julgado o dever do Estado em fornecer medicamentos aos cidadãos que não possuem condições financeiras de adquiri-los sem comprometer o seu orçamento familiar, sendo dever do Estado, independentemente de previsão orçamentária, possibilitar o fornecimento. Esta Corte legítima, também, a judicialização da saúde ao defender que não há afronta aos poderes estatais a atuação do judiciário no sentido de materialização de políticas públicas.

Além disso, fica evidenciada que a concessão de medicamentos não pode se restringir aos que constam na lista de medicamentos oferecidos e disponibilizados pelos entes federativos. Esse entendimento vai de encontro ao posicionamento manifestado por Barroso (2010) que defende o oferecimento apenas de substâncias que já constam nas listas como forma de limitar a judicialização da saúde. O Supremo Tribunal Federal, contudo, como já destacado anteriormente, compreende que o dever do Estado não pode se restringir aos medicamentos que constam nas listas disponibilizadas no Sistema único de Saúde, devendo ser essa política pública garantida de forma ampla aos cidadãos.

Por fim, a título exemplificativo, é importante analisar o teor do seguinte julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba, *in verbis*:

56050793 - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. TEMPESTIVIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE

PORTADORA DE CARCINOMA PULMONAR LOCOGERIONALMENTE AVANÇADO. MEDICAMENTO PRESCRITO. TERCEVA 150 MG (ERLOTINIB). ALTO CUSTO. AGRAVADA SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE COMPRAR O MEDICAMENTO PRESCRITO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO POR GENÉRICO. NÃO RECOMENDÁVEL. APLICAÇÃO DE MULTA PELO NÃO CUMPRIMENTO DA DECISÃO. CONFIRMAÇÃO. NECESSIDADE DE SUBMETTER A PACIENTE, ORA AGRAVADA À PERÍCIA PELA CÂMARA TÉCNICA DE SAÚDE. PROCEDIMENTO DESNECESSÁRIO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. É dever constitucional do estado o fornecimento de medicamentos, gratuitamente a todo cidadão carente de recursos financeiros, que dele necessitar. Restando evidenciado nos autos “que o medicamento prescrito pelo profissional-médico habilitado é o que atende melhor às necessidades médicas do agravado”, até porque o medicamento genérico ou similar, mesmo tendo princípio ativo igual, pode não surtir o mesmo efeito desejado, colocando, assim, em risco o maior patrimônio do paciente, qual seja, à vida, a medicação receitada deve ser mantida. No que diz respeito ao quantum da multa aplicada pelo descumprimento da decisão judicial, agiu com acerto e justiça o magistrado singular, decisão confirmada monocraticamente em sede de segundo grau, posto que mostra-se proporcional e razoável o arbitrado, diante dos danos decorrentes à agravada, um vez que possui a enfermidade do câncer. Quanto a necessidade de submeter a paciente à perícia pela câmara técnica de saúde, entendo como desnecessário, posto que o diagnóstico realizado por profissional-médico habilitado, bem como a prescrição do medicamento correto para o tratamento da enfermidade de que é portadora a agravada, por si só respaldada o dever do estado em custear o tratamento, com a devida aquisição e encaminhamento do medicamento prescrito a quem dele necessitar. Não sobrevivendo aos autos nenhum elemento novo capaz de alterar o convencimento já manifestado quando da decisão recorrida, é de ser conservado na íntegra o entendimento monocrático. (TJPB; Rec. 200.2010.021.668-4/002; Câmara Especializada Criminal; Rel. Juiz Conv. Ricardo Vital de Almeida; DJPB 09/08/2013; Pág. 22). (PARAÍBA, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AGRAVO INTERNO 56050793, Ricardo Vital de Almeida, 09/08/2013)

A referida decisão também defende a obrigatoriedade do Estado no fornecimento de medicamentos, conforme as outras emendas já analisadas. É importante destacar, porém, uma particularidade nesta ementa que se relaciona a realização de perícia médica a fim de analisar a gravidade da enfermidade e a eficácia do medicamento enquanto tratamento curativo. Com efeito, a Turma considerou desnecessária a submissão do caso à Câmara técnica de Saúde, órgão especializado criado com o fim de auxiliar a atividade jurisdicional nas decisões relacionadas ao direito à saúde, sendo suficiente o parecer proferido por profissional –médico especializado. Nesse sentido, a atualidade do julgado, datado de 09 (nove) de agosto do corrente ano, indica que o jurisdicionado paraibano já possui ao seu

dispor um importante instrumento para auxiliar as decisões no campo da judicialização da saúde, contudo não há a obrigatoriedade do órgão julgador buscar auxílio do órgão técnico, quando as provas colecionadas nos autos são suficientes para formular o entendimento do julgador.

A opção em não submeter o caso à perícia do referido órgão técnico não desqualifica ou prejudica o julgado supramencionado. Ela transparece a preocupação do Tribunal de Justiça paraibano em oferecer ao órgão julgador maiores subsídios para que as decisões relacionadas ao direito a saúde sejam cada vez mais baseadas em aspectos técnicos que forneçam parâmetros para que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade se concretizem, contribuindo, dessa forma, para que o cidadão não fique desamparado quanto ao seu direito de obter medicamentos dos entes federativos e estes não tenham suas receitas comprometidas em razão da distribuição de medicamentos de eficácia duvidosa.

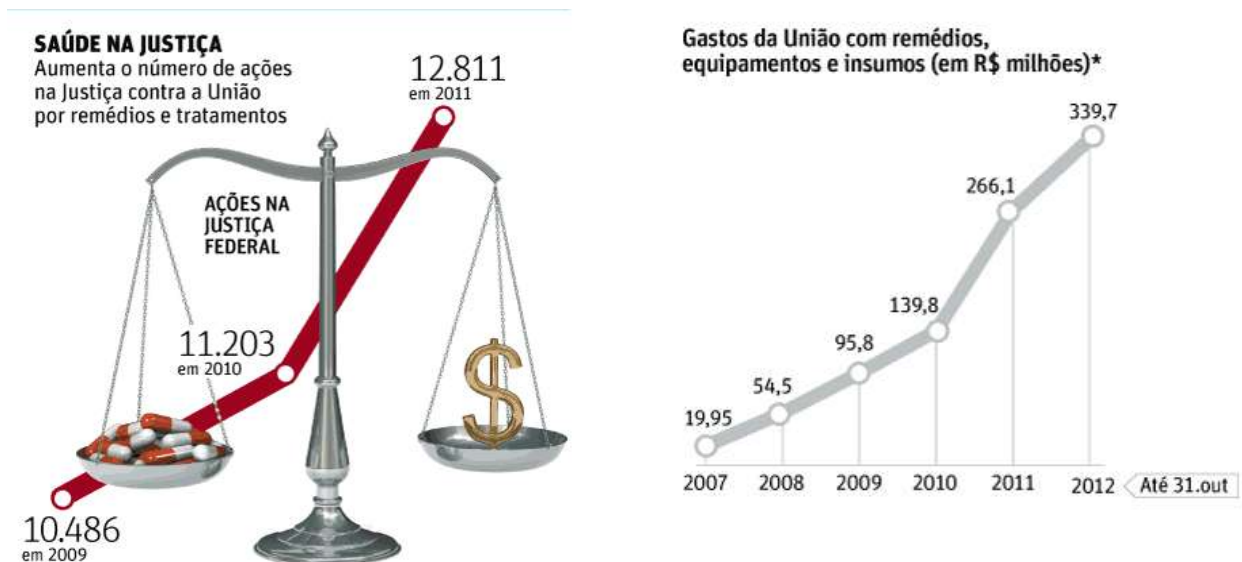
Do exposto, observa-se, mesmo que apenas ilustrativamente, que as decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de promover uma maior racionalização da concessão de medicamentos a partir dos parâmetros destacados pode influenciar as decisões dos tribunais de todo o país, como acontece no Tribunal de Justiça da Paraíba que acata o entendimento da corte superior sobre a solidariedade passiva dos entes federativos e o direito a saúde como incluso nas necessidades básicas que o Estado deve assegurar, mesmo que a sua concretização tenha que acontecer pela via judicial, através da judicialização deste direito e independentemente de previsão da substância na lista de medicamentos disponibilizadas pelos entes federativos.

3.3. RACIONALIZAR A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CAMINHO PARA A REDUÇÃO DO DÉFICIT NO ORÇAMENTO PÚBLICO

A postura adotada pelo STF de fornecer parâmetros para a atuação dos tribunais em todo o país manifesta a preocupação desta corte em garantir o acesso da sociedade à saúde pela via judicial a partir de critérios que de certa forma

buscam minorar os gastos públicos em tratamentos que não possuem eficácia comprovada ou que já são oferecidos de outras formas pelo Sistema Único de Saúde.

Com efeito, os parâmetros destacados anteriormente, vêm sendo utilizados nos tribunais de todo o país desde que a decisão foi proferida no ano de 2009. Contudo, os gastos relacionados a judicialização da saúde tem aumentado de forma significativa nos últimos, conforme já destacamos anteriormente e que são apresentados no seguinte quadro apresentado no artigo de Nublat (2012):



Esse crescente aumento de demandas judiciais pleiteando a dispensação de medicamentos e de tratamentos não previstos nas listas do Sistema Único de Saúde contribui para a reflexão sobre a racionalização da judicialização da saúde que vem sendo estimulada pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, os parâmetros fornecidos na decisão de 2009 delimitam a atuação jurisdicional no sentido de impedir que sejam despendidos recursos em tratamentos que ainda se encontram na fase experimental ou que possuem a mesma eficácia dos que já são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não apenas ratifica o eixo substancialista da judicialização

no ordenamento jurídico brasileiro, como também defende a sua aplicação de forma consciente.

Diante da realidade política do Brasil, a vertente substancialista da judicialização é a que de fato melhor se coaduna com a concretização dos direitos sociais, pois possibilita que o cidadão obrigue o Estado a realizar determinadas políticas públicas. O caráter emergencial das prestações no campo da saúde, já que se relaciona diretamente com o direito à vida, ratifica a atuação do judiciário na medida em que o governo não consegue suprir as necessidades dos cidadãos, sendo, neste caso, desconsiderado o princípio da reserva do possível perante da imprescindibilidade de concretização do direito à saúde. A linha de entendimento do STF e do TJPB, por conseguinte, defende que o referido direito deve se realizar independentemente do processo legislativo de edição de políticas públicas, que foi destacado anteriormente.

No entanto, diante do crescimento vertiginoso de demandas judiciais nessa área, imperioso se faz o apontamento de alternativas que a doutrina e os próprios tribunais têm indicado a fim de serem acrescentados aos parâmetros já fornecidos pelo Supremo Tribunal Federal. São eles:

- (1) Opção por substâncias produzidas no Brasil: Barroso (2010, p.33) afirma que o Poder Judiciário deve balizar interesses no fornecimento de medicamentos, devendo garantir o tratamento adequado sem onerar excessivamente os cofres públicos, já que substâncias estrangeiras demandam maiores recursos para importação;
- (2) Opção pelo medicamento genérico, de menor custo: se há, no mercado farmacêutico, medicamento genérico que possui a mesma eficácia do que o pleiteado, aquele deverá ser priorizado, como forma de reduzir gastos, em razão do seu menor custo, como também defende Barroso (2010);
- (3) Criação de órgãos que auxiliem os magistrados nas decisões referentes à concessão de medicamentos: a apreciação sobre a eficácia de determinada substância depende não apenas da análise atenta do órgão julgador dos aspectos fáticos da demanda. É necessário averiguar a real eficácia do medicamento, conhecimento este que pode ser fornecido por

especialistas da área de saúde. Neste sentido, tem se tornado cada vez mais comum a criação de órgãos compostos por médicos, farmacêuticos e terapeutas que têm como objetivo auxiliar o magistrado na análise do tratamento pleiteado, no caso da Paraíba, por exemplo, foram criadas as Câmaras Técnicas de Saúde. Esses órgãos com o caráter técnico certamente contribuem para que o magistrado apenas defira a dispensação de medicamentos e tratamentos que possuem de fato eficácia;

- (4) Soluções das demandas administrativamente através de parceria entre a Defensoria Pública e a Secretaria Estadual de Saúde: Casal (2009, p. 84) indica, a partir do estudo de caso do Estado de São Paulo, o quanto é importante a parceria entre o poder judiciário e o executivo. Com efeito, no ano de 2009, a secretaria de saúde do referido Estado buscou a defensoria com o objetivo de solucionar as demandas por medicamentos e tratamentos de forma mais ágil. Foi criado, portanto, um sistema em que o indivíduo entra em contato direto com a secretaria que analisa a competência federativa para realização do tratamento ou dispensação do medicamento e formas de garantir a concretização do direito.

Essas alternativas não esgotam e nem tampouco anulam outras que são defendidas pela doutrina e adotadas pelos órgãos julgadores, elas apenas transparecem a necessidade de serem sempre perquiridas novas formas de diminuir os gastos públicos com demandas judiciais na área da saúde. Deste modo, o posicionamento do Superior Tribunal Federal de racionalizar a judicialização da saúde inaugura uma nova fase no ordenamento jurídico brasileiro e estimula para que sejam buscados novos instrumentos auxiliares da atividade jurisdicional neste âmbito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pode o cidadão ser privado dos direitos e garantias fundamentais diante da inércia do legislativo e do executivo na edição e execução de políticas públicas. O judiciário, enquanto guardião dos preceitos constitucionais tem o dever de promover

e assegurar à sociedade como um todo condições mínimas de sobrevivência. Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas representa a garantia da representação do povo e não uma afronta à soberania popular já que sua atividade jurisdicional não abarca de forma ampla a legislativa e a executiva, antes busca suprir eventuais lacunas e omissões. De fato, a concretização de políticas públicas pela via judicial acaba sendo uma forma de minorar as incontáveis carências de prestações sociais que os cidadãos sofrem no seu cotidiano.

Deste modo, o eixo substancialista, proposto por Dowokin e Capetelli, que defende a judicialização como um mecanismo que promove a igualdade e a liberdade entre os cidadãos, é o que de fato tem sido aplicado e defendido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pelo Superior Tribunal Federal. No entanto, a ideia de que esse fenômeno deve ser utilizado de forma racionalizada é a que melhor se coaduna com a realidade jurídica atual. O estabelecimento de parâmetros de atuação contribui para que o judiciário medeie os interesses da sociedade com as limitações do poder público, evitando que ocorram gastos desnecessários que comprometam a concretização de outras políticas públicas.

Em relação a judicialização da saúde, especificamente ao fornecimento de medicamentos, fica evidente que o Superior Tribunal Federal legitima a concessão de substâncias pela via judicial por ser considerado um serviço/produto que compõe o mínimo essencial para a sobrevivência do indivíduo, devendo ser realizado independentemente do princípio da reserva do possível. No entanto, deve o órgão julgador observar parâmetros, como, por exemplo, se o medicamento já é fornecido pelo Sistema único de Saúde, a possibilidade de já existir substância alternativa oferecida pelo poder público e o fato do medicamento não se encontrar em fase experimental, comprovando a sua eficácia.

No entanto, os referidos parâmetros não têm evitado o crescimento de demandas na área da saúde e dos gastos públicos em razão desses pleitos judiciais. Por esse motivo, a busca de novos mecanismos que minorem esses impactos é importante para que a garantia de um direito individual não comprometa a concretização do coletivo. Assim, a criação de órgãos técnicos para auxiliar os magistrados nas suas decisões, a realização de convênios entre as defensorias públicas e as secretarias para que as demandas sejam solucionadas no âmbito

administrativo e a busca por medicamentos alternativos com a mesma eficácia, a custo menor, representa alternativas que pode contribuir para a solução de litígios dessa natureza.

Por ser um tema em constante construção diante da frequência com que é debatido pelo poder judiciário, o presente trabalho não pretendeu esgotar todas as reflexões relacionadas à judicialização da saúde, mas fornecer uma reflexão sobre a importância de ser esse direito fundamental assegurado pela via judicial quando outros poderes não o concretizam. Este trabalho possibilita, portanto, que novas reflexões sobre o tema sejam realizadas oportunamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais**, 26 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1387>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.
- AMADO, Frederico. **Sinopse de direito previdenciário**. Editora JusPodivm. 2d. 2012.
- APPIO, Eduardo. **A judicialização da política em Dworkin**. Sequência 47 – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ano XXIV, n. 47, dez. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15279>>. Acessado em: 28 de maio de 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial**. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- _____. **Decreto nº 5.839 de 11 de julho de 2006**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília.
- _____. **Emenda constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília.
- _____. **Lei nº 1.920 de 25 de julho de 1953**. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília.
- _____. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília.
- _____. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EFETIVAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 2006.002444-8. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.
- BURANELLI, Vinícius Correia; PUCCI, Rafael Diniz; BRAGA, Marco Aurélio Cezarino; GUERRA, Marcela Garcia; FRANCO, Leandro Alexi; CARDOSO, Evorah Lusci Costa; FERREIRA, Camila Duran; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; NAHOUM, André Vereta; MACHADO, Ana Maria França; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso da AIDS**. 2004. p. 1-53.

- CASAL, Vânia Agnelli Sabin. Do Direito à saúde. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos; BONFIM, José Ruben de Alcântara. (orgs). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 73-85.
- FERREJOHN, John. **Judicializando a política, politizando o direito**. Trad. Thiago Nasser e José Eisenberg. Rio de Janeiro: CEDES/IUPERJ-ENM/AMB, 2005 [publicado originalmente em Hoover Digest, n. 1, inverno, 2003]. Disponível em: < <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/banco%20artigos/Filosofia%20e%20Teoria%20do%20Direito/ferrejohn.pdf>>. Acessado em: 15 de junho de 2013
- GALATI, Lana Lígia. **O judiciário como implementador de políticas públicas**. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. 54 f. Monografia do Curso de Especialização a distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal, Brasília, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, p. 29, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011.
- JESUS, Ricardo Antônio Rezende de. **Possibilidades e Limites do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas de Efetivação do Direito à Saúde, à luz da Constituição Federal de 1988**. Brasília: Universidade de Brasília, 2005. f.70. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Políticas Públicas do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Especialista em Políticas Públicas, Brasília, 2005.
- LEIVA, Paulo Gilberto Cogo. **O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal**. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. P. 635-648.
- MACHADO, Clara Cardoso. **Judicialização Da Política: uma reflexão a partir das tendências atuais da teoria do direito**, junho de 2009. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/14585/judicializacao-da-politica/3?doctype=artigos>>. Acessado em: 18 de junho de 2013.
- MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?** In: MOTA, Maurício; MOTTA, Luiz Eduardo (org.). O Estado Democrático de Direito em Questão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 50-76.
- NOVELINO, Marcelo; CUNHA JR., Dirley da. **Constituição Federal para concursos – doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. Salvador: Editora jus podivm, 2012.
- NUBLAT, Johanna. SUS tem despesa recorde em ações judiciais. **Folha de São Paulo**. São Paulo. 12 de dezembro de 2012. Cotidiano. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1199942-sus-tem-despesa-recorde-com-acoes-judiciais.shtml>>. Acessado em: 12 de julho de 2013.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. **A Judicialização da Política: um tema em aberto**. Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Brasil, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em

<http://politicohoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 12 de junho de 2013.

- PARAÍBA. Tribunal de Justiça. 56050793 - processual civil. Agravo interno. Tempestividade. Fornecimento de medicamento. Paciente portadora de carcinoma pulmonar locogerionalmente avançado. Medicamento prescrito. Terceva 150 mg (erlotinib). Alto custo. Agravada sem condições financeiras de comprar o medicamento prescrito. Direito à vida e à saúde. Dever do estado. Garantia constitucional. Substituição do medicamento por genérico. Não recomendável. Aplicação de multa pelo não cumprimento da decisão. Confirmação. Necessidade de submeter a paciente, ora agravada à perícia pela câmara técnica de saúde. Procedimento desnecessário. Manutenção do decism. Desprovisamento do agravo. Rec. 200.2010.021.668-4/002; Câmara Especializada Criminal; Rel. Juiz Conv. Ricardo Vital de Almeida; DJPB 09/08/2013; Pág. 22.
- _____. Tribunal de Justiça. 56051039 - agravo interno. Insurgência em face da monocrática que negou seguimento a súplica apelatória. Ação civil pública. Fornecimento de medicamento. Saúde. Direito fundamental. Obrigação do ente estadual. Alegação de ausência do remédio pleiteado no rol de lista do ministério da saúde. Matéria de ordem interna da administração. Irrelevância. Ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os poderes. Inocorrência. Inexistência de previsão orçamentária. Justificativa irrazoável. Não incidência da reserva do possível. Dever do estado de prover as substâncias postuladas. Precedentes do supremo tribunal federal e desta corte de justiça. Possibilidade de julgamento monocrático. Inovação em sede regimental. Impossibilidade. Argumentações do recurso insuficientes a transmutar o posicionamento esposado. Decisum em consonância com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Manutenção da decisão atacada. Desprovisamento da inconformação. TJPB; Rec. 013.2012.001128-6/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. José Ricardo Porto; DJPB 15/08/2013; Pág. 11.
- _____. Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - Agravo de instrumento - Preliminar Da nulidade da decisão que concedeu a antecipação da tutela - Ausência de fundamentação - Decisão fundamentada - Rejeição. Todas as decisões judiciais, inclusive as administrativas e interlocutórias, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. As decisões judiciais para serem hígidas e válidas têm de ser fundamentadas, sendo garantia constitucional própria do Estado Democrático de Direito. Processo: 03720120031408001. Relator: DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS. DJPB 25/042013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/Detalhe.aspx?id=145830&p=m medicamento>>. Acessado em: 01 de agosto de 2013.
- SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 de junho de 2013.
- _____. FIGUEIREDO. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos; BONFIM, José Ruben de Alcântara. (orgs). As

ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 25-62.