



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**THAYANE VIRGINIA PINTO SILVA**

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE  
MEDICAMENTOS E O CONTROLE DO JUDICIÁRIO**

**CAMPINA GRANDE-PB  
2016**

**THAYANE VIRGINIA PINTO SILVA**

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE  
MEDICAMENTOS E O CONTROLE DO JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista em Direito.

Orientador: Dr. Jonábio Barbosa dos Santos

**CAMPINA GRANDE- PB  
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S583p Silva, Thayane Virginia Pinto.  
As políticas públicas sociais de distribuição de medicamentos e o controle judiciário [manuscrito] / Thayane Virginia Pinto Silva.  
- 2016.  
53 p.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Prática Judicante) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2016.  
"Orientação: Prof. Dr. Jonábio Barbosa dos Santos,  
Departamento de Direito".

1. Direitos Sociais. 2. Direito Social à Saúde. 3. Políticas  
Públicas. I. Título.

21. ed. CDD 341.481

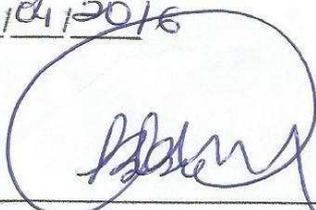
THAYANE VIRGINIA PINTO SILVA

AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE  
MEDICAMENTOS E O CONTROLE DO JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Programa de Pós-  
graduação em Direito da Universidade  
Estadual da Paraíba, em cumprimento à  
exigência para obtenção do grau de  
Especialista em Direito.

Orientador: Dr. Jonábio Barbosa dos  
Santos

Aprovada em: 11/04/2016



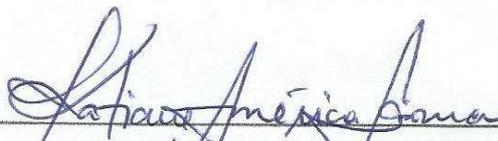
Prof. Dr. Jonábio Barbosa dos Santos /ESMA

Orientador

Flávia de Paiva

Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira/UEPB

Examinadora



Prof. Ms. Katiane América Lima/ UEPB

Examinadora

Dedico a Deus, a graça de conseguir concluir o trabalho monográfico.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Jonábio Barbosa dos Santos pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação, pela dedicação e disponibilidade.

A minha mãe Maria do Socorro Pinto Silva, a minha avó Maria Virgínio Pinto Silva, pelo apoio e incentivo.

A meu filho Pedro Raphael e todos meus familiares pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

## RESUMO

Inicia o estudo pelo o histórico constitucional de criação e reconhecimento de direitos pelo marco inicial do Estado Liberal até Estado Social. Determina os movimentos sociais indispensáveis ao reconhecimento desse direito, destacando a Revolução Francesa, a Carta Magna de João sem terra e a Segunda Guerra Mundial. Contextualiza a efetividade dos direitos sociais por meio de teorias analisando a competência jurisdicional no controle da efetivação do direito social á saúde. A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais enfatiza a necessidade de assegurar o mínimo de dignidade ao individuo fundamentada na teoria de Rawls. O surgimento das políticas de saúde pública destaca as Caixas de Assistência e Pensão e a Central de Medicamentos como avanços na proteção e efetividade desse direito. O SUS política atual de saúde pública responsável pela distributividade de medicamentos e seu orçamento claramente comprometido mesmo sendo financiado por todas as esferas da federação. O controle judiciário de políticas públicas na área de saúde por meio para análise da jurisprudência dos tribunais e a abordagem teórico fundamental.

**Palavras-Chave:** Saúde. Efetividade. Decisão judicial.

## ABSTRACT

Began studying the constitutional history of creation and recognition of rights for the initial framework of the Liberal State to Social State. Determines the social movements essential for the recognition of this right, highlighting the French Revolution, the Constitution of John landless and World War II. Contextualizes the effectiveness of social rights through theories analyzing jurisdiction in controlling the realization of the social right to health. The distinction between human rights and fundamental rights emphasizes the need to ensure a minimum of dignity to the individual based on the Rawls theory. The emergence of public health policy highlights the assistance boxes and Pension and Central Medicines as advances in the protection and effectiveness of this right. The current policy SUS public health responsible for distributivity of drugs and its clearly committed budget even being funded by all walks of federação. O judicial control of public policies in the health area through to analysis of the jurisprudence of the courts and the fundamental theoretical approach .

**Keywords:** Health. Effectiveness. Judicial decision.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CAP Caixas de Aposentadorias e Pensões

IAP Institutos de Aposentadorias e Pensões

CEME Central de Medicamentos

SINPAS Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social

INAMPS Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

SUDS Sistemas Unificados e desenvolvimentos de Saúde

SUS Sistema Único de Saúde

DCT Disposições Constitucionais Transitórias

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>CAPÍTULO I - FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	O histórico constitucional de reconhecimento de direitos .....	12
<b>2.2</b>	A base da força normativa dos direitos sociais.....	15
<b>2.2.1</b>	A força normativa do direito social a saúde e questões pertinentes.....	17
<b>2.3</b>	Igualdade de oportunidades e a satisfação do direito á saúde.....	20
<b>3</b>	<b>CAPÍTULO II - POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1</b>	O histórico do surgimento de políticas saúde pública.....	24
<b>4</b>	<b>CAPÍTULO III - O CONTROLE DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS.....</b>	<b>33</b>
<b>4.1</b>	O controle judicial e demandas de distribuição de medicamentos	33
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>44</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas sociais de distribuição de medicamentos têm se mostrado ineficientes diante da inércia reiterada da Administração Pública na sua implantação dos valores no que se refere direito á saúde na forma descrita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por meio e uma pesquisa bibliográfica, apoiada na revisão de literatura buscou levantar informações sobre a necessidade social de distribuição de medicamentos e o controle do judiciário com vista a satisfazer as necessidades básicas do cidadão.

Nessa perspectiva, contextualiza o histórico do reconhecimento de direitos fundamentais no Estado e a força normativa dos direitos sociais destacando o direito á saúde no controle de distribuição de medicamentos.

Atualmente a força normativa do direito social a saúde retira seu fundamento e aplicabilidade mínima positivada no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, há sociedade são assegurados todos os direitos sociais sem qualquer distinção, sendo de competência do Estado administrar os fatores sociais que influenciam a saúde da população.

De igual forma, destaca o surgimento das primeiras políticas públicas na área de saúde para compreensão do sistema tal qual se encontra atualmente com a exigência de universalidade e integralidade no atendimento e prestação.

Dessa forma, analisa o controle judiciário nas políticas públicas de saúde e demonstra a viabilidade da submissão das pretensões do cidadão ao Poder Judiciário, nos casos onde o órgão que possui competência deixa que exercê-la.

A legitimação do juiz no controle de constitucionalidade de leis e atos de governo, a especificação dos limites estabelecimentos no principio da reserva do possível orçamentária e do mínimo existencial e atividade do cidadão que busca a satisfação de seus direitos provocando o judiciário.

A análise da influência do judiciário nas políticas de distribuição de medicamentos é um ótimo instrumento direcionado ao Judiciário e ao cidadão na aplicação e busca desse direito.

A judicialização na área da saúde é resultado da ausência de aplicação de políticas públicas e alocação de recursos necessários para satisfação das necessidades mínimas de distribuição de medicamentos em favor do cidadão.

Nesse cenário sobre a ineficiência de aplicação de recursos capazes de suprir as necessidades da sociedade, questiona se o controle judiciário de políticas públicas de distribuição de medicamentos através da ação judicial é o instrumento adequado, para efetivação do direito á distribuição de medicamentos.

A inércia dos demais poderes exige do Estado-Juiz uma atitude proativa que muda os padrões teóricos da atividade jurisdicional convidando o Juiz não mais equidistante a adentrar nas discursões sociais e políticas, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal 1988.

Dessa forma, sob a ótica do ordenamento jurídico vigente a exigência do fornecimento de medicamentos á cidadãos hipossuficientes é necessária a satisfação as necessidades sociais, com a efetiva implementação desse direito se garante o mínimo indispensável a dignidade da pessoa humana e diminuição as desigualdades sociais, viabilizando assim a justiça social.

## 2 CAPÍTULO - I FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

### 2.1 O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS

O histórico constitucional de criação e reconhecimento de direitos inicia-se no século XVIII, com as monarquias absolutistas responsáveis por todas as regras inerentes ao território e povo, decidindo maneira totalmente antidemocrática, deixando de considerar as necessidades mínimas do povo que pagava impostos exorbitantes para a manutenção da nobreza.

Para Comparato, (2005, p. 59):

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o séc. XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso do rei francês, Felipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica. Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

Com o crescimento de ordem econômica da burguesia que passa a ter o poder de controle mercantil sobressaindo-se da dominação, nesse momento já estava praticamente superada em detrimento da nobreza que passava por uma grave crise financeira, não possuindo outra saída se não aceitar e reconhecer os direitos pleiteados pela burguesia.

Desse modo, fez nascer as lutas por um Estado abstencionista, responsável apenas pelas funções de Estado: segurança pública, defesa externa, corpo diplomático, obras públicas e fisco.

A Constituição das liberdades o grande marco do ideário libertário surgiu com o pacto firmado com os barões ingleses pelo rei “João sem terra”, estes direitos fundamentais reconhecidos em 1215, fizeram nascer a possibilidade dos cidadãos exigir do Estado que se abstenha de tomar certas decisões que impeçam o gozo dos direitos.

Nesse período foi estabelecido o Estado Liberal, os direitos de liberdade constituídos na 1ª dimensão e direitos cívicos, políticos e individuais, onde foi reconhecido entre outros o direito de ir e vir, direitos estes com plena força vinculante expressamente disposta na Constituição.

Moraes (2000, p. 19) afirma que:

‘a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo’ sendo que este ‘tão somente consagrou a necessidade de inculpir um rol mínimo de direitos humanos sem um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular’.

A Revolução francesa um grande marco das lutas para reconhecimentos de direitos que tinha como principais bandeiras a liberdade, igualdade e fraternidade que fundamenta toda a incidência e desencadeamento dos direitos a liberdade alcançada com a positivação dos direitos individuais, a igualdade como meio de solucionar as desigualdades criadas com o capitalismo de ordem social, econômica e cultural e a fraternidade que constitui a gama de direitos relativos a coletividade.

Mais tarde, com as necessidades sociais deixadas a margem da vida de alguns cidadãos ficou insustentável a manutenção de um Estado Abstencionista sem efetuar o mínimo de prestações, desencadeando após muitas lutas o Estado Social, com os deveres prestacionais de serviços relacionados á saúde, educação, alimentação, lazer, assistência e previdência social.

Segundo (Bobbio 2000, p. 75):

À pessoa moral referem-se especificamente os direitos de liberdade, à pessoa social, os direitos sociais, que recentemente foram também chamados por Gustavo Zagrebelsky de “direitos de justiça”. É dispensável acrescentar que em meio aos primeiros e aos segundos estão os direitos políticos, vale dizer, aqueles que estão no fundamento da participação direta ou indireta do indivíduo ou dos grupos na tomada de decisões coletivas, na qual consiste a democracia. Pode-se dizer sinteticamente que a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e como natural complemento o reconhecimento dos direitos sociais ou de justiça. Devido a essa dupla característica do reconhecimento, e correlata garantia e proteção, de direitos individuais e direitos sociais, as democracias contemporâneas, renascidas depois da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, foram denominadas ao mesmo tempo liberais e sociais. Uma

vez que os princípios de liberdade eram dados como pressupostos, desenvolvendo-se no Estado Democrático a partir do reconhecimento dos direitos de liberdade para chegar ao reconhecimento dos direitos sociais, falou-se de uma passagem da democracia liberal para a democracia social.

O reconhecimento dos direitos de liberdade foi o passo fundamental para a criação dos direitos sociais que se deu após a Segunda Guerra Mundial, na Constituição Brasileira surgiu em 1934 com pequenos passos, criou o Estado Intervencionista.

Na Constituição de 1946 uma gama de direitos sociais foi reconhecida no período de redemocratização vivido pelo país, demonstrando à magnitude de influência que é atribuída a efetividade dos direitos sociais, os colocando como responsáveis pelo Estado de Direito,

Cabe nesse ponto enfatizar, os direitos sociais são espécies de direitos fundamentais dessa forma, Novais (2004, p. 298–302), dispõe sobre a natureza fundamental dos direitos sociais:

(a) que eles se colocam como elementos imprescindíveis para a compreensão do Estado de Direito atual e configuram critérios de interpretação das demais normas constitucionais; (b) atuam como fundamento para restrição a direitos, liberdades e garantias; (c) são vulneráveis à ocorrência de inconstitucionalidade por omissão; (d) são também vulneráveis no plano da eventual inconstitucionalidade por ação que resulte da violação específica dos direitos sociais.

Para a análise da forma pela qual se deve efetivar e limitar os direitos, Canotilho, 1999 dispõe a cerca das principais teorias que tratam do assunto, a Teoria Liberal assegura que o direito fundamental é um direito de autonomia onde o cidadão faz valer as suas necessidades frente ao Estado, esta teoria falhou ao deixar de abordar os pressupostos socioeconômicos indispensáveis para satisfação dos direitos resultantes da autonomia individual.

Em abordagem evolutiva de teorias sobre os direitos fundamentais, Canotilho, 1999, explica a Teoria da Ordem de Valores, onde os direitos fundamentais são compostos de valores objetivos e não subjetivos, desta forma a eficácia dos direitos é satisfeita pelo estatuto de proteção dos cidadãos. Muito criticada a criação desse estatuto, pois implicaria na criação de um sistema separado da Constituição Federal 1988.

Além disto, a teoria não tem a ordem dos valores que devem ser aplicada prioritariamente para a concretização dos direitos fundamentais deixando nas mãos do interprete os valores a ser escolhidos.

A Teoria Social dos Direitos Fundamentais completa na concretização e limitação dos direitos fundamentais, segundo Canotilho (1999) os direitos fundamentais possuem caráter delimitador negativo onde deverá se abster de atividades que impeça o gozo de direitos bem como, deverá de forma completiva assumir as prestações positivas a depender do caso.

As teorias comentadas são completivas e não exclusivas com vistas a obter um parâmetro de concretização e de limitação de certas liberdades para bem satisfazer o fundamento do Estado e o bem comum.

## 2.2 A BASE DA FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

Inicialmente, cabe traçar a distinção existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, os direitos humanos têm competência externa fundamentados em tratados internacionais e instituições de competência internacional, enquanto que os direitos fundamentais possuem competência interna fundados na Constituição Federal de 1988.

Os direitos humanos são dados ao indivíduo pelo simples fato de ser um ser humano enquanto que os direitos fundamentais nascem junto com a ideia de Estado de Direito.

A esse respeito, dispõe Miranda (2008, p. 12) sobre os direitos fundamentais “direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa [...]”.

Todos os direitos sociais são galgados no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar em dignidade sem o exercício do direito á moradia, alimentação e saúde.

Assim todo e qualquer cidadão que esteja inserido no Estado Democrático de Direito não pode viver a margem desses direitos mínimos,

caso contrário estará sendo lesado em sua dignidade, o que não se espera de um Estado de Direito.

Alexy, (2002, p. 86) dispõe:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, portanto, 'mandados de otimização', que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus.

Se vislumbra que a força normativa dos direitos sociais é fundamentada por princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado de forma a otimizar os recursos existentes, assegurando a maior aplicação possível em graus diferentes, de acordo com a necessidade de cada um e o seu núcleo de essencialidade.

Fundamentado nos termos do mínimo existencial, onde analisa o que é necessário minimamente ser garantido para o ser humano viver dignamente como forma de resguardá-lo do tratamento desumano.

Aron (1985, p. 112), dispõe sobre o mínimo existencial numa análise sobre a pobreza:

O problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza. Aqui também há que se distinguir entre a pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.

Ao contextualizar o que deu origem a criação dos direitos sociais e a sua função frente a sociedade, faz-se necessário, demonstrar o meio pelo qual é possível efetivar o direito. Os fatores sociais de pobreza, as necessidades de algumas classes sociais determinam o que o Estado deverá prioritariamente prover para atingir o bem estar social.

### 2.2.1 A força normativa do direito social a saúde e questões pertinentes

O direito social á saúde surgiu na Constituição Federativa do Brasil 1988, no Estado Liberal contemplava apenas a proteção da vida das epidemias e da integridade física, no Estado Social a proteção a saúde constituiu a busca da igualdade social, prestação de serviço á saúde e construção de hospitais.

Atualmente, a força normativa do direito social a saúde retira seu fundamento e aplicabilidade mínima positivada no art. 196 da Constituição Federativa do Brasil 1988 que dispõe:

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

Todos sem qualquer distinção, poderão se utilizar do Sistema Único de Saúde, mesmo possuindo meios de provê-la, é dever de o Estado administrar os fatores sociais que influenciam a saúde da população.

Os serviços públicos são necessários a satisfação dos direitos fundamentais da coletividade que abrange, além do estudo de doença mais também as ações de prevenção saúde mental, física e laboral, saúde no sentido lato.

Os direitos sociais já nasceram com força normativa na qual retira efetividade da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e são estruturados pelo legislador infraconstitucional com vista a estabelecer as prioridades auxiliando os poderes no desempenho suas funções.

As Leis 8.080/90 e 8.142/90 formam o arcabouço jurídico da saúde dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

A importância do direito à saúde nos termos do art. 2º da Lei 8.080/90:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.(grifo nosso)

Com isso, não se pretende impor ao uso e fruição desses direitos prévia atividade do Legislador Infraconstitucional, existem direitos que por sua

natureza inviabilizam o cumprimento satisfatório sem que possua uma norma explicitando o núcleo do direito.

Deve-se considerar que a saúde possui determinadas demandas que possuem um grau de urgência e determinação diferente de outros que mesmo sendo seguramente indispensáveis, pode esperar um pouco mais.

O critério econômico é necessário a efetividade de direitos sociais de prestação positiva enfatiza Alexy (2002, p.493): “No cumprimento dos direitos fundamentais sociais, o Estado pode distribuir só aquilo que, sob a forma de taxas e impostos, retira de outros”

Além de assegurar a efetividade normativa de direitos, não se podem concretizar direitos sem que sejam designados os meios que darão subsistência os Poderes Executivo e Legislativo com base receita auferida, deverão destinar o orçamento público e aplicá-lo.

Bem elenca Branco e Mendes (2012, p. 766): “que para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”.

Analisa os limites e as possibilidades de quem vai efetivar este direito, uma necessidade de saúde pode ser impossível de efetivação por um município que possui o orçamento limitado se comparado com o orçamento do Estado, e o mesmo no que se refere do Estado em relação à União.

É disposto na Constituição Federal de 1988 no artigo 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

O direito a saúde é um direito constitucional garantido a todos e, todos os entes federativos deverão provê-los, determinando parte de seus recursos de maneira que possa garantir o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina.

Entretanto, não se pode colocar em mesmo nível de prioridade uma demanda de primeira necessidade que na ausência de implantação de medidas resultaria morte, a demanda de segunda necessidade, na qual o

resultado máximo seria um mero desconforto, exemplarmente fornecimentos de medicamento a hipertensos e de medicamentos para controle de dores em geral.

Por outro lado, na ausência de possibilidades do Município, o Estado e até mesmo da União pode-se exigir que suprisse a ausência, bem se sabe que a receita de todos incluindo a União já possui inúmeras prioridades e se encontram bem comprometidas.

Assinala Gotti (2012, p. 81), acerca desse problema da falta de recursos para abarcar todas as situações fundamenta as prioridades na reserva do possível:

[...] descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas. Nesse fenômeno convivem duas situações distintas: a reserva do possível fática, que corresponde à inexistência fática de recursos (a exaustão orçamentária), e a reserva do possível jurídica, que descreve a ausência de autorização orçamentária para uma despesa em particular.

Essas distinções facilitam a busca pela efetividade do direito, traça formas e possibilidades para abarcar a situação, existem recursos, entretanto, apesar do direito à saúde ser um direito fundamental existe varias abordagens possuindo uma significativa abrangência tais como saúde psicológica, física, no ambiente de labor, entre outras.

Alexy (2002, p. 498) dispõe sobre a forma pelo qual deverá ser assegurado o direito social a saúde: “a cláusula da reserva do possível, enquanto restritiva deste direito, não tem como consequência sua ineficácia, mas, simplesmente, demonstra a necessidade de sua ponderação”.

A ponderação no uso e abertura de exceções a satisfação das necessidades ao traçar os limites orçamentários e as exceções com as respectivas receitas, não se pode negar que demandas serão afastadas do âmbito de aplicabilidade imediata devendo ser implantadas de acordo com a sua necessidade.

Diante dos pressupostos que o Estado deve observância na efetivação de direitos, os entraves legais formais e de ordem orçamentária devem ser ponderados em favor do particular, fundados na perspectiva de dignidade

humana e na diferenciação de níveis sociais que implicam aumento de necessidades básicas.

É facultada as pessoas com possibilidades financeiras serviço complementares de saúde a Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Segundo Dallari; Nunes Júnior, (2010, p. 73) o princípio do acesso igualitário, onde “pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive no que tange a exames de apoio ao diagnóstico, prazos, acomodações etc”.

As pessoas que possuem mesma necessidade devem ser tratadas com igualdade pessoas que possuem necessidades diferentes merecem tratamentos diferentes na medida de sua desigualdade a base da igualdade material de oportunidades na outorga de direitos.

### 2.3 IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E A SATISFAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Em igualdade de situações são ofertados serviços idênticos, ao tratar de igualdade devem-se frisar as diferenças sociais inevitáveis, o serviço de saúde pública deve estar a disposição do cidadão sendo ofertados e prestados pelo Estado. No entanto, cabe ao individuo utiliza-los ou não, um cidadão que depende do salário mínimo de onde retira sua subsistência, a este não seria dada outras possibilidades de satisfação da saúde.

Por via de consequência, a oferta da saúde básica deixa de prestigiar alguns serviços de interesse do cidadão de classe alta ou média que poderá se utilizar da rede privada, dentro desse cenário podemos começar a pensar em justiça social onde os direitos mínimos são ofertados a todos os cidadãos.

Por conseguinte ao adentrar nessa temática não se pode deixar de lado a teoria de Rawls a Igualdade Equitativa de Oportunidades:

na medida em que contribui para garantir a participação das pessoas no espaço público e, sobretudo, a realização de seus planos de vida. Na abordagem da equidade, o direito à saúde não é justificado a partir da (e pela) dignidade, mas sim com base na necessidade de garantir a igualdade de

oportunidades (RAWLS, 2003) e a distribuição equitativa dos riscos de doença (DANIELS, 2013).

A teoria criada por Rawls toma por base fatores social de desigualdades, com o objetivo de assegurar igualdade de oportunidades as pessoas de classe econômicas diferentes para que estas possam condições construir seu futuro. Enfatiza a concordância com o sistema meritório, a teoria é um importante passo para entender a necessidade de prestação social mínima assegurando o equilíbrio das desigualdades.

Porquanto, Daniels aprimorou a teoria ao adicionar as ponderações de Rawls os fatores sociais como fenômenos capazes de influenciar a saúde das pessoas, de fato um cidadão hipossuficiente financeiramente está em situações de exposição a doenças venéreas mais que um cidadão de boas condições financeiras.

Um cidadão hipossuficiente financeiramente é exposto em maior grau a situações que atentam a sua saúde pelas oportunidades de acesso a empregos mais insalubres, perigosos e danosos, carga de trabalho exaustiva, alimentação básica e moradia precária.

O cidadão de boas condições financeiras não necessita se expor a tantas situações de perigo, com moradia confortável, acesso a trabalhos que não exploram demasiadamente a força física e alimentação variada, potencializando as defesas do organismo.

De certo, quando o Estado deixa a disposição os serviços mínimos de saúde, garante a dignidade a todos, até mesmo os que não precisam se utilizar destes serviços, na necessidade estará o Estado provendo.

Entretanto, na prática mesmo a prestação á saúde sendo uma atividade concorrente com os serviços privados que vêm complementar os serviços, muitos são os que precisam e poucos são os recursos materiais para atender toda a demanda.

Dessa forma, o que ocorre é que as pessoas que necessitam de medicamentos indispensáveis a manutenção de sua vida no mais das vezes, vem a falecer pela falta do medicamento.

Os recursos advindos da cobrança de impostos como os repasses determinados não estão efetivamente sendo implantada com vistas a satisfazer as necessidades da população principalmente a carente de recursos, que não tem outra opção se não exigir do Estado o cumprimento da Constituição Federal de 1988.

. Com vistas a fundamentar ainda mais a teoria Rawls (2003), preconiza:

[...] o liberalismo político, considera que as políticas de saúde pública são importantes para a produção de efeitos distributivos, e, assim, para a promoção da justiça social, concebida por ele como a viabilização, pelo Estado, de igualdade de condições para que cada um desenvolva plenamente suas aptidões e alcance o status social devido, de acordo com o seu merecimento.

As teorias e suas abrangências são necessárias para compreensão dos direitos constituídos pelo liberalismo político sustentado pelas políticas públicas.

A ideia dos direitos humanos assegurados na competência internacional até os direitos fundamentais de competência interna são formas de empregar os direitos fundamentais para além do aspecto formal, mas, no contexto social onde deve-se buscar a oferta de oportunidades a todos os cidadãos.

Na efetividade da saúde pública, não pode ser analisada de forma diferente, um cidadão não hipossuficiente (nessa denominação é tratado àquele que não precisa se sustentar com um salário mínimo posto que, o salário mínimo é conforme a Constituição Federal de 1988, capaz de suprir as necessidades básicas do indivíduo) possui condições de adquirir determinados remédios que não estejam entre os considerados de alto valor mesmo que necessite fazer alguns sacrifícios.

Mas para o cidadão hipossuficiente que necessite de medicamentos considerados de alto valor são considerados assim os que onerem o cidadão retirando dele o básico para determiná-lo em uma situação de dignidade, nessa abordagem não se pode deixar de levar em consideração a população como um todo e os serviços indispensáveis a serem efetivados pelo Estado.

Nessa análise da dignidade da pessoa humana, segundo Ariza( 2001, p. 256):

A dignidade da pessoa humana exige atuações estatais positivas, prestacionais, além das clássicas abstenções impostas pelos direitos de liberdade; em outras palavras, a dignidade da pessoa não se satisfaz com os direitos de liberdade, exige a previsão e eficácia de direitos sociais que garantam as condições materiais de vida digna e de desenvolvimento da personalidade.(grifo nosso)

Na necessidade de prestação de medicamentos de alto valor, na perspectiva de dignidade humana até onde vai a força normativa do direito à saúde, quando a disposição de um único direito inviabiliza a efetividade de vários.

De maneira mais evidente, quando a necessidade um cidadão é capaz de onerar a folha do município implicando a sustação das demais atividades de saúde, a força normativa dos direitos sociais deve ser contextualizada, não pode ser analisada apenas na perspectiva de um direito individual, mas também no direito coletivo assegurando ao maior numero de pessoas.

Não se defende a tese na qual os direitos fundamentais individuais podem ser sacrificados com buscas a satisfazer os direitos fundamentais coletivos, mas se deve ponderar a forma de exigência desse direito visualizando a capacidade do órgão.

Sobre esse relação estabelecida entre os direitos individuais e coletivos, Dallari, (2010) dispõe:

Enquanto direito individual, a saúde valoriza a liberdade, autorizando as pessoas a fazer as escolhas que julgarem corretas e melhores para si, por exemplo, em que tipo de cidade pretende viver, suas condições de trabalho, a assistência médico-sanitária mais apropriada, o tipo de tratamento etc. A dimensão coletiva, por sua vez, enfatiza a igualdade ao estabelecer algumas limitações ao comportamento humano a fim de possibilitar que todos aproveitem igualmente das vantagens da vida em sociedade.

A diferenciação do Autor quanto aos direitos individuais e coletivos, ressurgem a histórica da evolução dos direitos onde foram reconhecidos os direitos de liberdade também conhecidos como direitos de 1ª geração e os sociais relacionados como de 2ª geração.

A esse respeito, pertinente evidenciar que não se aplica os direitos fundamentais de maneira isolada, 1ª ou 2ª geração, conforme entendimento doutrinário majoritário a nomenclatura geração não é suficiente para determinar

o histórico de evolução de direitos e sim, dimensões visto que, as gerações em evolução sedem espaço umas para outras sendo que nesse caso estas se completam.

### 3 CAPITULO II - AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

#### 3.1 O HISTÓRICO DO SURGIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

As políticas públicas referente a saúde e distribuição de medicamentos são importantes para o entendimento das decisões judiciais na área de distribuição de medicamentos, bem como a compreensão da fundamentação das decisões negativas ou positivas dos administradores públicos.

Dessa forma, inicia a destacar o histórico de políticas públicas relativas a saúde no Brasil, em meio aos abusos cometidos sobre os trabalhadores.

Em 1923 a Lei Eloy Chaves cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões, segundo Roncalli (2003, p. 49):

as CAPs eram organizadas por empresas, sendo administradas e financiadas por empresários e trabalhadores, os quais eram responsáveis por benefícios pecuniários, como serviços de saúde para alguns empregados de empresas específicas, em sua maioria de importância estratégica para a economia iniciativas já existentes de organização dos trabalhadores por fábricas.

O surgimento das Caixas de Aposentadoria e Pensões se deu entre movimentos grevistas de operários, um dos marcos iniciais na área da saúde, estas foram financiadas apenas por trabalhadores e empregadores dos setores de relevante influência na economia. Estas instituições ofereciam apenas os serviços de assistência médica-curativas e fornecimento de medicamentos de acordo com a contraprestação oferecida.

Ressalta Cohn, 1997:

Observa-se que essas categorias eram estratégicas para a economia do País e diretamente ligadas nesse momento ao processo de produção e reprodução de mercadorias, uma economia formada basicamente na monocultura do café voltada para a exportação.

As CAP's embora tenham sido um avanço na área da saúde eram limitadas aos setores de mão de obra que detinham maiores influência no mercado fortemente competitivo da indústria, deixando de lado as grandes reivindicações da população. O resultado das CAP's contradiz o desenvolvimento do Estado Social no qual o país estava se direcionando.

Em 1932 deu-se a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões sobre isto Cohn, (1997, p. 228) dispõe acerca do novo modelo de acumulação “[...] traz consigo um padrão de regulação social da relação capital/trabalho que associa política trabalhista, política sindical e política previdenciária”.

O padrão de industrial capitalista controlado pelo capital americano trouxe vários abusos aos trabalhadores que a criação dos CAP`s visou afastar qual seja, a busca do lucro pelo lucro da industrialização, sem a concessão dos direitos inerentes a relação empregatícia.

O cenário da busca de satisfação dos direitos sociais evoluiu as CAP`s com criação das IAP`s passando a incluir mais “segurados” aos planos de saúde para além de algumas categorias que ocupavam destaque para industrialização, passando a abarcar todas as categorias até as assalariadas tendo em vista a parcela de investimentos da União.

Com objetivo de unificar os IAP`s, mesmo com as resistências amplamente discutidas por parte das categorias de melhores condições financeiras, em 1965 foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) o primeiro Instituto público instituído como seguro obrigatório para as categorias profissionais.

Santos, (1991, p. 229) “[...] política de seguro social comandada pela necessidade de investimentos do Estado em setores básicos da economia, que dessem sustentação ao processo de industrialização”.

Nesse novo modelo vinculado às relações de emprego, de forma comparativa por meio da contextualização com os institutos passados, vislumbram-se: as CAP`s fundadas pelos trabalhadores de maior importância no mercado de exportação e importação, aqueles que não poderiam ser desprezados em suas reivindicações, sob pena de o país sofrer grandes abalos na economia, apesar dos privilégios que estes gozavam de possuir cuidados mínimos com relação à saúde, tudo era financiado em parte pelos descontos nos seus salários.

Por conseguinte, os IAP`s vieram para expandir esse cuidado à saúde a todos os trabalhadores, criados de acordo com as categorias profissionais, passando assim a ter cuidado com os trabalhadores de menores possibilidades

financeiras que por equidade não poderiam ficar a margem desse direito tão indispensável.

Com vistas a ampliar ainda mais o número de acessos ao sistema de saúde, o Estado por meio da União passou a contribuir para a efetividade desse direito por meio da previdência social, criando a contribuição obrigatória do trabalhador e empregador um forte passo para sedimentação do direito a saúde, contudo todos os institutos prestigiavam apenas trabalhadores, os segurados do seguro obrigatório do Estado.

Os institutos evoluem na proteção do trabalhador visando a implementação da justiça social, oferecendo proteção à saúde e igualdade no serviço disponível.

Contrariamente, Cohn, (1997, p. 230) dispõe sobre a influência econômica “[...] que se sobrepõe à sua dimensão de política social, seja como conquista dos trabalhadores a esses direitos sociais, seja como política compensatória das desigualdades sociais”.

O foco da atuação estatal ainda era a proteção do crescimento econômico, no entanto essas buscas desordenadas por desenvolvimento econômico teve que ceder às necessidades mínimas dos empregados, a força da economia estatal da época.

Em meados de 1970, as ações voltadas à distribuição dos medicamentos foram centralizadas com a criação do órgão federal na Central de Medicamentos (CEME). Porém, pouco foi alcance deste instituto que se limitou a distribuição de medicamentos tidos como básicos para a população e os demais medicamentos ficou a cargo do setor privado.

Por questões políticas, suas competências foram esvaziadas ficando assim inviável a sua manutenção por ausência de distribuição de medicamentos aos necessitados, um parâmetro de dignidade aos cidadãos da época.

Sobre este tema, Joncheere (1997, p. 54) lembra que:

[...] em razão do poder de compra do povo ser limitado, o setor privado limitou-se a promover medicamentos para as classes média e alta urbanas e o estado assumiu a

responsabilidade de adquirir, distribuir e dispensar os medicamentos pela Central de Medicamentos (Ceme), para o restante da população. Ao longo dos anos, a Ceme não cumpriu seu papel apresentando grandes problemas de ineficiência, liquidez, corrupção, incapacidade gerencial etc.

Em 1977 foi criado o Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS), e Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) dando início ao modelo de saúde universalista.

Destacando o cenário de criação modelo universal Lucchese,(1996, p. 84) assegura:

Para promover a descentralização do sistema de saúde foram desenvolvidas algumas propostas de unificação das redes federal, estadual e municipal nos anos 80. Era necessário incorporar o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), ao Ministério da Saúde. O INAMPS ficaria responsável pela assistência ambulatorial e hospitalar integral a toda a população. A Previdência deixaria de oferecer serviços de saúde e teria seu papel restrito ao gerenciamento dos benefícios de auxílio e aposentadoria.

O período de crise vivido pelo país, muitos trabalhadores desempregados mesmo com a centralização da arrecadação dos recursos por meio de um sistema universal ocorreu a diminuição de recursos e aumento da demanda já que, os não segurados passaram a integrar o sistema como beneficiários.

A separação dos institutos de saúde e de previdência social foi um importante passo para sedimentação do direito á saúde, assistência e previdência. O sistema da previdência estava exacerbado com muitas competências, além de exclusivo, contemplando apenas segurados nem todas as demandas de saúde nascem de relações empregatícias, necessitando de um forte apoio do Estado nessas circunstâncias.

No ano de 1987 foram criados Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) que avançou ainda mais as políticas públicas de saúde prevendo a descentralização das atividades para as outras esferas da administração pública, a implementação de distritos sanitários, e significativas transferências de investimentos federais diminuindo a necessidade

transferências aos setores privados, suprimindo a anterior ausência de estrutura pública.

O SUDS cria parâmetros que mais tarde foram sedimentados com a criação do SUS a previsão de acesso universal, distribuição de competências entre os entes públicos, destinação de verbas para a realização das atividades prioritariamente realizadas por órgãos públicos.

Por via de consequência, o CEME instituto criado com o objetivo de distribuição de medicamentos básicos para população, não cumpriu seu papel e foi extinto em 1997 um considerável retrocesso na política de medicamentos.

Para Bermudez (1997, p. 72):

[...] se, por um lado, entendemos que a política de medicamentos deve considerar três dimensões distintas mas permanentemente interagindo, que são o Estado, a própria indústria e a sociedade, por outro, também fica claro que a política de medicamentos envolve aspectos relacionados com a política de saúde e a política industrial. Estas políticas se encontram baseadas em diretrizes nem sempre compatíveis, mas em muitas oportunidades conflitantes entre si.

O Estado apesar de ter dado passos em favor da efetividade do direito a saúde no que se refere a distributividade de medicamentos aos necessitados com a CEME, a indústria calcada na venda e lucratividade não se fixava aos padrões de baixo custo necessários para a manutenção satisfatória pelo Estado, esses pontos enfatizados pelo autor como conflitantes entre si foram ignorados, o que desencadeou a desestabilização de fatores e a extinção do instituto.

Surgiu o Sistema Único de Saúde com o seu acesso universal e igualitário abarcando também as ações voltadas a distributividade de medicamentos deixando separar esse instituto voltado para a saúde pública.

Sobre o papel ocupado pelo SUS na saúde pública do país Noronha; Lima; Machado, (2012), assegura:

O SUS ocupa o papel de condutor da política pública de saúde no Brasil. Seus princípios e diretrizes orientam a ação de órgãos públicos de saúde em todo o território nacional, incorporando em sua estrutura espaços e instrumentos para a democratização da gestão e do processo de tomada de decisões.

O Sistema Único de Saúde resultado da satisfação do direito social à saúde organizou as atividades de saúde pública da população e a gestão de todos os serviços de forma democrática e descentralizada tornando acessível a todos.

Na Constituição Da República Federativa de 1988 foram estabelecidos os parâmetros mínimos destinados a saúde:

as necessidades individuais e coletivas são consideradas de interesse público e o atendimento um dever do Estado; a assistência médico-sanitária integral passa a ter caráter universal e destina-se a assegurar a todos o acesso aos serviços; estes serviços devem ser hierarquizados segundo parâmetros técnicos e a sua gestão deve ser descentralizada..

O interesse público voltado para o indivíduo em proteção a dignidade e ao ser social integrante de uma comunidade, a observância da obrigatoriedade de oferecimento dos serviços pelos entes públicos, organizando os entes de acordo com as competências que lhe são mais favoráveis.

O direito a saúde no âmbito coletivo com vistas a assegurar sérios riscos a saúde pública de toda a população ou até de um determinado grupo específico como os casos de uma enfermidade que se faz necessário um acompanhamento contínuo, encontra-se exposto a perigo que ausência de remessa de medicamentos para uma determinado localidade é capaz de resultar em um dano coletivo vultoso.

Dessa forma, coube a União a maior destinação de recursos, não retirando a obrigação de destinação de recursos por parte dos outros entes, a realização de atendimentos especializados também a cargo dos Estados e Municípios permitindo maior acessibilidade aos serviços.

Sobre a competência dada ao SUS dispõe Noronha; Lima; Machado, (2012):

A partir daí podem ser consideradas algumas dimensões em que o SUS se concretiza, a saber: as atividades, que levam em conta tanto o caráter individual quanto coletivo do direito à saúde, voltadas à promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação de agravos e doenças; os serviços, que são prestados no âmbito ambulatorial, hospitalar e nas unidades de apoio de diagnóstico e terapêutico, além do próprio ambiente domiciliar; os diferentes níveis de complexidade das ações, variando desde

vacinas e consultas médicas até cirurgias e outros procedimentos de maior complexidade; intervenções ambientais amplas, nas condições sanitárias e laborais, por exemplo; e nas instituições públicas competentes para executar o controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, sangue e hemoderivados e equipamentos para a saúde.(grifo nosso)

Nesse ponto, observamos à determinação de atendimento as demandas de medicamentos para os órgãos públicos e promoção pelo sistema de políticas públicas na área da saúde, além de uma série de competências todas a cargo do SUS.

O gerenciamento da saúde pelo SUS foi melhor plano criado, contrariamente mesmo com a descentralização do sistema para financiamento e promoção da saúde em percentual financeiro destinado para esses fins não está sendo suficiente para a plena satisfação do assegurado pelo texto constitucional de acesso universal.

Sobre o financiamento de recursos, dispõe Santos, (2007, p.381):

a atualização do financiamento federal segundo a variação nominal do PIB não vem sequer acompanhado o crescimento populacional, a inflação na saúde e a incorporação de tecnologias. Mantém o financiamento público anual per capita abaixo do investido no Uruguai, Argentina, Chile e Costa Rica e por volta de 15 vezes menor que a média do praticado no Canadá, países Europeus, Austrália e outros. Também é fundamental ter presente que a indicação de 30% do Orçamento da Seguridade Social para a Saúde, como era previsto nas Disposições Constitucionais Transitórias (DCT) da Constituição, era o mínimo para iniciar a implementação do SUS com Universalidade, Igualdade e Integralidade. Se tivesse sido implementada tal medida, hoje haveria R\$ 106,6 bilhões para o financiamento do sistema e não aos R\$ 48,5 bilhões aprovados para o orçamento federal de 2008. O financiamento do SUS é marcadamente insuficiente, a ponto de impedir não somente a implementação progressiva/incremental do sistema, como e principalmente de avançar na reestruturação do modelo e procedimentos de gestão em função do cumprimento dos princípios Constitucionais.”

A insuficiência de recursos devido a defasagem da política de financiamento de recursos em prol da saúde pública, o aumento populacional, os altos valores dos medicamentos são fatores que atrapalham a necessária justiça social através da igualdade.

A atualização dos gastos financeiros com a saúde com a necessária intervenção na política pública de financiamento de recursos pelos órgãos públicos são atitudes necessárias para a modificação do sistema de saúde que apesar de ter sido o melhor modelo criado e até então vigente encontra-se como relevantes problemas prestacionais.

Com objetivo de estabelecer o equilíbrio entre as necessidades dos hipossuficientes financeiramente que necessitavam de medicamentos, ocorreu uma significativa mudança na política de medicamentos assevera Negri,(2002):

Dessa forma, ficou estabelecido o arcabouço legal para a introdução de medicamentos genéricos no país, assegurando a oferta de medicamentos de qualidade e baixo custo no mercado e fomentando o acesso da população a estes medicamentos.

Foi permitida a formulação de medicamentos genéricos um avanço visto que, descentralizou a produção e garantiu a manutenção da qualidade daqueles com baixo custo.

O resultado da implantação de medicamentos mais baratos com a mesma qualidade melhorou a situação da distributividade dos medicamentos, mas de maneira transitória visto que a população continua crescendo a demanda aumentando e os investimentos que já nasceram defasados encontra-se em situação complicada.

A esse respeito, afirmava Carlos, (1997, p. 107):

[...] os medicamentos e os insumos farmacêuticos representam, em todos os países, um aspecto crucial das políticas de saúde e são responsáveis em grande parte pela capacidade resolutiva dos serviços prestados. A situação econômica de muitos países dificulta a disponibilidade destes produtos, gerando uma crise profunda nos sistemas de abastecimento de medicamentos, pelos ajustes macroeconômicos que tendem a reduzir o déficit e o orçamento destinado à saúde pública.

Conforme o disposto acima pode evidenciar o considerável orçamento necessário ser dispendido em favor das necessidades medicamentosas da população hipossuficiente que se repete em vários países e em muitos deles finda em desajustes financeiros.

As políticas públicas orçamentárias devem ser modificadas para atender as reais necessidades da população, principalmente, no que se refere as políticas de medicamentos que se encontram defasadas e incapazes de realizar de maneira satisfatória os seus designo sociais.

Assegura Luiza (2003, p. 301):

[...] o país desenvolve modelos bastante particulares quando considerado o cenário mundial, como é o caso da garantia de assistência terapêutica integral, incluindo a farmacêutica, como postulado legal (Lei Federal 8080/1990) da distribuição universal e gratuita de medicamentos no setor público, com especial sucesso quanto à distribuição de antirretrovirais para o Programa da Aids, atualmente tido como modelo para os países em desenvolvimento [...]. Outrossim, são frequentes na mídia as denúncias tanto de excesso de medicamentos, levando à imobilização de capital e à perda por vencimento, quanto de escassez, culminando sempre com a desassistência aos usuários e a interrupção de tratamentos, comprometendo a resolutividade das ações de saúde. Somam-se a estes problemas aqueles ligados ao uso não racional de medicamentos, que além de contribuir sinergicamente para o desperdício, pode causar sérios problemas tanto no nível individual como no coletivo, como é o caso da emergência de cepas de microrganismos resistentes aos antibióticos disponíveis.

Os sistemas de distribuição de medicamentos de acesso universal de outros países são fatores de relevante análise para entender o caminho a ser percorrido para o reestabelecimento do equilíbrio financeiro do nosso país, em matéria de saúde pública, devendo ser repensadas as decisões administrativas em comunhão com o orçamento disponível.

O objetivo primordial do sistema é afastar as negativas de medicamentos indispensáveis a manutenção da saúde e as demora desarrazoadas que tem implicado em desistência dos pacientes.

O setor privado em via de contrariedade encontra-se insatisfeito com a competitividade e conseqüente redução dos lucros, pugna por aumento dos critérios de distributividade, pois os excessos lhes impõe uma relevante perda financeira. No entanto, apesar de o setor farmacêutico ter visto seus lucros razoavelmente diminuídos não podem alegar uma crise do mercado visto que as políticas medicamentosas existentes não estão sendo capazes sequer de atender as demandas urgentes para hipossuficientes

Por outro lado, o desajuste orçamentário não é capaz de inviabilizar totalmente a distribuição de medicamentos, existem setores prósperos e tidos como referência na prestação de medicamentos como é o caso do tratamento da AIDS, um verdadeiro modelo a ser seguido entre fracassos na busca do ideal.

Sobre isso, dispõe Bonfim (2008):

Entretanto, ainda permanecem inúmeras denúncias referentes ao excesso e à falta de medicamentos nos serviços públicos de saúde, determinando, entre outras consequências, o aumento de ações judiciais contra os gestores do SUS.

Os órgãos gestores dos SUS devem controlar a demanda de medicamentos só requerendo os medicamentos que são necessários para que não ocorra a desestabilização do sistema tanto para o setor público como para o privado implicando prejuízos e despreço com o vencimento dos medicamentos.

## 4 O CONTROLE DO JUDICIÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

### 4.1 O CONTROLE JUDICIAL EM DEMANDAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

A possibilidade de dar efetividade as políticas públicas de distribuição de medicamentos pelo Poder Judiciário é questionada com os seguintes argumentos relevantes retirados da análise jurisprudencial:.

Nesse sentido, relevante se faz traçar a distinção da competência que incumbe a cada um dos poderes, ao Legislativo incumbe as funções típicas de legislar inovando na ordem jurídica e fiscalizando conforme os artigos 58, 59, 70 e 75 da Constituição Federal. O executivo por sua vez, aplica a lei ao caso concreto administrando a coisa pública e ao judiciário cabe resolver os conflitos com força definitiva aplicando o direito ao caso concreto.

Sobre a separação dos poderes Montesquieu (2008, p. 67-68) dispõe:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: **o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.**

A reunião dos poderes em um órgão constitui a Monarquia, a divisão harmônica de Poderes é indispensável ao Estado de Direito, considerar a figura do juiz como um meio de efetivação de direitos é permitir que este exerça a atividade que lhe incumbe.

Alexy, (2002, p. 491):

[...] de acordo com os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não recai na competência dos tribunais de justiça mas nas mãos do legislador diretamente legitimado

pelo povo', de forma que '[...] os tribunais podem decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais só se o legislador já houver decidido.

De forma comparativa, contextualiza o caminho a ser percorrido por um indivíduo para ingressar no Poder Legislativo que se faz mediante eleição do povo. Diferentemente do que pretende ingressar na magistratura devendo cumprir os seguintes requisitos: ser bacharel em direito, possuir 3 anos de atividade jurídica, possuir idoneidade moral, reputação ilibada, se submeter e obter aprovação em todas as fases do concurso de provas e títulos (objetiva, subjetiva, prova de sentença, prova oral e sindicância da vida pregressa e avaliação de títulos).

Dessa forma, espera-se de um juiz capacidade na interpretação das leis e o direito julgando dentro dos ditames jurídicos sem invadir a competência dos outros poderes. Por esse viés a limitação de julgamento nos casos em que exista omissão legislativa é interpretação ultrapassada.

A decisão judicial determinando a forma na qual os outros poderes deverão suprir as faltas e efetivarem os direitos que nasceram com aplicabilidade imediata tais como a saúde, é atividade típica de controle do judiciário.

Canotilho (2003, p. 1177), sobre a obrigatoriedade da implantação das normas programáticas dispõe:

(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.

A determinação constitucional da efetivação do direito a saúde vincula todos os poderes, órgãos e entes, a criação do Estado de Direito necessita da vinculação dos poderes quanto aos direitos por ela reconhecidos, a base da segurança jurídica e da própria existência da democracia.

Ao legislativo compete o estabelecimento dos parâmetros de ordem financeira e legal com a identificação dos responsáveis pelo financiamento dos

serviços na proporção de SUS possibilidades muitas delas já previstas na Constituição Federal de 1988.

A instituição e o funcionamento do SUS, um sistema descentralizado que permitindo a participação de todos os entes segundo as atividades que lhe são mais favoráveis execução foi um marco diferencial na saúde pública.

Os órgãos públicos são responsáveis por concretizar as normas programáticas atuando em sintonia dentro das suas competências e sem omissões. Se o sistema realmente tivesse sendo observado não precisaria da intervenção do judiciário nas políticas públicas que tem se tornado indispensável.

Nesse sentido, dispõe Streck,(2000, p. 44):

se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

O Estado passou do ideal Absolutista para Liberal suprimindo o ideal da época, momento em que os administrados reconheceram a importância e a necessidade de um Estado Intervencionista possuindo obrigações para com os administrados mediante prestações positivas. Enfatiza-se que quando um poder não cumpre com o seu papel, existe a desestabilização do sistema com a quebra da harmonia, os ideais do Estado de Direito que presam pela justiça social.

Diferentemente do posicionamento já elencado onde ao Judiciário só caberia manifestação sobre o que o Legislativo já legislou, assegura-se que cabe ao judiciário intervir quando se trata de omissão desarrazoada dos poderes.

As normas programáticas foram criadas para serem cumpridas pelos poderes, estes não podem se esquivar do cumprimento de determinações

constitucionais, a ausência de políticas públicas para cumprimento de direitos constitui causa para a intervenção do judiciário de forma legítima.

Sarmiento, (2008, p. 580), sobre a proteção judicial dos direitos sociais preconiza:

Estes por serem garantidos pelo Estado por meio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial. Sustenta que os direitos sociais por constituírem autênticos direitos e, nesta qualidade, podem e devem ser assegurados pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou arbitrariedades das autoridades competentes.

Os direitos sociais são implantados por meio das políticas públicas que versam sobre a destinação dos recursos e meios concretos de dar-lhes efetividade, o poder ou até mesmo os órgãos que causarem embaraços ao gozo deste direito tanto na forma omissiva quanto na comissiva deverá ser submetido ao Poder Judiciário.

Ao judiciário é dada a função de controle, se os poderes fossem absolutamente independentes sem a harmonia, como seriam controladas omissões e até mesmo as ações ilegais? Cada Poder agiria segundo o seu interesse, o que prejudicaria o bem estar social.

Barroso (2010, p. 875):

O excesso de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, na tentativa de se efetivarem as garantias constitucionais do direito à saúde, acaba muitas vezes impedindo a realização prática do texto constitucional. Observa-se a concessão de direitos e garantias a alguns jurisdicionados em detrimento de outros que continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

A sociedade vê no judiciário, diante que tantas omissões legislativas e corrupções administrativas a esperança da justiça social, dessa forma este tem sido provocado a tomar uma decisão sanando as irregularidades na aplicação das políticas públicas.

Entretanto, o Judiciário mesmo possuindo poderes para controlar a ações e omissões dos demais poderes baseadas na ordem jurídica constitucional, na implantação do direito á saúde umbilicalmente ligado aos direitos humanos e a própria existência de dignidade, tendo em vista a

dignidade da pessoa humana muitas etapas administrativas burocráticas precisam ser modificadas para atender do direito de forma imediata.

A efetivação de políticas públicas não é incumbência do Judiciário, mas excepcionalmente por omissão dos outros poderes e como necessidade ao bom desempenho da sua competência necessitam da implantação de políticas públicas.

Em decisão do Recurso Especial 1.185.474/SC o Ministro Humberto Martins Relator (2010), explanou:

A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. (REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 29.4.2010.)

Durante muito tempo, foi questionado se a implantação de políticas públicas era um ato discricionário dependendo da análise do Poder público que decorria unicamente da vontade política.

Entretanto, dada a natureza do direito questionado não seria razoável deixar a critério do Administrador público o que melhor atende o interesse público, concedendo-o a possibilidade de afastar a efetividade de direitos fundamentais.

Em concordância com a doutrina, as decisões dos principais Tribunais demonstram a indiscutível força do direito social a saúde, a ausência de discricionariedade do Executivo na implantação de políticas públicas, a resolução das situações onde há ausência de disponibilidade financeira por parte do ente e a desestrutura orçamentária dos entes.

De forma complementar dispõe Fonte, (2003, p. 91-126):

Assim, a própria gestão pública passa a ser afetada pelas transformações contemporâneas do Estado (SANTOS, 2011), surgindo a necessidade do gestor público não somente lidar, de forma racional, razoável e eficiente, com as decisões judiciais que influenciam diretamente seu cotidiano, mas também de identificar possíveis falhas na política pública, evidenciadas pela judicialização.

Os poderes na ordem constitucional foram criados para caminhar em harmonia e melhor atender as necessidades, pode-se notar o protagonismo do Poder Executivo na atividade interventiva do Poder Judiciário, isto porque em políticas públicas de saúde o Poder Legislativo já formou um arcabouço legal, não isentando o controle na atividade legislativa quando da sua omissão.

Em provimento judicial a Corte Constitucional em interpretação ao princípio da separação dos Poderes, entendeu nos autos da ADPF-45 que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.)

A jurisprudência em 2004, ou seja, a mais de dez anos, caminha no sentido da efetivação dos direitos sociais e do controle jurídico dos encargos político-jurídicos dos poderes omissos por meio dos instrumentos processuais idôneos.

Por outro lado, a incumbência de formular e programar políticas públicas permanece nas mãos dos Poderes Legislativo e Executivo cabendo ao Poder Judiciário apenas, excepcionalmente, instituir a observância das cláusulas programáticas do sistema, a fim de garantir a integralidade e gozo dos direitos fundamentais na perspectiva individual e coletiva.

Além disso, a jurisprudência admite o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário na análise do direito à saúde em distribuição de medicamentos, vejamos:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.[...]" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).Agravo

Como disposto anteriormente, os Poderes não podem se omitir dos deveres instituídos pela Constituição Federal de 1988, no caso de omissão cabe ao Judiciário o controle, a atividade jurisdicional de controle decorre das omissões sendo necessário o estabelecimento de um processo com todas as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito avaliando as motivações da insurgência dos administrados a situação.

A separação dos poderes não deve servir como fundamento a impedir o controle judicial, criado para a melhor convivência dos poderes, não impondo separação completa das funções dos poderes que em alguns pontos se unem nas chamadas funções atípicas, um instrumento necessário para a garantia da proteção dos direitos fundamentais e mais ainda uma garantia ao indivíduo e a sociedade.

Do mesmo modo, dispõe-se sobre os argumentos levantados pelo Poder Executivo de ausência de recursos materiais que inviabilizam as possibilidades dos entes realizarem o que é necessário à efetivação do direito individual ou da coletivo baseados no princípio da reserva do possível.

Nesse interim o primeiro argumento tem sido quase que totalmente rechaçado, porém o segundo tem sido acolhido desde que demonstrado a insuficiência material concretamente, a mera argumentação dissociada de provas não é capaz de elidir a eficácia imediata do direito.

Dessa forma, a jurisprudência advinda do Tribunal de Justiça do Ceará:

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES

INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. CRIANÇA DE SEIS ANOS DE IDADE. SÍNDROME DE LOWE. FAMÍLIA CARENTE. SUPRIMENTOS IMPRESCINDÍVEIS À MANUTENÇÃO DA SAÚDE. DIREITO À VIDA. MÁXIMA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. a obrigação jurídica de fornecer atenção necessária à manutenção da vida de um SER HUMANO não se trata de ampliar política pública de saúde, e sim corrigir omissão do Estado, em tão-somente aplicar tal política. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. PRECEDENTES DESTA RELATORIA (AC N. 0057754-74.2008.8.06.0001, N. 0040795-86.2012.8.06.0001, AI n. 0010612-72.2011.8.06.0000 E OUTROS). RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, nos termos do voto do Relator, que passa a integrar este acórdão. Fortaleza, 16 de fevereiro de 2016 DURVAL AIRES FILHO Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR DURVAL AIRES FILHO Relator PROCURADOR DE JUSTIÇA(TJ-CE - APL: 00882083320158060117 CE 0088208-33.2015.8.06.0117, Relator: DURVAL AIRES FILHO, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/02/2016)

Na decisão jurisprudencial, demonstrando o afastamento da alegação de insuficiência de recursos e reafirmada à máxima constitucional de aplicabilidade imediata de direitos sociais bem como, evidenciada a ausência de ingerência do judiciário na Administração pública, concede ao cidadão o gozo de direitos indisponíveis que lhe faltavam efetividade por meio do procedimento jurídico cabível.

Assinala Canotilho, (2004, p. 73):

o cidadão, ao disfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

A possibilidade do cidadão pleitear tutela frente a uma situação que entende lhe ser prejudicial, é assegurar uma garantia de proteção dos direitos, o inverso disso seria um sistema absolutamente independente, mas autoritário onde suas decisões não poderiam ser questionadas deixando o indivíduo de mãos atadas frente as ausências existentes.

O homem só pode ser considerado sujeito de direitos quando pode usufruir das suas liberdades sejam estas na abordagem individual ou coletiva impedir a discussão em sede de processo judicial sobre decisões, atitudes ou omissões é subtrair do indivíduo do exercício do seu direito a liberdade, personalidade e vida digna.

Como acentua Reale, (1994, p. 196):

não resta dúvida que a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos— para a qual foi criada uma nova ação, a ‘ação civil pública’, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24-07-85, põe in esse uma nova categoria de julgamento, no qual considerações de natureza sociológica, ecológica, ética e política não podem ser abstraídas, importando, ao contrário, um juízo concreto de valor, através do qual se faz o balanceamento entre o que exige a sociedade e aquilo que é salvaguardado constitucionalmente aos indivíduos e suas entidades associativas.

Sobre as tutelas processuais de controle de políticas públicas por meio do judiciário tem um importante instrumento coletivo amplamente utilizado pelo Ministério Público e Defensoria Pública de forma mais restrita com a abordagem apenas aos hipossuficientes.

Como enumera o autor, foi um grande avanço visto que os parâmetros decisórios foram alterados passando a caber no julgamento discussões sociológicas, éticas, políticas entre outras, o que facilita um julgamento justo que se aproxima da realidade da sociedade.

Dessa forma, pode avaliar as prioridades sem deixar de prestigiar os valores consagrados constitucionalmente que precisam de uma atenção especial para o atendimento dos interesses individuais e coletivos sem dispensar a ajuda dos especialistas na área em questão e entidades.

Sobre instituição do Judiciário se questiona a legitimidade por implantação de políticas públicas para além do fundamento da separação dos poderes como já foi disposto, mais também da própria idoneidade da instituição, pondera Owen Fiss (2004, p. 115):

a especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essas duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência – e não da concordância do povo com decisões particulares ou de sua

capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos.

Neste sentido ressalta-se para além das garantias inerentes ao processo tais como contraditório, e ampla defesa bem como a adesão das instituições no dialogo interdisciplinar trazendo a situação além do direito, mais outros fatores sociais que intervém e influenciam no resultado.

O judiciário diferentemente dos outros poderes que precisam se posicionar de forma a obter a concordância dos seus representados, é independente podendo mais facilmente efetivar a justiça social mesmo vindo a desagradar indivíduos e quando necessário pode vir a remover os indivíduos retirando do serviço público aqueles que não o prestam dentro dos ditames jurídicos e legais.

Ensina Franco Sobrinho (1980, p. 113):

A questão está em saber onde começa o poder para a prática de atos discricionários e onde termina, porque esta é uma questão jurídica e não de simples apreciação administrativa, já que fora dos limites permitidos o ato praticado adquire flagrante ilicitude.

No exercício de cada poder existem liberdades e limites, o exercício de direitos fundamentais tais como o direito á saúde por meio da distribuição medicamentosa não pode ficar condicionada a mera análise discricionária do poder executivo na atividade administrativa que encontra limites a discricionariedade frente aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, demonstrada a necessidade da prestação positiva estatal diante de uma situação que envolve cidadão hipossuficiente financeiramente que implica normalmente hipossuficiência em todos os sentidos, principalmente quando se trata de demanda de saúde onde o provimento jurisdicional pode resultar na manutenção da vida do indivíduo.

Franco Sobrinho (1980, p. 113):

No melhor entender, figurada a relação entre causa e finalidade, o abuso da potestade discricionária' equivale a uma extralimitação', devendo a Administração, para que o ato seja lícito, respeitar as limitações externas diante da finalidade e as internas que se impõem no regime de competência.

Discorre o autor, evidenciando que demonstrado o desvio no exercício da função entre a causa e a finalidade pela atividade discricionária ocorre ilegalidade passível de ser sanada pela via judicial, o ato só pode ser considerado lícito quando respeitado os limites do seu exercício fundamentado nas limitações do interesse público e de observância dos direitos assegurados pelo Estado.

Nessa análise, Ariza (2001, p. 256):

A dignidade da pessoa humana exige atuações estatais positivas, prestacionais, além das clássicas abstenções impostas pelos direitos de liberdade; em outras palavras, a dignidade da pessoa não se satisfaz com os direitos de liberdade, exige a previsão e eficácia de direitos sociais que garantam as condições materiais de vida digna e de desenvolvimento da personalidade.

Assim assegurando o exercício do direito onde o cidadão tem a liberdade de pleitear e ver afastada a situação que lhe prejudica e encontra-se fora dos parâmetros jurídicos do Estado de Direito a fim de obter as prestações que lhe são asseguradas no próprio texto constitucional e que lhe concedem o mínimo de dignidade para o exercício de uma vida socialmente justa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a viabilidade da efetivação do direito á saúde em distribuição de medicamentos pelo Judiciário percorreu-se o histórico da criação dos direitos fundamentais, o surgimento do Estado Social até a análise do direito a saúde atual.

A saúde é um direito constitucional garantido a todos e, além disso, todos os entes federativos deverão provê-lo, destinando parte de seus recursos de maneira que possa garantir o que a Constituição da República determina.

Os recursos advindos da cobrança de impostos como os repasses determinados na Constituição da República e normas esparsas que constituem o arcabouço legal na área de saúde, não estão efetivamente sendo implantados com vistas a satisfazer as necessidades da população na área da saúde.

O órgão jurisdicional foi criado com o objetivo de resolver conflitos lhes dando um provimento definitivo, analisar e controlar as políticas públicas são competências típicas dos outros poderes o Legislativo e o Executivo.

Dessa forma, o controle jurisdicional de políticas públicas aparece no Estado de Direito como um meio capaz de satisfazer as omissões dos outros poderes bem como, as atividades ilícitas que negam as prestações positivas mínimas.

O direito á saúde por ser um direito de aplicação imediata não deve ser usurpado por quem quer que seja, e sob nenhum argumento destituído de concretude, conforme as jurisprudências amplamente discutidas e comentadas, duas argumentos merecem destaque em demandas, levantados com objetivo de afastar a obrigação de efetivação do direito á saúde: a separação dos poderes e reserva do possível orçamentária.

A separação dos três poderes foi demonstrada como ultrapassada diante da jurisprudência que é enfática em determinar a separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si. Assim, o controle judicial nas políticas públicas que impõe a distribuição de medicamentos aos necessitados

é um meio de exercício das funções atípicas do Poder Judiciário, conforme a separação dos poderes de Montesquieu.

A reserva do possível orçamentária levantada pela Administração Pública como empecilho na satisfação das necessidades do cidadão, observado os limites orçamentários, deve ser analisada em conjunto com a carga probatória sendo necessária a reserva do possível fática, assim considerada a demonstrada concretamente e não apenas como argumento de autoridade.

A ponderação dos entraves formais de ordem orçamentária se mostrou um caminho necessário para disponibilizar aos particulares os direitos que minimamente lhes são assegurados, fundado na perspectiva de dignidade humana.

Neste sentido, determinam-se os ideais do uso do princípio da dignidade da pessoa humana ao analisar as distinções fáticas e jurídicas que facilitam a busca pela efetividade do direito, percebeu não convir ao administrador público colocar no mesmo nível de prioridade uma demanda de primeira necessidade que na ausência de medidas imediatas resultaria em morte com uma demanda de segunda necessidade, na qual o prejuízo máximo seria um desconforto momentâneo.

De acordo com o estudo e a análise do questionamento que fundamenta toda a pesquisa, o Judiciário não é o meio idôneo para efetivação as políticas públicas sociais, visto ser o caminho necessário a efetivação dos direitos sociais a criação de direitos inovando na ordem jurídica competência do Legislativo e a efetividade dos direitos normatizados competência do Executivo que administra a coisa pública.

De maneira mais específica, as políticas públicas de distribuição de medicamentos criadas pelo Legislativo e aplicadas pelo Executivo, o Judiciário não participa desse caminho apenas o integrar quando o sistema que se encontra com relevantes problemas.

Dessa forma, diante da urgência, possibilidade de causar danos de difícil ou irreparável satisfação, a burocracia das políticas públicas de financiamento de recursos, as negativas de medicamentos indispensáveis à

manutenção da saúde, as desarrazoadas esperas que tem implicado óbito na ausência do medicamento, o interesse público voltado para o individuo em proteção a dignidade, como ser social integrante da sociedade e na observância da obrigatoriedade de oferecimento dos serviços pelos entes públicos, ideias do Estado que precisam ser efetivamente satisfeitos.

Destarte é dado ao judiciário o controle da efetivação dos direitos fundamentais, tendo em vista a ausência de implantação do órgão competente como determinado pela Constituição Federal em distribuição medicamentosa não devendo ficar meramente ao arbítrio do Órgão Executivo, observada a necessidade versus possibilidade na prestação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARIZA, Santiago Sastre. **Hacia una teoría exigente de los derechos sociales**. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 112, p. 253–270, jun. 2001.

Aron, R. **Essaisurles libértés**. Paris, Calmann-Uvy, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza(Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERMUDEZ, J.A.Z. **Produção de medicamentos no setor governamental e as necessidades do Sistema Único de Saúde**. In: BONFIM, J.R.A.; MERCUCI, V.L. (Org.). A construção da política de medicamentos. São Paulo: Hucitec, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONFIM, R.L.D. **Agenda única de saúde: a busca do acesso universal e a garantia do direito à saúde**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IscScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=Ink&exprSearch=492279&indexSearch=ID>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016 .

BRANCO, Paulo G. G; MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 12 de janeiro de 2016

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em 23 de novembro 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474/SC**. Relator: MARTINS, Humberto. Segunda Turma. Publicado no DJ 29.4.2010. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recursospecial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>. Acesso em 10 de março de 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 771.537/RJ**. Relator: CALMON, Eliana. Segunda Turma. Publicado no DJ 3.10.2005. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acesso em 10 de março de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 45 MC/DF**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 4.5.2004. Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>. Acesso em 10 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal De Justiça Do Ceará. **Apelação nº 00882083320158060117**. Relator: FILHO, Durval Aires. 7ª Câmara Cível, Publicado no DJ de 16/02/2016. Disponível em: <http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310155899/agravo-de-instrumento-ai-6268265020158060000-ce-0626826-5020158060000/inteiro-teor-310155921>. Acesso 10 de março de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e défice procedimental**. In Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARLOS, I.C.C. **O sistema integral de assistência farmacêutica no Ceará**. In: **BONFIM, J.R.A.**; **MERCUCCI, V.L.** (Org.). A construção da política de medicamentos. São Paulo: Hucitec, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

COHN, Amélia. **Mudanças econômicas e políticas de saúde no Brasil**. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.); revisão técnica de COHN, Amélia; tradução de CONTRERA, Rodrigo Leon. Estado e políticas sociais no neoliberalismo. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

CORDEIRO, Guilherme Prata Garcia; JUNIOR, Renê Bernardes de Souza. **Judicialização da saúde pública no Brasil: A (im) provável convergência da**

reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso. Disponível em: <.revistas.uniube.br/index.php/ddc/article/download/850/1089>. Acesso em 23 novembro 2015

DALLARI, S. G. **Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, 2010.

DALLARI, S.G; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANIELS, N. **Justice and access to health care**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Spring 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/justice-healthcareaccess/>>. Acesso em: 10 janeiro de 2016.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **A eficácia do direito social à saúde**. Revista Ética e Filosofia Política ,Nº 16 ,Vol 1 , junho de 2013. Disponível em <[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16\\_1\\_melquiades.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_melquiades.pdf). >Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

ENGELMAN, Fabiano; FILHO, Marcio Camargo Cunha. **Ações judiciais, conteúdos políticos**: Uma proposta de análise para o caso brasileiro. Revista De Sociologia e Política, v. 21, nº 45: 57-72, Mar. 2013. Rev. Sociol. Polít., Curitiba. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a06v21n45.pdf>>. Acesso em 24 novembro 2015

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JONCHEERE, K. **A necessidade e os elementos de uma Política Nacional de Medicamentos**. In: BONFIM, J.R.A.; MERCUCI, V.L. (Org.). A construção da política de medicamentos. São Paulo: Hucitec, 1997. p. 381.

KUGUIMIYA, Luciana Lie. **Política pública de distribuição de medicamentos**: decisões do STF e STJ. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3494, 24 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23532>>. Acesso em: 24 novembro 2015.

LUIZA, V. L. **Acesso a medicamentos essenciais no Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. Escola Nacional de Saúde Pública, 2003.

LOPES, Nairo José Borges. **A judicialização da política pública de medicamentos**: o direito à saúde entre a dignidade e a equidade. Disponível em: <[http://www.unifalmg.edu.br/ppgps/sites/default/files/ppgps/trabalhos/2014/Dissertação\\_Nairo.pdf](http://www.unifalmg.edu.br/ppgps/sites/default/files/ppgps/trabalhos/2014/Dissertação_Nairo.pdf)>. Acesso em 24 novembro 2015

LUCCHESI, P.T.R. **Descentralização do financiamento e gestão da assistência à saúde no Brasil: a implementação do Sistema Único de Saúde: retrospectiva 1990/1995**. Brasília: IPEA, dez. 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORITZ, Gilberto de Oliveira; RIBEIRO, Josiane da Silveira; SABINO Mileide Marlete Ferreira Leal. **Judicialização da Saúde: direitos coletivos versus direitos individuais**. Disponível em <<http://gsp.cursoscad.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2013/03/Anais-GSP-Volume-4-Artigo-6.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

NORONHA, J. C de; LIMA, L. D. de; MACHADO, C. V.. **O sistema único de saúde – SUS**. In: GIOVANELLA, L. et al. (Org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PRADO, Ana Paula Barroso De Salles Paiva. **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Disponível em <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/22.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

RAWLS, J. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **O judiciário a serviço da sociedade**, in *Ajuris*, nº 62. Porto Alegre: *Ajuris*, novembro/1994, p. 196.

RONCALLI, Angelo Giuseppe **O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do Sistema Único de Saúde**. In: Antonio Carlos Pereira (Org.). **Odontologia em Saúde Coletiva: planejando ações e promovendo saúde**. Porto Alegre: ARTMED, 2003.

SANTOS, Boaventura. **Ciência**. In: CARILHO, Manuel M. (Dir.). **Dicionário do pensamento contemporâneo**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO,

Daniel. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.