

Bárbara Mattos Deucher

ATIVISMO E DIREITO À SAÚDE:

PARÂMETROS PARA UMA INTERVENÇÃO
JUDICIAL CONSENTÂNEA AO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO



Editora
DIN.CE

Bárbara Mattos Deucher

**ATIVISMO E DIREITO À SAÚDE:
PARÂMETROS PARA UMA
INTERVENÇÃO JUDICIAL
CONSENTÂNEA AO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO**



Fortaleza-CE

2ª edição

2022

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

DEUCHER, Bárbara Mattos

ATIVISMO E DIREITO À SAÚDE: PARÂMETROS PARA
UMA INTERVENÇÃO JUDICIAL CONSENTÂNEA AO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2022 – 116p. Impresso

ISBN 978-85-7872-547-1 - DOI: 10.56089/978-85-7872-547-1

1. Direito Constitucional. 2. Ativismo I. Direito à Saúde

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

APRESENTAÇÃO

O direito à saúde, elevado à condição de preceito fundamental pela Constituição Federal de 1988, depende de uma atuação positiva do Estado, o qual tem o dever de assegurá-lo por meio de políticas públicas.

Em consonância com a previsão constitucional, instituiu-se o Sistema Único de Saúde, cujos serviços são orientados por princípios e diretrizes, como o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde.

Levando-se em conta a notória escassez dos recursos destinados ao SUS e a expressiva e crescente interferência judicial nas políticas públicas de saúde, a análise judicial dos pedidos de dispensação gratuita de medicamentos e tratamentos experimentais ou de alto custo requer a observância de alguns critérios, a fim de evitar decisões incompatíveis com as políticas públicas já estabelecidas, desnecessárias ou desarrazoadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 Estado Constitucional de Direito	11
1.2 Neoconstitucionalismo.....	19
1.2.1 Constitucionalização	25
1.3 Ativismo Judicial	27
2. DIREITO À SAÚDE.....	35
2.1 Direitos Sociais	35
2.1.1 Problema da eficácia e efetividade das normas sociais	41
2.2 Seguridade social como instrumento de concretização do direito à saúde.....	48
2.2.1 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988....	49
2.2.2 Sistema Único de Saúde – SUS	54
2.3 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA.....	59
2.3.1 Política Nacional de Medicamentos.....	60
2.3.2 Medicamentos excepcionais	65

2.3.3 Medicamentos experimentais.....	70
3. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE.....	77
3.1 A aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro à intervenção judicial no âmbito das demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos.....	78
3.2 A aplicação do princípio da razoabilidade como limite à atuação jurisdicional na concretização do direito fundamental à saúde nas lides envolvendo a concessão de medicamentos.....	87
3.3 A ponderação do mínimo existencial como critério de avaliação do direito prestacional à saúde nas lides que versam sobre o fornecimento de medicamentos.....	92
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca, sob uma perspectiva neoconstitucionalista, definir parâmetros para a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde. Uma das questões centrais do debate contemporâneo diz respeito aos limites de tal interferência judicial na concretização do direito fundamental à saúde.

O primeiro capítulo inicia com uma incursão pelo contexto histórico que precedeu o surgimento do Estado Constitucional de Direito, evoluindo para a análise concisa das características desse novo modelo institucional.

Além disso, após percorrer o processo histórico que ensejou e contribuiu com o advento do Estado Constitucional de Direito, o capítulo inicial do trabalho faz considerações acerca do novo paradigma que, intrinsecamente relacionado às transformações engendradas a partir da segunda metade do século XX, oferece um método mais atual e eficiente de interpretação do direito: o neoconstitucionalismo. Por fim, verifica-se que o novo direito constitucional abre espaço para o fenômeno denominado ativismo judicial, caracterizado por uma interferência constante do judiciário na concretização e efetivação do texto constitucional.

Por sua vez, o segundo capítulo aborda o direito à saúde em si e as políticas públicas destinadas a sua concretização. Nesse passo, discorre-se de forma genérica acerca dos direitos fundamentais, com um breve retrospecto de suas principais gerações ou dimensões, atribuindo especial relevância aos direitos de segunda dimensão, no

bojo do qual se insere o direito fundamental à saúde. A *posteriori*, discute a problemática da eficácia das normas constitucionais que, de cunho programático, disciplinam as garantias sociais.

Ainda no segundo capítulo, discutem-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais que, contidas no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinam o direito à saúde, complementando com uma digressão histórica acerca do processo de constitucionalização desse direito na carta magna de 1988. A seguir, atenta-se à seguridade social e seu papel como instrumento da concretização do direito à saúde, além de, como não poderia deixar de ser, adentrar nas instâncias políticas e institucionais que lhe correspondem na prática contemporânea: o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Política Nacional de Medicamentos.

Já o último capítulo pondera o entrecorte das temáticas, discorrendo sobre a os limites de atuação do Poder Judiciário, cuja interferência deve observar alguns parâmetros, pois ao mesmo tempo em que lhe incumbe garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, não se mostra razoável compelir o Estado ao fornecimento de toda e qualquer prestação material requerida em juízo.

CAPÍTULO 1

ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Estado Constitucional de Direito

Como bem pontua o doutrinador Luís Roberto Barroso, é possível identificar, ao longo da história, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito, reservando-se, em cada um desses períodos, um papel específico ao Direito, à ciência jurídica e à jurisprudência (BARROSO, 2015).

Ainda de acordo com o autor, o Estado constitucional de direito, aqui objeto de estudo, desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial, tendo por característica principal a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida (BARROSO, 2015).

Até então, vigorava um modelo identificado como Estado legislativo de direito (ou Estado de direito clássico), cujo texto constitucional era compreendido essencialmente como um documento político, de forma que as normas não eram aplicadas diretamente, dependendo do desenvolvimento por parte do legislador ou do administrador (BARROSO, 2013). Além disso, inexistia qualquer controle de constitucionalidade por parte do Judiciário, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento (BARROSO, 2013).

Nesse vértice, a lei é tida como a expressão da vontade geral e o legislador visto como infalível, sendo a sua atuação insuscetível de controle. Dessa forma, a construção do Estado legislativo assentou-se “sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade” (BARROSO, 2015, p. 278).

Nesse ponto, oportuna a lição de Luís Roberto Barroso (2015, p. 278):

A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. A jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.

Dentro desse cenário de supremacia da lei, o executivo só poderia agir se a norma assim determinasse, e nos exatos limites por ela estabelecidos, e ao Judiciário caberia aplicá-la, sem qualquer margem de interpretação, por conta do princípio da legalidade (ALMEIDA; BITTENCOURT, 2008).

Nesses termos, nesse período, o Legislativo assume, dentro da estrutura organizacional política do Estado, papel preponderante, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário, por exemplo, é politicamente neutralizado por força do princípio da legalidade e da subsunção racional-formal, postulados que submetem a aplicação do direito à subsunção lógica de fatos a normas, sem permitir

qualquer carga de interpretação social, ética ou política (ALMEIDA; BITTENCOURT, 2008).

A vista disso, não se reconhecia à magna-carta, em razão de seu caráter eminentemente político, uma aplicabilidade direta aos casos levados ao Judiciário. Assim, cabia ao texto constitucional, relegado a um segundo plano, à função de tão somente limitar os poderes estatais (ALMEIDA; BITTENCOURT, 2008).

Além disso, como forma de garantir a supremacia legislativa, a concepção de separação entre os poderes era rígida, de forma que nenhum deles poderia interferir nas decisões tomadas pelos demais, vedando-se o exercício das atividades que não fossem típicas de cada poder.

Ao condicionar os Poderes apenas ao exercício das atividades que lhes fossem típicas, permitia-se a dominação do Poder Legislativo que, livre de qualquer possibilidade de veto ou controle de constitucionalidade, mantém sua posição de supremacia, a partir do condicionamento dos demais poderes através da “lei”¹, único instrumento a coordenar todas as funções do Estado Legislativo e à qual deviam obediência, tanto o Estado, como os cidadãos (MÖLLER, 2011).

Gradualmente, entretanto, o modelo de Estado Legislativo foi sendo mitigado em virtude da influência que passa a receber de seu contraposto histórico e teórico: o Estado constitucional (MÖLLER, 2011).

¹ Nesse sentido, “no caso do condicionamento dos Poderes Executivo e Judiciário à lei, este é alcançado por meio de uma concepção rígida do princípio da legalidade e da subsunção como única forma de interpretação, respectivamente” (MÖLLER, 2011, p. 154).

Nesse sentido, Marcelo Novelino (2012, p. 32) descreve o panorama histórico no qual se inseriu o surgimento do Estado constitucional democrático:

Significativas mudanças nos traços característicos do constitucionalismo começam a ser operadas na Europa continental do segundo pós-guerra. Enquanto algumas constituíram verdadeiras inovações, outras não passaram de uma releitura de experiências anteriores. A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção dos seres humanos em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores.

Ainda segundo o autor, as experiências e os horrores vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial e a constatação de que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação de regimes autoritários influenciaram o surgimento de uma nova dogmática na qual a dignidade da pessoa humana desponta como núcleo central do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático. Prevista expressamente nas Constituições de diversos países, sua ascensão à condição de valor jurídico supremo é uma das características marcantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra, no qual se verifica uma tendência de reconhecimento do ser humano como centro e fim do direito (NOVELINO, 2012).

Assim,

ao final da Segunda Guerra Mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo Estado que tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia. (NOVELINO, 2012, p. 44)

Com a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, opera-se “a subordinação da própria legalidade à Constituição, de forma que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só de sua produção como também da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios e regras constitucionais” (CUNHA JR., 2012, p. 40-41).

Dentro desse novo modelo, a lei deve ser materialmente compatível com a Constituição, sobretudo no que se refere às garantias fundamentais. Assim, segundo Marinoni,

ao se dizer que a lei encontra limite e contornos nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato

afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2008, p. 46)

Como se vê, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o texto constitucional não só disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdos, cuja violação gera antinomias ou lacunas que devem ser eliminadas ou corrigidas (CUNHA JR., 2012). Dessa forma, “antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir” (BARROSO, 2005, p. 22). De mais a mais, “ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais” (BARROSO, 2005, p. 22).

Além disso, se antes as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, os textos constitucionais do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita de valores e opções políticas relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais (CUNHA JR., 2012). Aliás, foi sob a égide do Estado Constitucional de Direito que os princípios assumem o protagonismo desse novo momento da história do direito (MARTINS, 2008).

Aliás, a positivação dos direitos fundamentais pela Constituição é

uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo estes direitos ser considerados, nesse sentido, como condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que, com propriedade já

se averbou que o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo. Desse modo, os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, conquanto funcionam como base da Constituição.

Acrescente-se ainda que

a supremacia da Constituição e seu deslocamento para o centro do ordenamento jurídico lhe conferiam uma posição de destaque na interpretação dos demais ramos do direito, os quais devem ser compreendidos sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. (NOVELINO, 2012, p.182)

No Brasil, nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso (2015), a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito tem como marco a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar

Nesse sentido, traçando-se um paralelo entre a magna-carta de 1988 e o direito constitucional anterior, é possível perceber significativas inovações na seara dos direitos fundamentais², cujo conteúdo assume, pela

² Sobre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho meramente didático. Nesse passo, embora os termos sejam comumente utilizados como sinônimos “a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, precedente para distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados

primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a merecida relevância (SARLET, 2010).

A vista disso, a Constituição Cidadã pode ser conceituada como a mais avançada e democrática da história constitucional brasileira, seja em razão do seu processo de elaboração, seja em virtude “da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 255).

Quanto ao conteúdo, trata-se de documento proeminentemente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, uma feição fortemente dirigente, “pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 255).

Nesse vértice, o referido diploma, traduzindo o entendimento compartilhado pelo doutrinador Riccitelli (2007), criou efetivos instrumentos de proteção e garantia dos direitos individuais e coletivos, a fim de construir uma sociedade mais justa, livre e igualitária, representando

na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (SARLET, 2010, p. 29).

indubitavelmente um grande avanço para a então incipiente democracia brasileira.

1.2 Neoconstitucionalismo

A toda evidência, dentro desse novo quadro institucional, como bem pontua Suzanna Pozzolo (2010), caracterizado pela positivação de uma magna-carta longa e densa, compreendendo além de regras de organização do poder, um catálogo relativamente extenso de direitos fundamentais, é que se insere a elaboração neoconstitucionalista, já que a racionalidade do positivismo jurídico não se mostra mais suficiente diante da realidade jurídica que se impõe.

Em síntese, “o constitucionalismo engendrado a partir do segundo pós-guerra propiciou o surgimento de uma teoria cuja função é a de propiciar condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos (Constituições)” (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 223).

Assim, a partir dessa nova perspectiva constitucional, com a afirmação do caráter normativo da Lei Fundamental, o neoconstitucionalismo assume papel decisivo na proposição de um novo modelo de compreensão da constituição, “já não mais como mero limitador formal do poder, mas como verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao poder público quanto aos particulares, porquanto o documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos” (MÖLLER, 2011, p. 26). Em outras palavras, o movimento neoconstitucionalista se

propõe, assim, a uma alteração no modo tradicional de conceber a legislação e a jurisdição.

De fato, parece não haver dúvidas de que o “neoconstitucionalismo” representa um “novo paradigma”, a partir do qual o direito deixa de ser meramente regulador para desempenhar um papel ativo na transformação das relações sociais, característica que pode ser facilmente observada da análise dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra³ (DUARTE; POZZOLO, 2010).

Dentro desse panorama, Daniel Sarmiento (2009, p. 95) indica as mudanças que, envolvendo fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, estão relacionadas ao surgimento do neoconstitucionalismo;

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração

³ Nesse ponto, como bem pontua Marcelo Barroso Mendes, “o fim da grande guerra descortinou os horrores nazistas, e pôs em cheque o ideal positivista legitimador do Poder Executivo que deu azo as mais diversas atrocidades perpetradas contra a pessoa humana. O positivismo clássico que separava de modo excludente Direito e Moral não poderia servir mais como parâmetro norteador do constitucionalismo”.

cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O termo neoconstitucionalismo, de acordo com a doutrina de Marcelo Novelino (2012, p. 201), costuma ser utilizado em quatro acepções diversas, para denominar:

I) um modelo específico de organização jurídico-política, cujos traços característicos, esboçados a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, ganham contornos mais definitivos no final do século XX (neoconstitucionalismo como modelo constitucional);

II) uma teoria que serve para descrever e operacionalizar este novo modelo (neoconstitucionalismo teórico);

III) uma ideologia que valoriza positivamente as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais (neoconstitucionalismo ideológico);

IV) uma nova concepção sobre o papel a ser desempenhado pela teoria jurídica que, ao considerar o ponto de vista do participante, passa a exercer uma tarefa prescritiva ao lado da tradicional função descritiva

(neoconstitucionalismo
metodológico).

No que se refere à utilização do termo em sua acepção teórica, o neoconstitucionalismo surge com a pretensão de ser uma teoria capaz de dar conta dessas transformações operadas nos sistemas jurídicos contemporâneos, procurando descrever as principais características destes ordenamentos surgidos a partir do processo de evolução histórica do constitucionalismo, tendo como objetivo central a análise da estrutura e do papel desempenhado pela magna-carta no interior desses sistemas (NOVELINO, 2012).

Em geral, ainda conforme a doutrina do aclamado constitucionalista, três fatores podem ser apontados como responsáveis pela necessidade de novas teorias:

I) O reconhecimento definitivo da normatividade da Constituição e, por conseguinte, de todos os dispositivos nela contidos, independentemente de sua estrutura, destacando-se a importância atribuída aos princípios como critério de decisão;

II) o papel central atribuído à Constituição, não apenas como estatuto organizatório-limitativo dos poderes públicos, mas também como mecanismo de resolução dos conflitos nas mais diversas áreas jurídicas;

III) consagração de um extenso catálogo de direitos fundamentais e de uma pluralidade de valores e diretrizes políticas tornando mais frequente as colisões entre direitos

constitucionalmente protegidos.
(NOVELINO, 2012, p. 204)

A acepção ideológica assumida pelo vocábulo tem, por sua vez, relação com a postura adotada perante o direito vigente, pois ao ser apresentado como uma ideologia não se limitaria mais a apenas descrever os aspectos fundamentais dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, passando a sustentar sua defesa e ampliação (COMANDUCCI, 2005).

Considerando ainda o viés ideológico emprestado ao termo, é possível identificar, segundo Marcelo Novelino (2012, p.206), três diferentes projeções:

A primeira consiste em uma valoração positiva das transformações ocorridas no modelo constitucional. Ao colocar a garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano, o neoconstitucionalismo se afasta parcialmente da ideologia constitucionalista predominante nos séculos XVIII e XIX, na qual o objetivo central consistia em impor limites aos poderes estatais. Trata-se de uma filosofia política segundo a qual o Estado constitucional democrático representa a melhor ou a mais justa forma de organização política.

A segunda projeção, por sua vez, consiste:

na obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis compatíveis com ela. As características inerentes às constituições de um Estado constitucional democrático são incompatíveis com uma

concepção de direito na qual a lei carece de limites substanciais. [...] O papel de fonte suprema, anteriormente desempenhado pela lei, passa a ser atribuído à Constituição, cuja obediência é imposta por motivos morais. (NOVELINO, 2012, p. 207)

De outro vértice, o terceiro aspecto indicado como próprio da ideologia neoconstitucionalista é a preferência por juízes e, especialmente, Cortes Constitucionais, uma vez que a “concepção juspositivista de que, por razões políticas, a prioridade para dar a última palavra deve ser outorgada ao legislador, não se revelaria compatível com a garantia judicial da supremacia da Constituição⁴” (NOVELINO, 2012, p. 207) Dessa forma, “no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação dos poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial, em defesa dos valores constitucionais” (SARMENTO, 2009, p. 102).

Por fim, a definição metodológica atribuída ao vocábulo se refere à função conferida à teoria jurídica, que deixa de ser, nas palavras de Marcelo Novelino (2012, p. 209), apenas um meio de cognição do direito vigente para se tornar um instrumento indispensável à atuação do juiz, sobretudo na resolução dos casos duvidosos. Nesse cenário, o neoconstitucionalismo, como método de estudo do direito, “atribui à teoria jurídica não apenas uma função descritiva (elemento cognoscitivo), mas também uma função prescritiva (elemento volitivo) no sentido de

oferecer critérios adequados para a resolução prática de problemas jurídicos” (NOVELINO, 2012, p. 208).

Em face do esposado, Marcelo Novelino (2012) afirma que o neoconstitucionalismo – não apenas em seu conceito metológico, mas também em todos os demais significados – pretende ser, a partir das transformações engendradas nos textos constitucionais contemporâneos, uma teoria particular aplicável a um modelo específico de organização político-jurídica: o estado constitucional democrático⁵.

1.2.1 Constitucionalização

Por certo, o neoconstitucionalismo, por meio da abertura proporcionada pelos princípios e da especial interpretação e argumentação decorrentes de sua aplicação, participa do fenômeno denominado constitucionalização do ordenamento jurídico (ROSSI, 2011).

Na linha do argumento aqui desenvolvido, como observa Luís Roberto Barroso (2015, p. 421), o processo de constitucionalização “expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico”. Em outras palavras, a ideia de constitucionalização está associada “a

⁵ Embora o pós-positivismo também possa ser entendido como uma construção direcionada à superação do positivismo, tal teoria, ao contrário do neoconstitucionalismo, não foi desenvolvida estritamente para o modelo de Constituição do Estado constitucional democrático, uma vez que, assumindo o papel de autêntica teoria geral do direito, é aplicável a qualquer tipo de ordenamento jurídico, independentemente de suas características específicas. (NOVELINO, 2012)

um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2015, p. 391).

Nesse sentido, ainda de acordo com o autor (2015, p. 391), “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Assim, o texto constitucional passa a ocupar o centro do sistema jurídico, dispondo além da supremacia formal, de uma supremacia material e axiológica, compreendido então como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, transformando-se no filtro através do qual se deve perpassar todo o direito infraconstitucional (BARROSO, 2015).

Sob essa nova ótica, a partir da qual a Constituição assume o papel de norma de maior importância, os direitos fundamentais recebem destaque, como acertadamente discorre Flávia Bahia Martins (2008, p. 34):

o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico constrói uma inegável relação constitutiva entre a Constituição e os direitos fundamentais, que não se resolve apenas pela constatação de que os direitos estão protegidos materialmente na Constituição, mas sobretudo que a Constituição se configura como uma verdadeira técnica de proteção dos direitos fundamentais, dando-lhes uma natureza mais normativa e concreta.

Dito isso, dentro desse contexto o doutrinador italiano Riccardo Guastini (2005) elabora um catálogo de condições para que o ordenamento jurídico seja considerado impregnado pelas normas constitucionais: (i) uma Constituição rígida (alterável mediante processo legislativo especial); (ii) a garantia jurisdicional da Constituição (um controle efetivo de constitucionalidade); (iii) a força vinculante do texto constitucional (com máxima efetividade de suas normas); (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição (técnica de interpretação que possibilita a manutenção da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico se interpretada de maneira harmoniosa com a Constituição); (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas (incentivando uma postura mais ativa do judiciário na concretização da vontade da Constituição).

1.3 Ativismo Judicial

Evidentemente, como já exposto acima, o Poder Judiciário assume, com o advento do Estado de Democrático de Direito, novas feições, passando a exercer um papel de extrema importância na organização político-institucional das sociedades democráticas e ampliando, dentro de tais parâmetros, sua margem de atuação, a fim de se adaptar ao novo contexto político-social.

E em tal cenário, o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário confere ao Estado Democrático de Direito

sua real dimensão, já que a crescente intervenção judicial busca justamente, na maioria das vezes, concretizar os anseios e os objetivos traçados pelo novo modelo de poder e estrutura do Estado.

Nessa conjuntura, Aragão (2013, p. 44) afirma que “ao ser assumido como garantia constitucional, o Estado de direito passou a deter a juridicidade, os direitos fundamentais e a constitucionalidade como premissas”. Assim, de mero aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário passa a ser configurado, nas palavras de Sadek (2013, p. 26), “como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar os conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo”.

Dessa forma, em tese, conforme a autora (2013, p. 26), “não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial”. Consequentemente, o Poder Judiciário “constitui-se em um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução”, competindo-lhe cobrar a eficácia e efetividade dos compromissos dispostos no documento constitucional.

O processo de construção institucional e a redefinição dos parâmetros de atuação da instituição transformam a identidade do Judiciário e distanciam-no da visão que o reduz a “boca da lei”⁶, justamente porque a

⁶“A concepção de Montesquieu, a impregnar toda a ideologia liberal, fez reinar por muito tempo a ideia de que ao Judiciário caberia proferir as palavras da lei, minimizando a função deste Poder a um mero *bouche de la loi*. Não haveria, nesta concepção máxima da lei, lacunas interpretativas a serem preenchidas. O legislador seria tão

figura do juiz legalista não encontra mais espaço no Estado Democrático de Direito, tampouco se compatibiliza com o papel desempenhado pela atividade judiciária dentro do novo arranjo organizacional que clama por um Judiciário mais ativo.

Este comportamento mais assertivo assumido pelo Poder Judiciário, caracterizado pela crescente expansão do poder político-normativo de juízes e cortes no momento de proferir suas decisões, corresponde à prática definida como ativismo judicial.

Sob esse enfoque, a postura ativista, é compreendida, na lição de Fazio (2014), como a interpretação das leis e apreensão dos valores legais e constitucionais para a solução juridicamente fundamentada dos casos concretos, com visão progressista, evolutiva e até reformadora, de acordo com a qual o magistrado não figura no âmbito da mera subsunção ou aplicação da norma, muito menos atua como simples “boca da lei”, encontrando nesta, entretanto, seus limites. Assim, a atividade jurisdicional deixa de ser concebida como mera extração de sentido da norma, superando o modelo positivista de elaboração da decisão judicial e o método silogista.

O ativismo judicial está associado, nas palavras de Vitório (2013), a crescente interferência do Poder Judiciário na materialização dos fins e valores constitucionais, intervindo com maior frequência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, tornando-se um fenômeno presente na maior parte dos países em que

claro que ao Judiciário restaria o humilde papel de transferir a abstração da lei ao plano material”. (OLIVEIRA, 2014, p. 170)

as supremas cortes ou tribunais constitucionais possuem competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Dentro desse contexto, Campos (2014) inova e propõe uma abordagem multidimensional das decisões ativistas. Segundo o autor:

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação extensiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas. Assumir essa perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

A partir da proposta conceitual abordada pelo autor, uma das dimensões, a mais importante delas, consiste na interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos na constituição, além da aplicação direta de princípios constitucionais para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário (CAMPOS, 2014). Nesse vértice:

Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que esta característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa das normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente.

O Supremo, como bem destaca Campos (2014), no exercício desse protagonismo, tem enfrentado questões cruciais, amparado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações expansivas e criativas das leis constitucionais e interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo, buscando preencher lacunas de institucionalização surgidas com a omissão e o déficit funcional desses poderes.

Aliás, os direitos fundamentais ocupam o centro da jurisprudência da nossa Corte Constitucional, tanto sob o aspecto quantitativo como qualitativo, em razão de fatores políticos e institucionais, como a superação do regime político autoritário, além da própria vigência da

Constituição de 1988, que tem esses direitos em seu núcleo normativo e axiológico (CAMPOS, 2014).

Expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, o Supremo tem cumprido papel importante nesse cenário de afirmação e de concretização dos direitos fundamentais, exigindo do Estado a efetiva materialização dessas garantias, impondo-lhe, para tanto, deveres negativos ou positivos de atuação (CAMPOS 2014).

Afastando-se de abordagens formalistas dos direitos fundamentais, o avanço do Poder Judiciário na tutela desses direitos pode ser dividida, segundo Campos (2014) em duas vertentes: a da dimensão negativa (ou de defesa) e a da dimensão positiva (ou prestacional).

Para o desenvolvimento do presente estudo, a segunda vertente, em especial, comporta maiores digressões. Assim, nas palavras de Campos (2014):

Essa dimensão revela-se na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento deveres positivos, inclusive do dever de legislar, voltados à tutela dos direitos fundamentais. No âmbito dessa dimensão prestacional, o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Estado a realização de condutas positivas, corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas em dois campos distintos embora correlacionados – a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos.

Dentro desse cenário, observa-se que, há algum tempo, como bem pontua Vitório (2013, p. 258), seguindo essa tendência de ampliação do papel político-institucional da jurisdição constitucional, “o Judiciário se transformou num porto seguro daqueles que carecem de tratamento ou remédios não contemplados pelo SUS”.

Assim, guardando coerência com essa proposta de construção de um direito que efetivamente se coadune com os anseios e objetivos traçados pelo Estado Democrático, as decisões judiciais têm, com maior frequência, expressado, sobretudo no âmbito do direito à saúde e dos direitos sociais em geral, um manifesto ativismo judicial (VITÓRIO, 2013).

As intervenções, entretanto, não se limitam às situações que envolvam terapias que não estejam contempladas pelos programas oficiais, sendo possível observar que muitas das demandas propostas têm como objetivo a aquisição de tratamentos oferecidos gratuitamente pelo poder público, os quais, em vez de exigidos judicialmente, poderiam ter sido solicitados administrativamente, bastando, para tanto, a apresentação de receituário médico.

Além disso, é crescente o número de ações propostas contra o Estado almejando a concessão de terapias que, apresentando os mesmos resultados das alternativas padronizadas, poderiam ser substituídas, sem trazer prejuízos à saúde do paciente, por opções contempladas pelos programas oficiais. Não fosse isso suficiente, observa-se que um número significativo da população recorre ao Judiciário em busca de tratamentos de

alto custo e/ou experimentais, os quais sequer são reconhecidos pela ANVISA.

CAPÍTULO 2

DIREITO À SAÚDE

2.1 Direitos Sociais

Inicialmente, importa ressaltar que embora as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” sejam comumente compreendidas como sinônimas, remetem-se, em verdade, a significados distintos.

Adotando o critério empregado por Sarlet, o termo “direitos fundamentais” é utilizado para designar àqueles direitos reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que o vocábulo “direitos humanos” guarda relação com os tratados e convenções internacionais, por referir-se àquelas posições jurídicas inerentes ao reconhecimento do ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, revestindo-se, de tal sorte, de caráter supranacional e universal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013)

Superada essa questão, os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos⁷,

⁷ “A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expresse no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 343). Em outras palavras, a perspectiva subjetiva confere aos titulares a

assentes no direito objetivo⁸ com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade (MORAES, 2012) e são, assim, a um só tempo, uma categoria especial de direitos subjetivos e elementos constitutivos do direito objetivo. Em termos gerais, isso significa que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores e fins diretivos da ação do poder público, e não apenas como garantias dos interesses individuais (LUÑO, 2008 apud SARLET, 2010).

A par dessa definição, Sarlet (2010, p. 45) contextualiza a evolução histórica dessas garantias explicando que “desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”. Assim, diante da consagração progressiva e sequencial desses direitos nos textos constitucionais e da autêntica mutação histórica por eles experimentada, a doutrina tem por hábito classificá-los em gerações ou dimensões.

pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana (MORAES, 2012).

⁸ “A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 343).

Nessa perspectiva, observa-se que grande parte dos autores situa a evolução dos preceitos fundamentais em três dimensões. Como oportunamente pontua Novelino (2012), o conteúdo e a sequência histórica do surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração gravitam em torno do lema revolucionário do século XVIII, mais precisamente os postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes extensões acima delineadas.

A vista disso, a primeira delas abrange os axiomas que, sobretudo, fixam uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do poder. Referem-se, por conseguinte, a liberdades individuais, como a de consciência e a de culto, à inviolabilidade de domicílio e à liberdade de reunião (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Diversamente dos direitos de primeira dimensão, de caráter negativo e relacionados ao ideário que movimentava o Estado essencialmente liberal, as garantias sociais encontram-se inseridas, por sua vez, na segunda dimensão, traduzindo um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa da situação de isolamento e não intervenção para outra diametralmente oposta (TAVARES, 2009).

Observa-se, pois, como disserta Cunha Jr. (2012, p. 760), que “a força dirigente e determinante dos direitos sociais inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos transita-se para uma proibição de omissão ou um dever de atuação”.

Dessa forma, enquanto os direitos de abstenção⁹ asseguram o *status quo* do indivíduo, os direitos sociais exigem prestações positivas por parte do Estado no intuito de atenuar as desigualdades. Em outras palavras, enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades – impondo ao Estado um dever de abstenção e de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo, os direitos prestacionais¹⁰ buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. A respeito do tema, pertinentes são as considerações de Tavares (2009, p. 471):

O que essa nova categoria de direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos de prestação como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.

Os direitos sociais, portanto, não correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, ao contrário,

⁹ Os direitos fundamentais de primeira geração correspondem a um direito de abstenção, uma vez que limitam a ingerência do Estado sobre a esfera particular do indivíduo.

¹⁰ Os direitos sociais também podem ser entendidos como direitos prestacionais, na medida em que impõem ao Estado uma postura ativa, consubstanciada em prestações de natureza jurídica ou material.

reportam-se a prestações positivas, materiais ou jurídicas, através das quais se planeja concretizar a igualdade, em seu aspecto material e formal, bem como propiciar aos indivíduos o efetivo exercício da liberdade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). O reconhecimento dos direitos sociais estabelece, pois, segundo Bonavides (2010), os pressupostos fáticos indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, sem os quais esta se converteria em mera ficção.

A teor do acima prelecionado, o constitucionalista observa que “o princípio da igualdade é, indubitavelmente, o centro medular do Estado Social e todos os direitos de sua ordem jurídica, compondo um eixo ao redor do qual gira a concepção do Estado democrático contemporâneo” (BONAVIDES, 2010, p. 376). A toda evidência, a importância dos direitos sociais “consiste, pois, em realizar a igualdade dentro da sociedade, uma igualdade “niveladora”, voltada para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito” (BONAVIDES, 2010, p. 379).

Em resumo, os direitos sociais são, de acordo com a doutrina de Moraes (2009), direitos fundamentais do homem, reconhecidos como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito e com a finalidade de melhorar a qualidade de vida dos hipossuficientes, de modo a alcançar a igualdade social. Perfilhando-se a esse entendimento, José Afonso da Silva propõe definição semelhante:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (2010, p. 287).

Em face dessas circunstâncias, os direitos prestacionais, tidos como os direitos sociais por excelência, têm a sua concretização condicionada à disponibilidade orçamentária do Estado, entendimento igualmente compartilhado por Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 337):

Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de não se pode conceder o que não se possui.

As medidas destinadas a reduzir as desigualdades dependem quase que exclusivamente da questão orçamentária e por isso, a finitude dos recursos público se coloca como obstáculo à promoção dessas garantias (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). Assim,

enquanto as prerrogativas clássicas de liberdade não dependem, em geral, muitos gastos, os direitos sociais, de maneira oposta, sujeitam-se a existência de uma conjuntura econômica favorável, amparando-se na construção dogmática da reserva do possível, segundo a qual os direitos sociais só existem quando e enquanto houver dinheiro nos cofres públicos (CANOTILHO, 2000)

Aliás, nesse sentido, não há que se olvidar que a dimensão econômica dos direitos sociais dificulta, inclusive, a atividade de interpretação e de aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, desafiando os operadores do direito e divergindo opiniões. Na doutrina existem ao menos dois posicionamentos extremados, um entende que o art. 5º, §1º, da CF define que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os prescrevem são completas na sua hipótese; a outra ampara-se na imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, no sentido que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa (CUNHA JR., 2012).

2.1.1 Problema da eficácia e efetividade das normas sociais

As normas jurídicas, de acordo com Cunha Jr. (2012), são criadas para serem aplicadas, o que, por sua vez, significa exatamente a possibilidade de sua incidência no caso concreto. Entretanto, uma norma só possui aplicabilidade se, primeiro, além de vigente, estiver válida e for eficaz (BULOS, 2014)

Em resumo, juridicamente a aplicabilidade da norma constitucional depende do preenchimento de três condições: vigência, validade e eficácia (CUNHA JR., 2012). A fim de facilitar a compreensão do tema e evitar eventuais imprecisões terminológicas, mister distinguir os planos normativos da vigência, validade, eficácia.

Segundo Cunha Jr. (2012, 151-152), “vigência é a qualidade de uma norma regularmente promulgada e publicada, que faz a norma existir juridicamente e que a torna de observância obrigatória”.

A validade, por sua vez, traduz uma relação de conformidade entre a norma inferior e a norma superior, ou seja, em outras palavras, “a validade de uma norma repousa na validade de outra norma que lhe é superior, e assim sucessivamente, até chegar a Constituição que é fonte de validade de toda ordem jurídica” (CUNHA JR., 2012, p. 153). Em resumo, uma norma jurídica é considerada válida quando se conforma formal e materialmente com as normas constitucionais (CUNHA JR., 2012).

Já a eficácia normativa ou jurídica corresponde à capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos (CUNHA JR., 2012). A questão relativa à efetividade desses efeitos pertence, por sua vez, à perspectiva denominada eficácia social.

Atualmente, reconhece-se que, embora toda e qualquer norma constitucional seja dotada de eficácia jurídica¹¹, existem diferentes graus de eficácia, variando ora

¹¹ De acordo com a lição transmitida por Barroso (2002, p. 83), “a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação de efeitos que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir,

para mais, ora para menos, dependendo da densidade normativa que lhe tenha sido outorgada pela própria Constituição (CUNHA JR., 2012).

Assim, sob este aspecto, considerando a aplicabilidade e o gradualismo eficaz das normas, José Afonso da Silva propõe uma classificação tríplice ou tricotômica, assim enunciada: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.

De acordo com a tipologia apresentada, não se pode afirmar que todas as normas do texto constitucional são direta e imediatamente aplicáveis, já que tal virtude pertence somente àquelas que desfrutam de plena eficácia jurídica – o que significa que, malgrado todas as normas constitucionais sejam providas de eficácia jurídica, nem todas desfrutam de sua aplicação direta e imediata (CUNHA JR., 2012).

A Constituição de 1988 estabelece (art. 5º, §1º) que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, revelando, em

em maior ou menor grau os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”.

princípio, que a sua eficácia no plano interno é plena¹², não dependendo de interposição legislativa para lograr a efetividade ou eficácia social (CUNHA JR., 2012).

Entretanto, mesmo que, inicialmente, seja perfeitamente possível partir do pressuposto que os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, estão submetidos à disciplina do art. 5º, §1º da Constituição Federal, pertencendo, dessa forma, ao elenco das regras constitucionais diretamente aplicáveis, não se afasta de imediato, diante da complexidade do assunto, uma série de questões controversas amplamente discutidas na esfera doutrinária, dentre as quais se destaca, por exemplo, a possibilidade, ou não, de o Judiciário, intervindo em esfera, muitas vezes, reservada a outro Poder, impor a satisfação dos direitos subjetivos a prestações materiais, como a concessão de medicamentos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Sarlet (2010) ao discorrer sobre o mencionado embate teórico pontua que, se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que tange à sua aplicabilidade direta e imediata – de modo que estes desencadeiam, desde logo, todos os seus efeitos jurídicos –, o mesmo não ocorre com os direitos fundamentais à prestação, direitos sociais por excelência. Isso porque, na visão do autor, diante do precípua objeto dessas garantias e da maneira pela qual costumam ser positivadas (geralmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou

¹² A fim de que não paire qualquer dúvida, importante repisar que as normas de eficácia plena “são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência e independem de providência normativa ulterior para a sua aplicação”. (BARROSO, 2002, p. 92)

menor concretude) é que se travam as mais persistentes controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

O constitucionalista Ferreira Filho (2008) defende que somente possuem aplicação imediata as normas completas e suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo. Entretanto, a linha argumentativa exposta pelo autor não parece corresponder à intenção do Constituinte, cuja vontade, como observa Cunha Jr. (2012), era evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador.

Nesse passo, como sustentam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013), os direitos sociais perderiam a sua condição de direitos fundamentais caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia e efetividade ficassem inteiramente adstritos ao legislador, transformando-se tais direitos em direitos apenas na medida lei. Perfilha a mesma corrente o juiz Dirley da Cunha Junior (2012), que defende a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer interposição legislativa.

Isso significa, segundo o magistrado, que a norma-princípio do art. 5º, §1, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem a necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade desses direitos, ou seja, sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada a sua efetivação. (CUNHA JR., 2012).

Sarlet (2010), por sua vez, considera inviável acolher, de forma integral e com todas as suas

consequências, qualquer uma das concepções extremadas ora apresentadas. Para o autor, ao aderir o entendimento de que o comando contido no art. 5º, §1º não possui a força de transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente e plenamente eficaz, a regra passa a ser considerada, diante dessa constatação, inexistente, ou, no mínimo uma fórmula destituída de eficácia. Nesse caso, efetivamente não existiriam maiores diferenças entre as normas de direitos fundamentais e os demais artigos da Constituição.

No entanto, ainda sob a ótica do constitucionalista, a opinião situada no extremo oposto, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais, por força do prescrito no art. 5º, §1º, podem ser considerados diretamente aplicáveis e aptos a alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador, também deve ser analisada com certa prudência. Nesse sentido, para o doutrinador, a atividade jurisdicional pode e deve viabilizar a fruição desses preceitos fundamentais através do preenchimento das lacunas existentes em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que, todavia, não traduz a inexistência de limites a esta atividade, os quais, inclusive, não devem ser desconsiderados (SARLET, 2010).

Nesse sentido, verifica-se que, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais que exigem do Estado uma prestação positiva, como o direito à saúde, a limitação imposta pelo princípio da reserva do possível, a falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para implementar políticas públicas e a colisão com outros fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma interferência de cunho decisivo (SARLET, 2010).

A par dessas circunstâncias, Sarlet (2010) crê que a melhor exegese da máxima contida no art. 5º, §1º da nossa Constituição é compreendê-la como uma norma de cunho inequivocamente principiológica, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de atribuírem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Por conseguinte, a premissa da aplicabilidade imediata não deve ser resolvida conforme a lógica do tudo ou nada, de forma que seu alcance deve se sujeitar à análise do caso em concreto. Assim, deve prevalecer, uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ressalvadas as exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto (SARLET, 2010).

Trilhando a direção argumentativa esposada, os custos assumem especial relevância no âmbito da eficácia e efetivação dos direitos prestacionais, pois, por certo, pelo menos para parte considerável da doutrina, a implementação dessas garantias envolve uma significativa alocação de recursos materiais (SARLET, 2010).

Dessa forma, como pontua Novelino (2012, p. 630):

o “custo” especialmente oneroso dos direitos sociais aliado à escassez de recursos orçamentários impedem sua realização em grau máximo ou, às vezes, até em um grau satisfatório. Por isso a necessidade de se eleger prioridades a serem atendidas entre demandas legítimas e contempladas no texto constitucional.

Portanto, diretamente vinculada aos direitos fundamentais sociais está a problemática da efetiva disponibilidade de seu objeto, ou, em outros termos, se o destinatário da norma encontra-se em condições de prestar o que a norma lhe impõe que seja prestado, situando-se, então, na dependência da real existência dos meios para cumprir com a sua obrigação (SARLET, 2010).

Justamente em virtude desses aspectos que se sustenta “a colocação dos direitos sociais sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma” (SARLET, 2010, p. 287).

2.2 Seguridade social como instrumento de concretização do direito à saúde

A Constituição de 1988, segundo Novellino (2012), consagra no capítulo que trata da seguridade social os direitos relativos à saúde, à previdência e assistência social, que, nas palavras do autor, pertencem à segunda dimensão dos direitos fundamentais e são voltados à redução das desigualdades fáticas existentes e à proteção, principalmente, dos hipossuficientes, através da concessão de prestações materiais e jurídicas.

Além disso, destinam-se, como típica emanção do modelo de Estado do Bem-Estar Social, ao resguardo das necessidades espirituais e materiais mais prementes dos indivíduos, tendo por objetivo resguardar-

lhe um mínimo de segurança social, como exigência da própria dignidade da pessoa humana (CUNHA JR., 2012).

Assim, em resumo, por direito da seguridade social se entende o conjunto de princípios, normas e instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de seus familiares, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, almejando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (MARTINS, 2012).

No Brasil, o sistema da seguridade social constitui-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado, a fim de garantir os direitos sociais básicos do cidadão, elencados no artigo 6º da Constituição (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009).

2.2.1 Direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Conforme a Constituição brasileira, à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, regendo-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços destinados à sua proteção.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, uma de natureza negativa, consubstanciada no direito de exigir do Estado ou de terceiros que se abstenham de qualquer ato prejudicial à

saúde, e outra de cunho positivo, correspondente às medidas e prestações direcionadas à prevenção de doenças e seus respectivos tratamentos. Portanto:

[...] o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como o atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para realização concreta deste direito à saúde.” (SARLET, 2006, p. 10)

Alinhando-se ao conceito e à abrangência que aponta a dupla vertente do direito à saúde, Bulos (2014, p. 1563) afirma que:

[...] o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e negativas. Pela primeira, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas e paliativas no combate e no tratamento de doenças. Pela segunda, incumbe-lhes abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental.

Apesar de o direito à saúde estar consagrado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, é no art. 196 e seguintes que postulado encontra sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, não obstante a significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de fármacos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

O primeiro desses dispositivos, o art. 196 da Constituição Federal, consagra a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹³.

Entretanto, ao examinar a redação da referida disposição constitucional, verifica-se que o legislador, apesar de estabelecer os fins a serem alcançados pelo Estado, deixou de positivar, no plano normativo constitucional, quais os meios que devem ser utilizados para tanto, motivo pelo qual alguns autores, a exemplo de Novelino (2012), evidenciam o caráter principiológico dessa norma.

Conquanto o preceito contido no art. 196 esteja vazado em uma norma de cunho programático, Bulos (2014) acertadamente pondera que o direito expressivo e

¹³ Art. 196. 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. (BRASIL, 1998)

universal então positivado não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado ou anulado, notadamente em face da importância do direito fundamental que a norma está a proteger.

Ainda que o texto do art. 196 careça de conteúdo normativo determinado e consistente, as prestações-objeto do direito fundamental à saúde devem ser entendidas como exigíveis desde logo, sem depender de intervenção legislativa, pois do contrário estar-se-ia refutando o poder normativo da Constituição (CUNHA JR., 2012).

Nesse sentido, oportunas são as considerações do então Ministro Joaquim Barbosa acerca da efetividade do dispositivo:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, RE 368.041, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17-6-2005)

Superada a questão relativa aos efeitos do comando normativo contido no art. 196, cumpre, por ora, identificar o destinatário dos deveres decorrentes da obrigação consignada no dispositivo.

Nesse passo, à luz das diretrizes constitucionalmente traçadas, a responsabilidade das ações e serviços de saúde é da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois consoante o art. 23, inciso II da magna-carta brasileira, os entes federativos compartilham solidariamente da competência político-administrativa de formular e executar as políticas públicas de saúde, de forma que, cada qual em seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pelo atendimento à saúde da população¹⁴.

O art. 197, por sua vez, reconhece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e estão sob regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, a quem cabe executá-los diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CUNHA JR., 2012).

E visando a execução das políticas públicas de saúde, o art. 198 da Constituição institui o Sistema Único de Saúde (SUS), criando, por meio da regra, uma rede regionalizada e hierarquizada e organizada de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação da comunidade,

¹⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]. (BRASIL, 1988)

ratificando, de um lado, o caráter social pessoal do direito à saúde, e de outro, sua perspectiva social coletiva. Além disso, extrai-se do referido comando que o custeio do Sistema deve ser financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (CUNHA JR., 2012).

Os entes federativos devem ainda, de acordo com o art. 198, aplicar, anualmente, recursos mínimos para manter o Sistema Único de Saúde, inclusive no que tange ao fornecimento de medicamentos, que também faz parte da obrigação constitucional do direito à saúde (BULOS, 2014).

Por fim, no art. 200 “a Constituição consagrou um rol exemplificativo de competências do Sistema Único de Saúde, as quais foram aplicadas e regulamentadas pela Lei 8.080/90” (NOVELINO, 2012, p. 1059), diploma que, segundo Novelino (2012, p. 1059), “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

2.2.2 Sistema Único de Saúde – SUS

A partir do exposto, é possível considerar a Constituição de 1988 como referencial jurídico do Sistema Único de Saúde, porquanto o consolidou como um sistema de direito universal, descentralizado e participativo, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Antes disso, aliás, os textos constitucionais anteriores sujeitavam o acesso aos serviços de saúde a algum tipo de contribuição, alcançando, portanto, apenas aquelas pessoas que contribuía com o

Sistema de Previdência e Assistência Social (AGUSTINI, 2009).

O movimento de reestruturação da área da saúde, responsável pela constitucionalização do Sistema Único de Saúde, tem em sua gênese a Reforma Sanitária Brasileira, cujos ideais eclodiram em pleno regime autoritário, na metade da década de 1970, contextualizados, portanto, no âmago de um movimento maior, que se ampliava em todos os segmentos da sociedade, marcado pela resistência social e política ao regime ditatorial, através da luta pelas liberdades democráticas. Em meio a essa conjuntura, o processo de construção do Sistema Único de Saúde foi, assim, consequência de um conjunto de embates políticos e ideológicos, protagonizados por diferentes atores sociais (CUNHA, 2001).

Nesse cenário, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, na capital federal, contribuiu decisivamente para concretização da intentada Reforma Sanitária, sendo considerada como a pré-constituente em matéria de saúde, já que o relatório final resultante dos debates e propostas ali engendrados serviu de subsídio e influência para elaboração do Capítulo da Saúde da Constituição Federal de 1988 (FERRAREZI; OLIVEIRA, 2010).

Com efeito, o trabalho final da conferência apresentou os princípios doutrinários que orientaram a elaboração do texto constitucional de 1988 no âmbito do direito à saúde. Além de ter contribuído para o reconhecimento da saúde como um direito a ser assegurado pelo Estado, pautado pelos princípios da universalidade, equidade, integralidade e organizado de maneira

descentralizada, hierarquizada e com participação da população (FERREIRA; MOURA, 2006).

Depois de fixadas as diretrizes do sistema pela constituinte de 1988, as ações e serviços do Sistema Único de Saúde foram devidamente regulamentados pela Lei n. 8080/90, mais conhecida como Lei Orgânica da Saúde, confirmando o modelo de atendimento previsto no texto constitucional (BRASIL, 2009). Importa frisar ainda que, com a promulgação do citado diploma legislativo, o direito social em voga passou a ser essencialmente regularizado por regras de caráter infralegal, como decretos, resoluções e portarias (AGUSTINI, 2009).

Assim, de acordo com a Lei Federal 8080/90 (LOS), a teor do disposto em seu art. 7º, a obrigação constitucionalmente atribuída ao Estado de criar condições objetivas que viabilizem, de maneira concreta, o efetivo atendimento do direito à saúde, deve observar algumas diretrizes como: a universalidade, a equidade, a participação pessoal e a descentralização (BRASIL, 1990).

O primeiro deles, o princípio da universalidade, determina que todo e qualquer cidadão têm direito ao acesso às ações e serviços de saúde, em consonância com o texto democrático de 1988, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Assim, o conceito de universalidade do sistema rompe com a lógica até então vigente, assegurando a toda população, independentemente de qualquer contribuição previdenciária, o acesso aos serviços públicos de saúde.

Com relação ao princípio que estabelece a igualdade de assistência, tem-se que a universalização dos serviços exige o reconhecimento de que o atendimento dos pacientes deve ser feito da maneira mais igualitária

possível, sem qualquer tipo de distinção. Dessa forma, a equidade entre os usuários é que garante a inclusão de todos nas políticas públicas de saúde (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Já quanto ao postulado que preceitua a integralidade dos serviços, seu conteúdo exprime a ideia de que a cobertura oferecida pelo Sistema Único de Saúde deve ser a mais ampla possível. Entretanto, a integralidade dos serviços, como oportunamente observam Sarlet e Figueiredo (2008), não afasta a imposição de certos limites, isso porque, a despeito dos recursos orçamentários destinados a área, é impossível atender todas as necessidades de uma população. Segundo os autores, a finitude do orçamento público condiciona integralidade dos serviços disponibilizados à observância de critérios como a razoabilidade e a eficiência.

Dentro desse contexto, por exemplo, não se mostra razoável e em consonância com o princípio da integralidade, o fornecimento de medicamentos cuja eficácia não esteja comprovada, já que a aquisição desses insumos demanda a alocação de recursos - normalmente uma quantia significativa do orçamento, pois os tratamentos experimentais são, na maioria das vezes, de alto custo - sem haver qualquer evidência científica de que seu uso garante a efetivação do direito fundamental em discussão, quando, em verdade, a quantia dispendida poderia ter sido utilizada para privilegiar outras políticas públicas de saúde, que são, muitas vezes, comprometidas em razão da destinação inapropriada dos recursos disponíveis.

O Judiciário tem, inclusive, contribuído sobremaneira para ocorrência desse tipo de situação, já que muitos magistrados associam a integralidade dos serviços ao fornecimento de todo e qualquer medicamento pleiteado

judicialmente, por entender que eventual negativa obstará o exercício do direito à saúde, quando, na verdade, a questão precisaria ser analisada sob a ótica da coletividade, uma vez que o custeio indiscriminado das pretensões individuais postas em juízo pode inviabilizar o funcionamento do sistema público de saúde.

Portanto, a concessão judicial de terapias sem o devido apreço dos critérios e parâmetros estabelecidos pelo Poder Público e das políticas já existentes no setor, prejudica as atividades e serviços do setor, que devem ser harmônicos e contínuos.

Por sua vez, a interação entre a comunidade e o poder público é viabilizada através das Conferências de Saúde¹⁵ e dos Conselhos de Saúde¹⁶, cujas instâncias colegiadas são instituídas em cada esfera do governo pela Lei 8.142/90 e possibilitam uma aproximação entre os dois setores no processo de formulação das políticas públicas (BRASIL, 2003).

Por fim, o princípio da descentralização é o responsável por estabelecer a divisão de responsabilidades

¹⁵ As Conferências de Saúde são instâncias colegiadas, de caráter consultivo, que possibilitam o exercício do controle social no âmbito do poder executivo, tendo como objetivo avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes da política de saúde em cada nível de governo, constituindo-se no mais importante fórum de participação ampla da população. Sua periodicidade deverá ser estabelecida pelos Conselhos de Saúde correspondentes, não devendo ultrapassar quatro anos (BRASIL, 2003).

¹⁶ Os Conselhos de Saúde buscam participar da discussão das políticas de saúde tendo uma atuação independente do governo, embora façam parte de sua estrutura e onde se manifestam os interesses dos diferentes segmentos sociais, possibilitando a negociação de propostas e o direcionamento de recursos para diferentes prioridades (BRASIL, 2003).

e competências entre os três níveis de governo (União, Estados e Municípios), buscando garantir a eficiência, a eficácia e a efetividade dos serviços prestados pelo SUS (BRASIL, 2000), isso porque a regionalização dos serviços permite que os atendimentos sejam adaptados ao perfil epidemiológico e às particularidades da população local, o que confere maior efetividade as políticas a serem implementadas e garantindo, conseqüentemente, melhores resultados.

2.3 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

A Assistência Farmacêutica envolve o conjunto de atividades que, de caráter abrangente, multiprofissional e intersetorial, tem como objeto de trabalho a organização das ações e serviços relacionados ao medicamento em suas diversas dimensões, com destaque à relação com o paciente e a comunidade na visão da promoção da saúde (MARIN et al., 2003).

Nesse sentido, de acordo com a Resolução nº 338, de 6 de maio de 2004, do Conselho Nacional de Saúde, a Assistência Farmacêutica é definida como:

Conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da

qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população (BRASIL, 2004).

De acordo com o Ministério da Saúde, a Assistência Farmacêutica, como uma ação de saúde pública e parte integrante do sistema público de saúde, revela-se determinante para a resolubilidade da atenção e dos serviços prestados em saúde e envolve a destinação de um grande volume de recursos financeiros (BRASIL, 2011).

Aliás, de fato, as políticas públicas desenvolvidas no âmbito da Assistência Farmacêutica representam, atualmente, um dos maiores desafios à administração e gestão do Sistema Único de Saúde, em face dos recursos financeiros envolvidos e da necessidade constante de aperfeiçoamento, com busca de novas estratégias, programas e atividades destinadas ao aprimoramento dos serviços (BRASIL, 2011). Nesses termos, para fixar os nortes necessários ao gerenciamento desse dever do Estado e dos problemas vinculados a ele foi criada a Política Nacional de Medicamentos.

2.3.1 Política Nacional de Medicamentos

A necessidade de apontar aos gestores um rumo para a área resultou na formação de um grupo de profissionais dispostos a discutir os principais aspectos relacionados aos medicamentos no país, estabelecendo,

como resultado desses debates, a Política Nacional de Medicamentos (PNM) que, responsável por delinear diretrizes e prioridades, resultou em importantes avanços na regulamentação sanitária, no gerenciamento de medicamentos e na organização e gestão da Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2011).

A PNM (Política Nacional de Medicamentos) foi formalmente instituída pela Portaria nº 3.196/98 do Ministério da Saúde e constitui, desde então, parte essencial da Política Nacional de Saúde e um dos elementos fundamentais para efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições de assistência à saúde dos cidadãos. Nesse particular, seu objetivo precípua é o de garantir a necessária qualidade, eficácia e segurança dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. (BRASIL, 2001).

De acordo com a PNM, para o alcance dos objetivos estabelecidos, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, devem atuar em estreita parceria, conforme as oito diretrizes fixadas pela Portaria nº 3.916/98, quais sejam: adoção da relação de medicamentos essenciais; regulamentação sanitária de medicamentos; reorientação da assistência farmacêutica; promoção do uso racional de medicamentos; desenvolvimento científico e tecnológico; promoção da produção de medicamentos; garantia da segurança, eficácia, qualidade dos medicamentos e, por fim, o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos (BRASIL, 2011).

Dentre as diretrizes indicadas, o Ministério da Saúde considera como prioridades: a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename),

a reorientação da Assistência Farmacêutica, a promoção do uso racional de medicamentos e a organização das atividades de Vigilância Sanitária de insumos farmacêuticos (BRASIL, 2011).

A primeira das prioridades diz respeito à relação de medicamentos essenciais, isto é, aqueles considerados básicos e indispensáveis ao atendimento da maior parte dos problemas da população. Assim, como a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) contempla uma quantidade significativa de insumos necessários ao tratamento e controle da maioria das doenças prevalentes no país, sua atualização contínua é indispensável ao bom funcionamento do SUS (BRASIL, 2001).

Por sua vez, o uso racional de medicamentos é definido como:

o processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade. (BRASIL, 2001, p. 37).

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o uso racional de medicamentos ocorre quando os pacientes recebem a prescrição de remédios apropriados para suas condições clínicas, em doses compatíveis com suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para comunidade. Ainda de acordo com a organização, mais de 50% de todos os medicamentos são prescritos, dispensados ou comercializados de forma

inapropriada, sendo que metade dos usuários os utiliza de maneira incorreta, situação que representa um grave problema de saúde pública (BRASIL, 2011).

Destarte, embora os medicamentos sejam importantes instrumentos de saúde, é importante que sejam prescritos e aproveitados da forma correta, pois quando utilizados de maneira indevida podem ser potenciais fontes de agravo e causar danos à saúde, comprometendo, por consequência, o funcionamento do programa público de assistência. (BRASIL, 2011). Assim, como explica Beltrame (2002), ao mesmo tempo em que o medicamento é um importante insumo no processo de atenção à saúde, pode também se constituir em um fator de risco quando utilizado de maneira incorreta ou inadequada.

A partir dessa perspectiva, o fim último das políticas de distribuição de medicamentos não deve ser o fornecimento de todo e qualquer medicamento ou de qualquer forma, e sim, o incentivo do uso racional e seguro desses insumos, incumbindo ao Estado a tarefa de criar medidas que garantam a oferta apropriada de medicamentos, em termos de qualidade, quantidade e eficácia (BRASIL, 2011).

No Brasil são vários os obstáculos que impedem este emprego razoável das medicações: número excessivo de produtos farmacêuticos no mercado; prática da automedicação; falta de informações aos usuários; problemas nas prescrições (sobreprescrição, prescrição incorreta, prescrição múltipla, subprescrição etc.); disponibilidade ainda insuficiente de diretrizes clínicas tanto no setor privado como público; divulgação de informações inapropriadas sobre os medicamentos; propaganda e marketing de medicamentos; a concessão

indiscriminada de fármacos através das crescentes demandas judiciais, entre outros fatores são grande entraves ao cumprimento desta diretiva (BRASIL, 2011).

Dessa feita,

assegurar o acesso a medicamentos é uma das questões cruciais do SUS, constituindo-se no eixo norteador das políticas públicas estabelecidas na área da Assistência Farmacêutica, considerando que estes insumos são uma intervenção terapêutica muito utilizada, impactando diretamente sobre a resolubilidade das ações de saúde. (BRASIL, 2011, p. 14-15)

Por isso, paralelamente à garantia fundamental do direito à saúde, é preciso ficar alerta para o uso indiscriminado de medicamentos que tem como importantes causas a fragilidade da regulamentação, a publicidade das empresas farmacêuticas e a recorrente intervenção do Poder Judiciário sem a elaboração de critérios e parâmetros aptos a justificar e legitimar a atuação judicial no campo particular das políticas públicas de medicamentos (BRASIL, 2011).

Já as ações incluídas no processo de reorientação da Assistência Farmacêutica têm como escopo ampliar, no âmbito das três esferas do SUS, o acesso dos usuários aos serviços de saúde, promovendo, para tanto, a descentralização da gestão, o desenvolvimento de programas para assegurar o uso racional de medicamentos, a otimização do sistema de distribuição no setor público e estratégias direcionadas à redução dos preços dos tratamentos (BRASIL, 2001).

Nesses termos, além de empregar esforços para ampliar a cobertura de atendimento, a reorientação da Assistência Farmacêutica busca a racionalização e otimização do orçamento, evitando desperdícios e estimulando o uso apropriado das medicações.

Por fim, a organização das atividades de Vigilância Sanitária de Medicamentos, última das prioridades delineadas pela PNM, refere-se, dentre outras atribuições, às questões de registro das substâncias, à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como às restrições de produtos inadequados ao uso (BRASIL, 2001).

2.3.2 Medicamentos excepcionais

De início, impende salientar que os medicamentos comuns, normalmente de baixo custo unitário, que compõe uma farmácia básica e que, em seu conjunto, destinam-se ao tratamento da maior parte das doenças que acometem a população brasileira, são denominados medicamentos essenciais (DANTAS; SILVA, 2006). Tais fármacos constituem, portanto, a regra em contraste com os medicamentos excepcionais que, por sua vez, são definidos como aqueles destinados ao tratamento de enfermidades crônicas, de caráter individual e cujo custo é elevado, seja pela própria cronicidade da doença, seja pelo alto valor unitário da substância medicamentosa (DANTAS; SILVA, 2006).

Assim, conforme orientação adotada pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos:

medicamento excepcional é aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, a despeito de atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados. Por serem, em sua maioria, medicamentos excessivamente onerosos, são também chamados de medicamentos de alto custo. (DANTAS; SILVA, 2006, p. 20)

O próprio emprego do termo “excepcional”, em verdade, revela que o medicamento é aquele que constitui exceção salvaguardando enfermidades que, embora nem sempre raras, atingem um número reduzido de indivíduos. E porque produzidos em menor escala são, conseqüentemente, mais caros, uma vez que a produção em pequenas quantidades eleva os custos e as despesas com o tratamento respectivo. Entretanto, apesar de excepcionais, não deixam de ser considerados “essenciais”, na medida em que asseguram a vida e o bem-estar do usuário (DANTAS; SILVA, 2006).

Seguindo esses parâmetros, o Ministério da Saúde instituiu a partir da publicação da Portaria 2.577/2006 o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional que, como parte integrante da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, tinha por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para o tratamento de agravos inseridos nos seguintes critérios (DANTAS; SILVA, 2006):

1. Doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e
2. Doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado, desde que:
 - 2.1 Haja tratamento previsto para o agravo no nível de atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou
 - 2.2 O diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada. (BRASIL, 2006).

No total, a supracitada espécie normativa padronizou 107 medicamentos, destinados a atender 285 doenças (BRASIL, 2011).

Porém, em 26 de novembro de 2009, com a publicação da Portaria GM/MS nº 2.981, o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional foi substituído pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica que, implementado no sentido de aprimorar o CMDE, enfoca o acesso ao tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, de patologias cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), conjunto sistematizado de orientações elaborado pelo Ministério da Saúde.

Com a edição da nova instrução normativa, os medicamentos do CMDE referentes às portarias anteriores

passaram a ser tratados como itens do componente especializado. Assim, a portaria altera a denominação do CMDE para Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), instituindo uma nova estratégia de acesso a medicamentos no Sistema Único de Saúde e trazendo alterações gerenciais e conceituais (BRASIL, 2011).

Como já mencionado, os tratamentos contemplados no Componente Especializado estão definidos em Protocolos publicados pelo Ministério da Saúde que, obedecendo aos critérios de uso racional e seguro dos medicamentos, planejam um conjunto sistematizado de recomendações, construídas a partir da revisão periódica da literatura científica existente, para guiar a opinião do profissional e do paciente sobre o cuidado médico mais apropriado, em relação às condutas preventivas, diagnósticas ou terapêuticas dirigidas para determinado agravo em saúde ou situação clínica, oferecendo um padrão de manejo clínico mais seguro e consistente para determinado problema de saúde (BRASIL, 2011).

À vista disso, “os PCDT podem ser transformados em eficiente ferramenta técnica na construção de uma adequada relação com o Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito às demandas judiciais relacionadas à Assistência Farmacêutica” (BRASIL, 2011, p. 127), pois já que editados na forma de portaria, são considerados fontes do direito e leis no sentido amplo e devem vincular e orientar, sempre que possível, a atuação dos magistrados. Assim:

A divulgação dos PCDT e sua discussão com o Poder Judiciário são essenciais para a redução dos contenciosos judiciais. A

demonstração da seriedade da metodologia empregada na sua construção, a submissão dos mesmos a consulta pública possibilitando a participação dos interessados, sua importância para a qualificação da assistência a ser prestada, sua relação com a prescrição segura e eficaz e a adequada relação custo/benefício que sua implantação representa são pontos, entre outros, essenciais para melhorar a compreensão do Judiciário sobre os processos relacionados à Assistência Farmacêutica e à assistência à saúde em geral. Além disso, criar mecanismos que possibilitem prover o Judiciário de assessoria técnica, própria do estado ou através de peritos independentes, para o entendimento de cada caso, tem um papel fundamental na ampliação da segurança que cada juiz terá na avaliação da demanda a ser julgada. Esta segurança técnica, além dos aspectos puramente legais envolvidos, contribui para que as decisões prolatadas tenham melhor substrato científico e de adequação à realidade assistencial. (BRASIL, 2011, p. 126-217)

O cumprimento dos “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – Medicamentos Excepcionais” revela-se essencial ao uso racional e adequado dos medicamentos de custo elevado. A prescrição da abordagem clínico-terapêutica que deve ser utilizada para cada doença concilia as necessidades dos pacientes com as carências econômicas do Poder Público. Em síntese, procura-se garantir a entrega dos fármacos a quem realmente precisa, de forma a poupar os recursos públicos e dar, assim, mais vigor ao sistema. Os insumos

excepcionais custam caro e o tema deve ser tratado de modo criterioso e responsável (DANTAS; SILVA, 2006).

2.3.3 Medicamentos experimentais

Para a definição do conceito de medicamento experimental necessária uma breve digressão acerca do processo de aprovação e reconhecimento pelo qual são submetidos às substâncias medicamentosas, antes de sua comercialização e utilização em larga escala no país.

No Brasil, a elaboração de normas técnicas, a análise das solicitações de registro de novos medicamentos, a fiscalização e o acompanhamento do uso específico dentro de suas indicações são atividades de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA¹⁷).

Primeiramente, os laboratórios farmacêuticos devem encaminhar solicitação à ANVISA requerendo o registro do medicamento no Estado brasileiro, demonstrando, minimamente, para tanto, a segurança, a qualidade, e a eficácia do insumo. Feito isso, devem

¹⁷ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. É uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. A finalidade institucional da Agência é promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>

informar o valor que se pretende praticar, a fim de que a agência reguladora analise previamente o preço pretendido para monitorar a evolução desses valores e coibir eventuais abusos.

Em resumo, o registro de uma substância na ANVISA tem por finalidade atestar sua segurança, qualidade, eficácia, além de fixar parâmetros para o controle de preço dos fármacos. Nesse sentido, atente-se que para ser incorporado no rol de procedimentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde:

o medicamento deverá comprovar, além da segurança, eficácia e qualidade, outros requisitos mínimos, a saber, a efetividade e o custo-efetividade, comprovados em ambiente real, isto é, após uso pela população em geral. Efetividade é a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de um determinado insumo em ambiente real. Custo-efetividade é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso da assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que se pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema e, em caso afirmativo, se o benefício advindo justifica o gasto financeiro a ser realizado.” (BRASIL, 2011b, p. 10)

Por sua vez, no que tange ao conceito de segurança, tem-se que são considerados seguros aqueles medicamentos cujos efeitos terapêuticos obtidos de seu uso superam, com grande vantagem, seus efeitos colaterais, ou seja, a medicação traz mais benefícios do que malefícios. Já

os eficazes são os que, em um ambiente ideal, comprovam atuar sobre a doença que se propõem a tratar. Por último, a qualidade dos insumos refere-se à obediência destes mesmos às normas de Boas Práticas de Fabricação (BPF) promulgadas pela ANVISA contendo exigências relativas à fabricação e controle de qualidade dos produtos farmacêuticos (BRASIL, 2011b).

A ausência de registro do medicamento no órgão nacional de vigilância sanitária implica consequências, a exemplo das elencadas pelo Parecer nº 1200/2011, elaborado pela Advocacia Geral da União, em consultoria solicitada pelo Ministério da Saúde:

1. Não se sabe se o produto trará mais benefícios do que malefícios (segurança);
2. Não se sabe se o produto realmente atua sobre a doença para qual é indicado (eficácia);
3. Não se sabe se o produto está sendo fabricado conforme a legislação sanitária brasileira, isto é, em lotes iguais; com qualidade de insumos; com processo de fabricação validado pela ANVISA (qualidade);
3. Não se pode rastrear os lotes de medicamentos para fins de controle sanitário (uma vez que não existe lote registrado na ANVISA), impossibilitando a atuação das autoridades sanitárias, na eventualidade de se precisar retirar o produto do mercado, para proteger a saúde da população (poder de polícia - urgência);
4. Não se pode fiscalizar o estabelecimento de produção do laboratório para verificação o adimplemento das Boas

Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA (poder de polícia - regular);

5. Não se pode controlar o seu preço, mormente quando se trata de cumprimento de decisão judicial, onde a Administração Pública fica totalmente refém do preço estabelecido pelo laboratório, uma vez que é pressionada a cumprir a decisão judicial e o laboratório não está sujeito às regras de fixação de preço da ANVISA. (BRASIL, 2011b, p. 11).

Dentro dessa perspectiva, tratamento clínico ou cirúrgico experimental, conforme o conceito contido na Resolução Normativa nº 262, é aquele que se enquadra em alguma das seguintes características:

- a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;
- b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia – CFO; ou
- c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso *off-label*¹⁸).

¹⁸ O uso *off label* é quando um medicamento é utilizado para uma indicação diferente daquela que foi autorizada pelo órgão regulatório de medicamentos em um país e para as quais não existem bases científicas adequadas. Em suma, é o uso para uma indicação terapêutica não descrita em bula.

A definição disposta na resolução permite diferenciar os medicamentos experimentais daqueles que, embora sejam reconhecidos pela agência competente, não foram incorporados ao rol de tratamentos oferecidos gratuitamente pelo poder público através dos serviços do Sistema Único de Saúde. Assim, de acordo com o conceito legal, para ser classificado como experimental é preciso que o fármaco incida em alguma das hipóteses descritas acima.

Ao se manifestar no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, explica que os tratamentos experimentais são aqueles realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, a título de pesquisa, sem a comprovação científica de sua eficácia, defendendo, portanto, que a disponibilidade dessas substâncias deve ficar restrita ao âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido¹⁹, não sendo conveniente impor ao Sistema Único de Saúde a obrigação de custeá-las.

Ainda de acordo com as considerações feitas pelo ministro, o reconhecimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária é condição indispensável à certificação da segurança e do benefício do produto, bem como requisito

¹⁹ Conforme a RDC nº 26 da ANVISA, classifica-se como acesso expandido o processo de disponibilização de produto novo, promissor e ainda sem registro na ANVISA, por pesquisas clínicas e laboratórios farmacêuticos, para pacientes com doenças graves e sem alternativas terapêuticas satisfatórias disponíveis no País, sem ônus adicional ao paciente.

exigido para que Sistema Único de Saúde possa cogitar sua incorporação²⁰.

Atento às questões relacionadas à judicialização da saúde e das crescentes demandas judiciais por terapias experimentais, o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de ouvir as opiniões de pessoas com experiência e autoridade em matéria de saúde, convocou uma Audiência Pública, que foi realizada nos meses de abril e maio de 2009.

A partir das informações técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas obtidas com a realização da consulta pública promovida pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 31, no bojo da qual se sugeriu a adoção de medidas para melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com o intuito de garantir soluções judiciais mais eficientes às controvérsias envolvendo a assistência à saúde. Dentre as recomendações, sobrepõe-se a seguinte:

CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de

²⁰ De acordo com art. 19-T, da Lei 8.080/90, alterada pela Lei 12.401/11, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS: “Art. 19-T: São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; [...].
(BRASIL, 2010)

Em síntese, o fornecimento judicial de terapias experimentais é questão que exige cautela, em face das incertezas quanto aos resultados e benefícios obtidos com a sua aplicação.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE

Dentro da nova ordem jurídica brasileira, instaurada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se, como já mencionado, a crescente intervenção do Judiciário em áreas tradicionalmente afetas aos Poderes Executivo e Legislativo, como por exemplo, a atividade de formular e executar políticas públicas relacionadas aos direitos sociais insculpidos na lei fundamental pátria.

Nesse particular, com a consolidação do Estado Constitucional de Direito, paradigma jurídico florescido do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passa ocupar um papel importante no efetivo cumprimento dos preceitos constitucionais democráticos, incumbindo-lhe a tarefa de suprir eventuais omissões dos Poderes Legislativo e Executivo (RESURREIÇÃO, 2012). Assim, em caso de inércia estatal, ao prejudicado é facultada a possibilidade de buscar em juízo o adimplemento de seu direito de natureza social prestacional (RESURREIÇÃO, 2012).

No Brasil, a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas pelo Poder Judiciário tem como exemplo mais notório o número crescente de ações judiciais envolvendo o fornecimento gratuito de medicamentos, tratamentos médico-hospitalares e outras prestações referentes ao direito à saúde.

No entanto, essa atuação mais progressista do magistrado, em que os dispositivos insculpidos no texto constitucional passam a ser interpretados de forma mais abrangente, deve se basear em critérios racionais e democráticos, para que se possa conferir a maior efetividade possível ao direito judicialmente requerido.

2.4 A aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro à intervenção judicial no âmbito das demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos

Nas palavras de Robert Alexy, princípios são mandados de otimização, que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes²¹ (ALEXY, 2011). Reconhecidos como normas, conferem unidade e harmonia ao sistema, servindo de arcabouço para o sistema jurídico²². Indicam, assim, valores a serem preservados e fins a serem alcançados, funcionando como uma orientação ao intérprete, cuja atuação deve buscar o sentido e o alcance das normas.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade funciona como um instrumento de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregado especialmente nas

²¹ Tal como observado por Canotilho (2000), os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, apenas determinam a otimização de um direito ou bem jurídico.

²² Nas palavras de Bonavides (2010), os princípios são responsáveis pela congruência, pelo equilíbrio e pela essencialidade de um sistema jurídico legítimo.

situações em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou interesse coletivo, implique a restrição de outros preceitos fundamentais²³ (SILVA; 2002).

Ao que se vê, o objetivo de sua aplicação é fazer com que nenhuma restrição aos direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. Dessa forma, cuida-se, fundamentalmente, como anota Mendes (2001), de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os postulados fundamentais.

De acordo com Barros (2000), adotando a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade se decompõe em três elementos ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido (SILVA, 2002). A necessidade, por sua vez, indica que as limitações de um direito fundamental somente são permitidas quando a realização do objetivo pretendido não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002).

No entanto, em alguns casos, os juízos sobre a adequação e a necessidade são insuficientes para aferir a justiça da medida restritiva adotada. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito,

²³ Nesses termos, segundo Dimoulis e Martins (2011), a proporcionalidade tem como objetivo impedir o excesso das medidas estatais que interfiram na liberdade individual.

complementando os anteriores, pondera se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido, pautando-se pela ideia de equilíbrio entre valores e bens (BARROS, 2000). A proporcionalidade em sentido estrito busca, então, garantir uma equânime distribuição de ônus, averiguando se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma (CANOTILHO, 2000), ou seja, quanto maior a limitação de um direito, maior deverá ser a efetivação do direito resguardado.

Destarte, a aplicação tridimensional do princípio da proporcionalidade contribui para racionalização da atividade jurisdicional na avaliação do direito prestacional à saúde nos pedidos judiciais de medicamentos, em busca da máxima efetividade desse direito. Assim, ao pretender concretizar o direito à saúde do litigante, mediante o fornecimento da droga requerida, o magistrado deve balizar a sua decisão segundo os pressupostos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, evitando impor ao Estado o cumprimento de obrigações desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais.

Nesse sentido, cabe ao magistrado ponderar os valores em conflito nas situações que exigem prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, examinando em que medida o direito individual em litígio merece ser garantido, diante dos impactos e das restrições que o seu cumprimento causam ao direito da coletividade, ao qual a Constituição também assegura o acesso aos serviços de saúde²⁴.

²⁴ Tem-se, aqui, a figura da colisão entre direitos fundamentais, na medida em que o exercício do direito fundamental de um titular, no caso concreto, o direito subjetivo à prestação de saúde obstaculiza,

Aliás, a obrigação de prestar todo e qualquer tratamento pleiteado judicialmente se revela incompatível com o sistema público de saúde, constitucionalmente assegurado como igualitário e universal, dados os custos finais envolvidos, motivo pelo qual a interpretação dessa garantia deve ser sistêmica, almejando a máxima abrangência e o amplo acesso a esse direito social. Para atender a tal fim, a interpretação deve, portanto, ser subsidiada, pelo critério da proporcionalidade que, compatibilização dos princípios e direitos colidentes, verifica a razoabilidade e a pertinência da pretensão individual, buscando uma decisão justa no âmbito individual e coletivo.

No primeiro momento, sob o viés da proporcionalidade, avalia-se a adequação ou efetividade da medida, impondo o descarte do meio que não consiga alcançar o objetivo proposto. Nas lides que versam sobre o fornecimento de medicamentos, o juiz deverá observar, pois, se o fármaco ou tratamento requerido é adequado e pertinente a atingir o fim almejado, ou seja, se possui eficácia na cura da doença que acomete o autor da ação.

Outro elemento importante a ser avaliado durante o juízo de adequação é o risco individual e coletivo representado pela utilização do tratamento ou medicamento requerido, por isso a escolha do magistrado deve sempre observar o uso racional e seguro dessas formas de tratamento, negando a concessão sempre que não houver provas da adequação entre o tratamento e uma possibilidade real de melhora efetiva na condição de saúde do autor da ação. Assim, faz-se necessário avaliar se o medicamento é

afeta ou restringe o exercício da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde.

adequado para os fins objetivados, evitando que eventual provimento judicial concessivo da substância acabe, involuntariamente, prejudicando a saúde do cidadão cujo direito se quer proteger.

A aplicação do critério da necessidade, por sua vez, significa que dentre os vários instrumentos possíveis, ou seja, adequados para obtenção de um fim, cabe escolher aquele que comporta as consequências menos gravosas (BARROS, 2000). Em outras palavras, dentre todos os meios, será necessário aquele que gravar o direito fundamental com menor intensidade (DIMOULIS; MARTINS, 2011). Assim, o subcritério da necessidade, ao contrário da adequação²⁵, realiza um controle mais profundo e exigente, permitindo decidir se o meio utilizado é proporcional aos propósitos perseguidos.

Para tanto, é preciso verificar se o Estado dispõe de meio de concretização alternativo que satisfaça duas condições:

a) O meio alternativo deve ser menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental. Isso permite descartar os meios igualmente ou mais gravosos que são adequados.

b) O meio alternativo deve ter eficácia semelhante ao meio escolhido, que passou pelo crivo da adequação, permitindo alcançar o estado de coisas no qual o propósito possa ser

²⁵ Isso porque, conforme Dimoulis e Martins (2011, p. 202), “o exame da adequação permite aceitar uma ampla gama de meios interventivos acarretando o risco de permitir medidas que, intuitivamente, parecem desproporcionais”.

considerado realizado. Dito de outra maneira, o meio alternativo menos gravoso deve ser adequado da mesma forma que o meio mais gravoso escolhido. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 203)

Dessa forma, como destacam Dimoulis e Martins (2011), a avaliação dos critérios elencados exige um estudo comparativo entre as várias medidas possíveis. O teste comparativo deve analisar os meios que se revelem adequados ao propósito e que intervenham no direito com intensidades diferentes. Assim, o magistrado deverá avaliar a real necessidade da medicação requerida e a impossibilidade de tal medicamento ser substituído, com eficácia equivalente, por aqueles fornecidos pelo SUS, ou por outros mais baratos. Com a avaliação das alternativas e de seus impactos, aufere-se com clareza qual o meio necessário ao fim pretendido, ou seja, aquele que menos afete os direitos envolvidos, alcance o objetivo sem prejuízo de sua eficácia²⁶ e represente menor gravame aos direitos em questão.

Nesse passo, averiguar a possibilidade de utilização de medicamento ou tratamento disponibilizado pelo SUS, ou outro mais barato que seja equivalente ao pretendido pela parte, torna-se instrumento fundamental

²⁶ Nesse delinear, Silva exemplifica (2002, p. 39): “suponha-se que, para promover o objeto O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2, que, tanto quanto M1, seja adequada a promover com igual eficácia o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária”.

no processo de cognição das ações que reclamam prestações específicas do direito à saúde.

A decisão judicial deve privilegiar a opção que, além de adequada ao caso concreto, seja a menos gravosa para as políticas públicas e para o orçamento destinado à área da saúde. Não há motivo para atender o pleito judicial do medicamento se o efeito deste, igual ou mais benéfico, pode ser alcançado mediante terapia já fornecida pelo Sistema Único de Saúde ou se a aquisição for possível, por parte do Poder Público, de forma menos dispendiosa, observados os parâmetros clínicos.

De outro norte, ainda sob o prisma da necessidade, mensurar o impacto do fármaco solicitado sobre a situação clínica do litigante, analisando qual dentre os meios disponíveis é o menos gravoso para sua própria saúde, a vista dos efeitos colaterais possíveis, também contribui para a melhor concretização do direito individual à saúde.

Após o crivo da adequação e da necessidade, todavia, o julgador deve, ainda, “realizar uma ponderação direta dos direitos que se encontram em conflito, avaliando qual possui o maior peso no caso concreto e, por essa razão, deve prevalecer” (DIMOULIS; DIMITRI, 2011, p. 210). Trata-se de utilizar o critério de proporcionalidade estrita, cujo objetivo é avaliar “se a importância da realização da finalidade justifica a intensidade uma de intervenção nos direitos fundamentais” (DIMOULIS; DIMITRI, 2011, p. 210). Isso significa um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 41).

Nesse viés, o que se busca com a aplicação de tal subprincípio é aferir se foi observada a necessária relação de congruência, suficiência, intensidade e adequação entre a restrição instituída e os benefícios coletivos alcançáveis com a medida interventiva (CASTRO, 2006). Isso porque, muitas vezes, o juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida adotada, como explica Barros (2000, p. 83):

o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir o mesmo resultado, nem por isso está a chancelar uma providência que imponha ônus demasiado ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro. (BARROS, 2000, p. 83).

Assim, malgrado uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária à promoção de outra garantia, isso não significa que ela deve ser considerada como proporcional, sendo prudente realizar um terceiro exame, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito atingido e a importância da realização da prerrogativa fundamental que com ele colide e que estabelece a adoção da medida restritiva (SILVA, 2002).

A toda evidência, com relação aos pleitos judiciais de medicamentos, a efetiva aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, assim como o exame da adequação e da necessidade, se sujeita atua como limite à concretização judicial do direito à saúde.

Dessa forma, diante da colisão entre valores, para limitar o raio de abrangência do direito à saúde, visando diminuir os impactos e restrições sobre os outros fundamentos em jogo, o magistrado precisa verificar as peculiaridades do tratamento solicitado e a situação clínica do paciente, evitando que, ao realizar o sopesamento dos elementos em conflito, o julgamento atribua maior peso a decisões que ratifiquem, por exemplo, prescrições negligentes e tratamentos inócuos.

Nesses termos, verificando se o litigante padece da doença alegada, bem como faz jus ao insumo pleiteado, o qual, além de adequado, é necessário ao caso concreto, o magistrado ainda pode refletir, com mais convicção, se a prestação material solicitada tem um peso maior do que as potenciais restrições orçamentárias.

Por fim, entende-se que na análise da prestação jurisdicional, o magistrado deve atentar para que a tutela judicial não acabe prejudicando a saúde do próprio interessado, nem cause danos ou prejuízos relevantes para o funcionamento do SUS, para que não faça, assim, prevalecer desproporcionalmente o direito à saúde sobre a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível e a eficiência da atividade administrativa, sem um motivo justificável.

2.5 A aplicação do princípio da razoabilidade como limite à atuação jurisdicional na concretização do direito fundamental à saúde nas lides envolvendo a concessão de medicamentos

Definidos o conceito e a abrangência do princípio da proporcionalidade nas ações de medicamentos, convém esclarecer que não se confunde com o princípio da razoabilidade, por possuírem naturezas distintas²⁷ e, portanto, devem ser utilizados de forma diversa.

²⁷ Conforme explica Silva (2002, p. 27-28): “Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são requisitos de validade originariamente implícitos nos sistemas jurídicos e embora grande parte da doutrina empregue os termos indistintamente é preciso diferenciá-los, especialmente para legitimar a aplicação dos institutos mediante a observância dos critérios jurídico-metodológicos a eles pertinentes. Nessa linha: “Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-ia dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados em sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos

Conforme observa Pontes (2000, p. 89), “enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias”, a proporcionalidade “determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos” (PONTES, 2000, p. 90).

Segundo Barroso (1998), o princípio da razoabilidade serve como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, aferindo se eles estão informados pela justiça, valor superior e inerente a todo ordenamento jurídico²⁸. No mesmo delinear, Oliveira (2009) traz o seguinte conceito:

O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de

cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversas, caso seja aplicado um ou outro critério.”

²⁸ Sobre o princípio, Oliveira conceitua que: “O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade”. (OLIVEIRA, 2003, p. 92). Nesse delinear, Guzella (2009, p. 1982) preleciona: “O princípio da razoabilidade é de suma importância no controle dos atos do poder público, vez que possibilita a inserção do Poder Judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais, onde a razoabilidade permite um controle que possibilite aferir questões de justiça, buscando a observância de valores fundamentais esculpido na Carta Política”.

competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão. (OLIVEIRA, 2009, p. 73)

A fim de explicar melhor a estrutura do princípio, Ávila (2011), a partir da reconstrução dos critérios implicitamente utilizados pelo STF, apresenta o princípio da razoabilidade sobre três aspectos, a equidade, a congruência e a equivalência.

Do ponto de vista da equidade, a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Em outros termos, a aplicação das normas deve observar as individualidades do caso concreto, indicando sob qual perspectiva a lei deve ser aplicada ou em que hipóteses o caso concreto deixa de se enquadrar na norma geral (ÁVILA, 2011).

Dessa forma, “a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação” (ÁVILA, 2011, p. 167). Como explica Oliveira (2003, p. 92):

[...] existirão exceções para a aplicação de uma regra que não estarão contidas em seu bojo, podendo somente o administrador percebê-las no momento em que analisar as minúcias específicas de dada situação, onde só então perceberá que a aplicação da

norma naquela situação não seria razoável, devendo esta, portanto, ser afastada.

Nesses termos, nas demandas relativas ao direito à saúde, para indicar em quais hipóteses a situação do litigante deve se subsumir a hipótese do artigo 196, o magistrado deve estar atento às especificidades do caso *sub judice*, pois embora o comando constitucional expresse o compromisso do Estado em garantir a todos os cidadãos o pleno direito à saúde, não se mostra razoável, por exemplo, condená-lo ao fornecimento de prestações de eficácia e segurança não comprovada, já que tal hipótese se mostra incompatível com o direito garantido pelo constituinte, ante os danos que possam causar à saúde do demandante.

Partindo dessa perspectiva, a decisão judicial deve apreciar a eficácia e a aplicação do fármaco ao caso concreto, especialmente no que tange às drogas experimentais, cuja concessão de modo indiscriminado e sem provas suficientes de sua real eficácia não se amolda à proteção instituída no artigo 196. Nesses casos, a razoabilidade pode funcionar como um corretivo da lei caso seja omissa por sua generalidade (ÁVILA, 2011).

Por sua vez, sob o ângulo da congruência, o postulado da razoabilidade “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação” (ÁVILA, 2011, p. 167), assim, o axioma aponta para a conciliação dos comandos com suas condições externas, balizada por uma interpretação que aprecie a regra geral em face da conjuntura social a que se dirige. Nesse sentido, as normas não podem ser interpretadas isoladamente, de forma desvinculada da realidade social, cabendo ao aplicador do

direito à realização de um confronto com parâmetros externos a ela.

Desse modo, mostra-se importante à conciliação entre a ideia de congruência e a concretização do direito à saúde, pois diante da finitude dos recursos públicos, condição externa da qual depende a sua efetivação, o emprego da razoabilidade pode evitar a concessão de tratamentos médicos inseguros ou bastante dispendiosos, na medida em que verifica, por exemplo, a necessidade da medicação requerida e a impossibilidade de ser substituída, por aqueles fornecidos pelo SUS, ou por outros mais baratos.

Quanto ao último aspecto da subdivisão, a razoabilidade impõe “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (ÁVILA, 2011, p. 170). Em outras palavras, deve haver uma proporção justa entre a medida e o critério adotado para atingir a finalidade dessa medida.

Com efeito, nas lides relativas à concessão de tratamento e insumos terapêuticos, o julgador precisa estabelecer uma relação de equivalência entre a condição clínica do autor e a prestação concedida, devendo se afastar sempre da concessão excessiva ou escassa, não permitindo, pois, que o Estado forneça mais ou menos do que o necessário.

Em síntese, para atingir a máxima concretização do direito à saúde, em face da realidade social, interesses, princípios e garantias em conflito, compete ao intérprete ponderar as colisões através do emprego dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, cujo sopesamento permite a interpretação sistêmica do aludido comando constitucional.

2.6 A ponderação do mínimo existencial como critério de avaliação do direito prestacional à saúde nas lides que versam sobre o fornecimento de medicamentos

Embora o texto constitucional brasileiro não contemple de maneira expressa e direta a proteção do mínimo existencial, a ideia de um conteúdo essencial decorre, como asseveram Mendes, Coelho e Branco (2009), do próprio modelo garantista utilizado pelo constituinte, o qual veda categoricamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1998, art. 60, §4º, IV).

Nesse sentido, Grinover (2009, p. 15) destaca que os direitos cuja “implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegura o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade da pessoa humana”.

O referido princípio corresponde, portanto, “a um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas²⁹” (TORRES, 1990, p. 69). No mesmo delinear seguem as considerações de Sarlet (2007, p. 68)³⁰:

²⁹ Segundo Torres (1990, p. 69): “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

³⁰ Sarlet (2007) ressalva que a garantia de uma existência digna não pode ser reduzida a mera sobrevivência física, sustentando que uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana. Destarte, segundo suas reflexões, “o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o que se tem chamado de

[...] as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial e, também, um mínimo existencial sociocultural, que objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social.

A construção do princípio do mínimo existencial encontra, pois, fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual expressa a ideia de um núcleo mínimo de direitos fundamentais “sem o qual não é viável o desenvolvimento da vida humana em patamares dignos” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 420). Dessa forma, concorda-se que a garantia do mínimo existencial decorre da proteção da vida e da dignidade humana³¹, o que nunca poderá ser compreendido de forma descontextualizada.

mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”. (SARLET, 2007, p. 68-69). Portanto, as expressões não são aqui tratadas como sinônimas, já que “mínimo vital” compreenderia as prestações materiais necessárias à subsistência, enquanto o vocábulo “mínimo existencial” tem um sentido mais abrangente, envolvendo todas as prestações necessárias a uma vida com dignidade, que não se resume à sobrevivência.

³¹ Nesses termos, Figueiredo (2007, p. 200) declara que: “há um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecido in concreto, segundo as características do próprio direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que não pode jamais ser ultrapassado, sob pena de negação do próprio direito, dos demais direitos fundamentais.

As prestações que integram o mínimo existencial precisam, portanto, ser estabelecidas dentro do caso concreto, por meio da ponderação das condições do titular do direito e do estágio de desenvolvimento social e econômico alcançado pela sociedade, afinal, conforme Watanabe (2011), trata-se de conteúdo, além de variável histórica e geograficamente dinâmico e evolutivo.

Na lição de Torres (1990), a compreensão do axioma comporta duas dimensões distintas, de um lado, o direito de não ser privado do que se julga primordial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito a exigir do Estado as prestações que traduzam esse mínimo³². Partindo dessa perspectiva, Figueiredo (2007) explica que o primeiro sentido traduz a dimensão defensiva do mínimo existencial, a qual coíbe ingerências sobre o status material e a qualidade de vida já alcançadas pelo indivíduo; enquanto a proteção positiva corresponde ao direito de exigir prestações materiais concretas.

Além disso, no contexto da dimensão defensiva, há que se considerar o princípio da proibição do retrocesso, definido como uma barreira que veda a edição de medidas relativas à redução, anulação ou revogação do núcleo essencial já reconhecido aos indivíduos. Em outras palavras, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de

(pela ausência de condições de exercício da liberdade) e da dignidade da pessoa que o titule”.

³² Nas palavras do autor: “O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra [...]”. (TORRES, 1990, p. 70)

direito social, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (CUNHA, 2001).

Em face do referido princípio, a discussão sobre a concretização do direito constitucional à saúde nos processos judiciais que envolvam o requerimento de tratamentos ou medicamentos não deve ficar adstrita às listas do SUS, já que muitas vezes a terapia médica indispensável à sobrevivência do autor justamente não faz parte dos serviços padronizados pelo Poder Público. Negar a pretensão autoral sob o argumento da não padronização, sobretudo sem a realização de perícia médica que comprove a prescindibilidade da terapia, vai contra o objetivo de efetivação dos patamares de garantia do direito individual à saúde já alcançados.

Assim, embora deva ser privilegiada a relação de insumos previstos pelo SUS, é necessária que seja concedida medida diferente da disponibilizada sempre que, por razões específicas da doença, do organismo do autor e do contexto social, as alternativas oficiais se mostrem ineficazes para o tratamento. O Poder Judiciário pode garantir, a partir da sua intervenção racional, a correta aplicação dos preceitos contidos no artigo 196 da Constituição Federal, velando pelo direito à vida e à saúde, sem incidir em retrocesso e garantindo a proteção do mínimo existencial.

Como destaca Figueiredo (2007), a avaliação do mínimo existencial deve sopesar as necessidades das pessoas caso a caso, “estabelecendo um juízo de adequação do mínimo existencial ao nível de vida, à situação social e às necessidades de quem de quem postula a tutela, permitindo a conformação das obrigações decorrentes do

direito às diferentes circunstâncias pessoais de cada um” (FIGUEIREDO, 2007, p. 195).

A falta de uma avaliação detida no caso concreto causará, via de regra, controvérsias importantes, dada a dificuldade de definir apriorística e taxativamente o conteúdo do mínimo existencial, o que se potencializa nos casos de colisão com a reserva do possível³³.

O princípio da reserva do possível se relaciona com as limitações orçamentárias e financeiras que restringem o integral atendimento dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. A ideia central é a de que “para cada necessidade a que se pleiteie uma prestação positiva haverá, ou não, a possibilidade material para seu fornecimento³⁴” (COSTA, 2010, p. 23). A expressão identifica, portanto, o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis em face das necessidades quase sempre finitas a serem supridas pelo poder público.

Assim, de acordo com Figueiredo (2007), o custo das prestações materiais impõe restrições em dois sentidos. De um lado, trata da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, da limitação da efetividade

³³ Nesse diapasão, o ponto mais polêmico em termos de exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas diz respeito à chamada reserva do possível, ou seja, a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais na condição de direitos a prestações estatais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012)

³⁴ Assim, o princípio da reserva do possível, cuja origem se remonta à Corte Constitucional da Alemanha, adverte que a promoção das garantias constitucionais de segunda geração depende da existência de recursos públicos disponíveis, ou seja, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional somente podem ser exigidos do Estado se presentes as condições financeiras para tanto.

dos direitos a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas garantias; e de outro ângulo, traz a lume o problema da possibilidade, ou não, do Poder Judiciário impor aos demais atores estatais a satisfação das prestações reclamadas.

A vista disso, a dimensão subjetiva do direito à saúde se relaciona com a reserva do possível mediante três dimensões delineadas por Sarlet (2010, p. 287):

(a) a real disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos sociais;

(b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;

(c) e o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.

Sarlet (2010) ressalta que essas três dimensões estão vinculadas entre si e guardam relação com outros princípios e regras constitucionais, no sentido de uma solução sistemática e constitucionalmente adequada, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não

como barreira intransponível, mas como ferramenta para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional. Por tudo isso, o postulado não pode ser entendido como um obstáculo intransponível à realização dos direitos sociais pela esfera judicial e deve ser lido sob a ótica da maximização dos recursos, de forma a minimizar os impactos das decisões judiciais sobre o orçamento público³⁵ (SARLET, 2010).

Dito isso, compreende-se que “a reserva do possível pode conviver com o mínimo existencial, desde que atendidas às demandas relacionadas a esse mínimo, para que só então possa haver uma discussão acerca dos recursos públicos remanescentes” (MORAES, 2009, p. 07). Aliás, como bem aponta Barcellos (2002, p. 266 e 268), a limitação de recursos existe, de modo que, assim, “os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados”; e, se houver algum recurso remanescente, este poderá ser empregado “de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”, ou seja, poderá ser aplicado para atender a necessidades supérfluas ou para maximizar as necessidades básicas, promovendo o aumento contínuo das prestações sociais. O entendimento é

³⁵ Nesse passo, Sarlet (2010, p. 288) preleciona: “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também pode atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.

compartilhado por Sarlet e Figueiredo (2008, p. 30), que explicam:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial há que se reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação dos direitos e a exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos [...].

Dentro desse contexto, ante a necessidade de ponderações, as questões atinentes à reserva do possível devem sempre ser avaliadas no caso concreto, identificando a real necessidade da prestação reclamada e a efetiva relação com o mínimo existencial. Nesse sentido, a fim de dimensionar o mínimo existencial, o magistrado deve observar as circunstâncias concretas do caso e do indivíduo que requer a tutela, cabendo sopesamentos conforme a hipótese de fato.

Nesse viés, decisões que concedem fármacos, sem evidências de sua eficácia e segurança, bem como sua aplicabilidade ao caso em exame, podem agravar a situação do paciente e incorrer em afronta ao aludido princípio e, por consequência, também atentar contra a reserva do possível, motivo pelo qual se faz necessário identificar a relação entre a terapia solicitada e a garantia do mínimo existencial do demandante.

Assim, o Poder Judiciário deve valorar o padrão mínimo, ante as circunstâncias específicas de cada situação, buscando a solução mais compatível com a garantia de uma

existência digna ao requerente. Por fim, não se olvide que ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, além de estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos, evitam-se julgamentos desarrazoados e despesas desnecessárias.

CONCLUSÃO

O direito à saúde, reconhecido expressamente pela Constituição Federal de 1988 e classificado como um preceito fundamental, pertence ao rol das garantias de segunda dimensão, as quais se reportam as prestações positivas exigíveis do próprio Estado. O expressivo número de ações judiciais movidas em face do Poder Público pleiteando a determinação de terapias e medicamentos, representa, hoje, uma parcela significativa dos gastos na área da saúde.

Ante tudo o que foi discutido até aqui, é preciso reconhecer que, muito embora de fundamental importância, o direito à saúde não pode ser compreendido pelo Poder Judiciário como absoluto, capaz de assegurar todo e qualquer procedimento que seja pleiteado judicialmente, independe das políticas públicas destinadas à sua concretização. É essencial, ao dimensionar o direito, tomar em consideração os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, além de não olvidar dos comandos do mínimo existencial e da proibição do retrocesso.

As decisões que deixam de avaliar de forma profunda a dimensão do direito à saúde no caso concreto, notadamente nos casos que envolvem terapias experimentais ou de alto custo, determinando ao Estado a concessão de tratamentos sem a mínima comprovação de sua adequação e necessidade, comprometem as atividades do SUS e, por consequência, a garantia do direito a outros cidadãos.

Dentro dessa perspectiva, as deliberações que atendem à necessidade imediata do jurisdicionado, sem observar qualquer parâmetro ou critério, sob a presunção de assegurar o exercício de um preceito constitucionalmente protegido, obstam o efetivo cumprimento do direito à saúde, bem como sua máxima efetividade, pois impedem a otimização dos recursos públicos reservados à promoção da saúde.

Assim, a postura assumida pelo magistrado dentro dos contornos estabelecidos pelo Estado Constitucional de Direito deve primar por escolhas consentâneas à interpretação proativa da Constituição, expandindo seu sentido e alcance, utilizando, para tanto, da ponderação dos direitos e princípios conflitantes.

Destarte, a compatibilização e harmonização dos bens em choque, viabiliza a interpretação sistemática do texto constitucional, já que hierarquização dos princípios e das regras constitucionais em rota de colisão, observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, tem o condão de extrair o bem mais relevante.

Nesse sentido, o magistrado deve conciliar a dimensão individual e coletiva à saúde, uma vez que a avaliação cautelosa da prestação exigida evita que o direito do paciente individualmente considerado seja preferente ao direito de outros indivíduos igualmente tutelados.

A apreciação balizada pelos critérios e parâmetros indicados, oportuniza ao magistrado uma ponderação mais sensata dos interesses e direitos em conflitos, diminuindo os prejuízos suportados pela

coletividade, muitas vezes privada de recursos, os quais acabam destinados a poucos indivíduos – que poderiam ter sua pretensão negada ou substituída, em razão, por exemplo, da ineficácia da farmacoterapia exigida. Diante da escassez de recursos, surge a necessidade de colocar balizas ao poder hermenêutico dos juízes, a fim de evitar gastos desnecessários e oportunizar escolhas que busquem o menor prejuízo e o melhor atendimento ao maior número de pessoas possível.

De outro norte, importante destacar que a adoção de parâmetros objetivos pelos julgados não afasta, porém, a possibilidade de que tratamentos não incorporados pelo SUS sejam concedidos. Defende-se, nesses casos, o condicionamento de tal obrigação à instrução processual apoiada em elementos de prova consistentes e seguros, para que o magistrado identifique a pertinência do fármaco requerido, bem como ateste a impossibilidade de sua substituição pelas alternativas contidas nas listas oficiais.

Nesse cenário, privilegiar a concessão dos medicamentos contidos nos protocolos oficiais não significa que o Poder Judiciário não possa decidir de modo diverso se, por motivos específicos devidamente demonstrados nos autos, reste comprovado que o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde não é eficaz no caso concreto.

Dessa forma, demonstrada a essencialidade do medicamento à sobrevivência e dignidade do paciente, o juiz deve fornecê-lo, resguardando a máxima do mínimo existencial, a despeito dos custos que tal decisão implique. Por outro lado, diante de eventual ineficácia do tratamento exigido ou a possibilidade de substituição por alternativa de idênticos efeitos disponibilizada pelo poder público, a

negativa é medida que se impõe, norteadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, conclui-se que a interferência judicial nas políticas públicas relacionadas à distribuição de medicamentos deve ser pautada pela interpretação sistêmica do direito à saúde, almejando sua máxima abrangência e o amplo acesso a essa garantia e dimensionando em que medida o direito individual em litígio merece ser atendido, diante dos impactos e restrições que a sua concretização implica ao direito da coletividade.

Assim, sempre que possível, o magistrado deve aferir a real necessidade do tratamento, bem como sua eficácia e razoabilidade, evitando, dessa forma, o fornecimento de insumos cuja eficácia seja duvidosa ou não comprovada e de terapias de alto custo que possuam equivalentes na lista padronizada do SUS e, conseqüentemente, os gastos excessivos e desnecessários.

REFERÊNCIAS

- AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. **O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamento excepcional.** 2009. 367 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Francisco P. de Lara; BITTENCOURT, Liliana. Judicialização do direito: do Estado Legislativo ao Estado Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás**, v. 32, n. 1, p. 247-260, 2008.
- ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p.1-42, 2005.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Sao Paulo, v. 23, p. 65-78, abr. 1998.

BELTRAME, Alberto. **Ampliação do acesso a medicamentos de alto custo uma análise da Política Brasileira**. 2002. Dissertação (Mestrado) –Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____.; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber. (Org). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- _____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg -STA nº 175/CE**, Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 30.04.2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf>. Acesso em: maio. 2015.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº31 de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: maio. 2015.
- _____. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 338**, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Seção 1 n. 96, 20 de maio de 2004. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- _____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2011.
- _____. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **O Sistema Único de Saúde e a Qualificação do Acesso**. Brasília: CONASS, 2009.
- _____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2003.
- _____. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. **Parecer nº 1.200/2011-AGU/CONJUR-MS/HRP**. Ilegalidade de fornecimento judicial de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, 2011b.

_____. **Lei Federal n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8080.htm>. Acesso em: 5 de jun. de 2015.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria GM nº 2.577, de 27 de outubro de 2006**. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Diário Oficial da União, 10 novembro, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM nº 2.981, de 26 de novembro de 2009. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Brasília, 2009.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

_____. Ministério da Saúde. Secretária de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Curso de Direito Constitucional.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos(s)**. Madrid: Trotta, 2005.
- COSTA, Ivana Ganem. **Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos**. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, v. 5, n. 54, p. 7-40, 2010.
- CUNHA, João Paulo Pinto da; CUNHA Rosani Evangelista da. **Sistema Único de Saúde: Princípios**. In: Brasil. Ministério da Saúde. **Gestão Municipal de Saúde: Textos básicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2001.
- CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2012.
- CORDEIRO, Hésio. O Insituto de Medicina Social e a luta pela Reforma Sanitária: contribuição à história do SUS. **Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 343-362, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

- DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos Excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.
- FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 109-126, 2014.
- FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.
- FERRAREZI, Elisabete; OLIVEIRA, Mariana S. de C. Conferências Nacionais de Saúde e Processos Participativos na Administração Pública Brasileira. Estudo de caso elaborado em 2010. In: **Casoteca de Gestão Pública** – Escola Nacional de administração pública.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta ;VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v .52, n. 1, p. 223-251, 2009.
- FERREIRA, Michelyne; MOURA, Alda Alice Gomes de Moura. **Evolução da política de recursos humanos a partir da análise das Conferências Nacionais de Saúde**. Recife: Centro de Pesquisas Abreu Magalhães – Fiocruz, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** 2007. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 8-30, 2010.

GUASTINI, Riccardo. A "constitucionalização" do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2005.

GUZELLA, Tathiana Laiz. **Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso na ordem tributária penal.** 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/15_1128.pdf>. Acesso em: mai. 2015.

MARIN, Nelly (Org.) et al. **Assistência Farmacêutica para gerentes municipais de saúde.** Rio de Janeiro: OPA/OMS, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Flávia Bahia. **O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo**. 2008. 150f. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, vol. I, n. 5, agosto 2001.

MENDES, Marcelo Barroso. **A propriedade intelectual e a perspectiva contra-garantista do mínimo existencial**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=132270>

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande,

XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: mai. 2015.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de Oliveira. Neoconstitucionalismo, ativismo e Poder Judiciário na leitura democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 89, p. 169-215, out/dez, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta Oliveira. O regime jurídico-administrativo e os princípios da finalidade e razoabilidade. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, v. 2, p. 157-171, 2009.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz Da. **A Defensoria Pública na concretização dos direitos sociais pela via do ativismo judicial**. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. rev. Barueri, SP: Manole, 2007.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. 2011. 210 f. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 4, p 1-22, 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

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

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan/mar, 2009.

- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade as normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro**, n. 42, p. 69-70, jul./set. 1990.
- VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.
- WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-25. 2011.