

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

TÂNIA FRITZ

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO À
LUZ DA CRISE ESTATAL E DA REALIDADE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS DE
TUCUNDUVA E NOVO MACHADO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

TÂNIA FRITZ

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO À
LUZ DA CRISE ESTATAL E DA REALIDADE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS DE
TUCUNDUVA E NOVO MACHADO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Me. Lairton Ribeiro de Oliveira

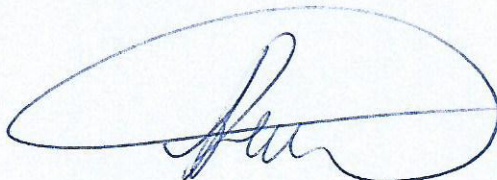
Santa Rosa
2018

TÂNIA FRITZ

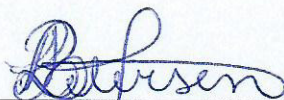
**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO À
LUZ DA CRISE ESTATAL E DA REALIDADE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS DE
TUCUNDUVA E NOVO MACHADO.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

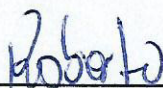
Banca Examinadora



Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira – Orientador



Prof.ª Dr.ª Letícia Lassen Petersen



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 22 de novembro de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho de conclusão de curso à minha mãe, que sempre me deu apoio nessa jornada acadêmica, bem como aos demais familiares e amigos que torcem por mim e pelo meu futuro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao orientador Mestre Lairton Ribeiro de Oliveira por toda a dedicação e auxílio na elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço ao Defensor Público Dr. Tarcizio Scherer Perlin por todos os ensinamentos que me foram passados durante os 02 (dois) anos de Estágio na Defensoria Pública de Tucunduva/RS.

“Grata por tudo que tenho. Lutando
por tudo que sonho”.

Autor Desconhecido

RESUMO

O tema da presente monografia trata da análise do direito fundamental à saúde e de sua judicialização, à luz da realidade social, principalmente, de municípios pequenos. Delimitou-se o tema de forma a analisar a (in)efetividade do direito à saúde, bem como os obstáculos principiológicos enfrentados pelo Estado para a sua efetivação, sem se olvidar das dificuldades impostas aos cidadãos em caso de necessidade de busca da via judicial para satisfação desse elementar direito. Ainda, como formação de um terceiro aspecto, busca compreender as bases das demandas judiciais de medicamentos, bem como a realidade social e econômica do cidadão que pleiteia o tratamento através do Estado-juiz. O estudo desta realidade tomou por base dados correspondentes aos Municípios de Tucunduva e Novo Machado, localizados no Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Assim, o problema norteador da abordagem constituiu-se em averiguar a forma como teorias da reserva do possível e a utilitarista, assim como as colisões principiológicas da Administração Pública interferem na efetividade do direito à saúde. Além das teorias, buscou-se investigar a possibilidade de a judicialização da saúde apresentar limitações aos cofres públicos e à efetividade das políticas públicas. Por outro lado, tencionou-se debater acerca dos parâmetros para a propositura de tais demandas, mediante análise dos dados da Defensoria Pública da Comarca de Tucunduva, que abrange os Municípios estudados. O objetivo geral da monografia consistiu em resgatar um contexto histórico do direito fundamental à saúde até os dias atuais, sem deixar de estudar as possibilidades de violação ao direito à saúde e interferência no mínimo existencial do cidadão no caso de indeferimento do medicamento na via administrativa. A temática em si é relevante à esfera acadêmica, uma vez que trata de assunto atual e relevante na sociedade, tomando por base os recentes acontecimentos no campo da saúde, fixando perspectivas futuras acerca da judicialização, inclusive com o julgamento do recurso repetitivo classificado sob o tema 106, julgado neste ano. A caracterização metodológica da pesquisa é teórico-empírica, com tratamento qualitativo e quantitativo dos dados, fins exploratórios e explicativos, efetivados por emprego de material bibliográfico e documental. Analisaram-se os dados pelo método hipotético-dedutivo, desenvolvendo-se os dados pelo procedimento histórico. A abordagem inicia por um resgate temporal e legislativo da saúde no Brasil. Partindo-se dessa premissa, estudam-se as limitações alcançadas tanto pelo cidadão como pelo Estado, que, inicialmente são principiológicas e teóricas, mas que no desenvolver do raciocínio tomam por base, como diagnóstico as dificuldades sociais e financeiras existentes no país, buscando-se delinear algumas perspectivas para a mitigação do problema. Como conclusão, tem-se uma análise geral dos empecilhos enfrentados tanto pelo cidadão como pela Administração Pública, cujas perspectivas de mitigação perpassam pelo aperfeiçoamento dos parâmetros de gestão, tanto administrativos quanto judiciais, além da própria compreensão de que o Estado não possui condições, no atual estágio, de fornecer tudo a todos, circunstância que põe em relevo solidariedade social como mais uma perspectiva de melhoria do processo de efetivação deste.

Palavras-chave: saúde – direito – judicialização – princípios – perspectivas.

ABSTRACT

The theme of this monograph deals with the analysis of the fundamental right to health and its judicialization, in light of the social reality, especially of small municipalities. The issue was delimited in order to analyze the (in) effectiveness of the right to health, as well as the fundamental obstacles faced by the State for its implementation, without forgetting the difficulties imposed on citizens in the event of a need to search the judicial system for satisfaction of this right elemental. Still, as a third aspect, it seeks to understand the bases of the judicial demands for medicines, as well as the social and economic reality of the citizen who claims the treatment through the State-judge. The study of this reality was based on data corresponding to the Municipalities of Tucunduva and Novo Machado, located in the Northwest of the State of Rio Grande do Sul. Thus, the guiding problem of the approach was to investigate how theories of the reserve of the possible and the utilitarian, as well as the principles of the Public Administration interfere in the effectiveness of the right to health. In addition to the theories, it was sought to investigate the possibility that the judicialization of health presents limitations to public coffers and the effectiveness of public policies. On the other hand, it was intended to discuss the parameters for the filing of such demands, by analyzing the data of the Public Defender's Office of the Tucunduva Comarca, which covers the Municipalities studied. The general objective of the monograph consist in rescue a historical context of the fundamental right to health until the present day, without neglecting to study the possibilities of violation of the right to health and interference in the minimum existential of the citizen in case of rejection of the medication in the administrative route. The subject matter itself is relevant to the academic sphere, since it deals with current and recurrent issues in society, based on recent events in the field of health, establishing future perspectives on judicialization, including the judgment of repetitive recourse classified under theme 106 occurred this year. The methodological characterization of the research is theoretical-empirical, with qualitative and quantitative treatment of data, exploratory and explanatory purposes, made effective by the use of bibliographical and documentary material. The data were analyzed by the hypothetical-deductive method, developing the data by historical procedure. The approach begins with a temporal and legislative rescue of health in Brazil. Based on this premise, we study the limitations achieved by both the citizen and the State, which are initially principles and theoretical, but that in the development of the reasoning they take as a basis, as a diagnosis, the social and financial difficulties that exist in the country, some perspectives for mitigating the problem are outlined. As a conclusion, there is a general analysis of the obstacles faced by both the citizen and the Public Administration, whose prospects for mitigation include the improvement of management parameters, both administrative and judicial, and the very understanding that the State does not have conditions, current stage, to provide the essential to all, a circumstance that highlights social solidarity as another perspective of improvement of the process of.

Keywords: health - law - judicialization - principles – perspectives.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARESP – Agravo em Recurso Especial
Art. – Artigo
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNS – Conferência Nacional de Saúde
CONASEMS – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do Sistema Único de Saúde
CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015
Dataprev – Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social
DF – Distrito Federal
Dr. – Doutor
EBC – Empresa Brasileira de Comunicação
FNS – Fundo Nacional de Saúde
Funrural – Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
Inc. - inciso
IPTU – Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana
IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor
ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
ITCMD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação
MG – Minas Gerais
Min. – Ministro

Nº - número

OAPS - Observatório de Análise de Políticas em Saúde

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PNAF – Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PPA – Plano de Pronta Ação

p. – página

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

Sistema AME – Sistema de Administração de Medicamentos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

USP – Universidade de São Paulo

§ - parágrafo

% - por cento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O TRATAMENTO NORMATIVO INTERTEMPORAL DA SAÚDE PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
1.1 A NORMATIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL ANTES DA CARTA MAGNA DE 1988	17
1.2 O DIREITO À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE: CARTA MAGNA DE 1988 E DAS LEIS 8.080/90 E 8.142/90	23
2 A PRINCIPIOLOGIA ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL PÓS 1988 E AS TEORIAS APLICÁVEIS NA SOLUÇÃO DAS CONTENDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE	34
2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES, ISONOMIA, CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E EFICIÊNCIA	35
2.2 DIGNIDADE HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL E TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS	45
3 DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS MUNICÍPIOS DE TUCUNDUVA E NOVO MACHADO	54
3.1 DIAGNÓSTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS MUNICÍPIOS DE TUCUNDUVA E NOVO MACHADO.....	56
3.2 PERSPECTIVAS E PARÂMETROS PARA A RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS COM BASE NA SOLIDARIEDADE E NA BOA-FÉ.....	64
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	76
ANEXOS	85
ANEXO A – DECLARAÇÃO DE SOLICITAÇÃO DE DADOS À DEFENSORIA PÚBLICA.....	86

INTRODUÇÃO

As questões de saúde sempre estiveram em pauta no Brasil. Sabe-se que nos primórdios da formação do Estado brasileiro, a situação da saúde pública no país era precária, mas que foi aperfeiçoada no decorrer dos séculos.

A saúde é um direito de segunda geração, que se formou no Estado Social. É um direito social, que foi incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio. Prova disso é o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que nomeia a saúde como um direito social fundamental.

Este direito, com o advento do Estado Democrático de Direito, deve ser garantido pelo Estado, para promoção da dignidade da pessoa humana. O Brasil é signatário de convenções e tratados internacionais que se fundam na proteção do indivíduo e incorporou tais normativas à sua Carta Magna, fundamentando-se na dignidade humana, se automeando, inclusive como um Estado Democrático de Direito, no caput do art. 1º.

Para que haja saúde aos indivíduos, a Administração Pública precisa dispor de recursos suficientes para o alcance de tal direito a todos, ou seja, no seu caráter universal. Por isso, a criação do Sistema Único de Saúde para atender aos indivíduos de todas as classes sociais. A política pública, na sua estrutura formada pela assistência farmacêutica, distribui medicamentos essenciais ao controle e combate de doenças.

Contudo, há questões limitadoras para se almejar a garantia fundamental e conseqüentemente, a ampliação do sistema de distribuição farmacêutica, que está limitada por Lista emitida pelo Ministério da Saúde, pois os recursos pelo Estado são finitos e necessitam de constante gerência. Dadas as circunstâncias, o Ente não consegue propor o mais amplo leque de assistência farmacêutica e inúmeros pacientes necessitam tratar doenças com medicamentos que não estão inclusos, nem na RENAME, nem na Portaria do Ministério da Saúde, das quais se disporá no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso.

Diante disso, esta abordagem volta-se à análise do direito fundamental à saúde, tendo como delimitação temática a análise da judicialização do fornecimento

de medicamentos à luz da crise estatal e da realidade social nos Municípios de Tucunduva e Novo Machado.

Em complemento, o problema da presente abordagem consiste em buscar entender alguns dos princípios da Administração Pública, somados à teoria da reserva do possível e à teoria das escolhas trágicas e a forma como colidem com as prerrogativas fundamentais do indivíduo, enquanto sujeito de direitos, buscando-se diagnosticar se há ou não a mitigação do direito fundamental à saúde, assim como prejuízos financeiros ao Estado.

Como hipótese, busca-se observar se há ou não judicialização exacerbada, bem como a (in) existência de ações judiciais protocoladas por quem não detém a condição de hipossuficiente.

O objetivo geral consiste em resgatar o contexto histórico de desenvolvimento da saúde, ambicionando desvelar o progresso de tal direito no país, temporal e legislativamente, por meio de leis e doutrinas, adentrando no atual Sistema Único de Saúde e na forma como esse foi criado. Ainda, busca conceituar alguns dos princípios que embasam a política pública, explicando-os de forma breve, bem como aponta o modo inicial de limitação do caráter essencial da temática, dispendo momentaneamente sobre a Lei Estadual 9.908/93 e o posicionamento de algumas das jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Os objetivos específicos por outro lado, buscam estudar os fundamentos jurídicos e doutrinários do direito à saúde, bem como os conflitos principiológicos enfrentados pelo aparato estatal na sua efetividade, principalmente nas questões de judicialidade da saúde pública, além das teorias da reserva do possível e das escolhas trágicas. Por último, pretende-se investigar se há efetiva violação ao direito à saúde, em caso de medicamento indeferido em pleito administrativo e judicial, tomando por base a realidade socioeconômica enfrentada pelo cidadão. Reitera-se que, nesse ponto, essa questão buscará ser respondida tomando-se por base a análise feita nos municípios anteriormente mencionados, ao examinar as perspectivas tentando-se, ao final, propor uma solução ao dilema da judicialização.

Com efeito, vislumbra-se a pertinência do assunto, uma vez relevante à sociedade, tanto dentro como fora da academia, sobretudo se considerado que nos anos de 2017 e 2018, entraram em pauta várias mudanças na área da saúde, inclusive a ordem de suspensão das demandas judiciais de medicamentos (em razão de matéria de recurso repetitivo), proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e

que foi julgada no final do mês de abril deste ano. Não menos importante, justifica-se também a relevância, em razão do estudo de princípios da Administração Pública colidentes com a efetividade da saúde em matéria de judicialização, de forma a averiguar se há evidente violação a tal direito em caso de não fornecimento de medicamentos de baixo custo.

Assim, para a realização do presente estudo proceder-se-á a metodologia na categoria teórico-empírica, com fins exploratórios e explicativos (na forma qualitativa e brevemente quantitativa), efetivados pela coleta de dados documental e bibliográfico, tendo como principais referências doutrinas, jurisprudências e leis que regulamentam o sistema normativo de saúde do país. Ainda ressalta - se que os métodos de abordagem e de procedimento empregados são hipotético-dedutivo e histórico, respectivamente.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso será estruturado iniciando o primeiro capítulo pelo tratamento normativo intertemporal, de forma a comparar os progressos em um antes e depois da Constituição Federal de 1988. O “antes” a saúde como um direito fundamental nos moldes da Declaração Universal de Direitos Humanos, analisará as perspectivas históricas com início no “descobrimento” do Brasil, e o enfrentamento do tema nas constituições que antecederam à Carta Magna atualmente vigente.

O “depois” ocupar-se-á da análise das progressões legislativas após 1988, bem como as normativas que deram início à política pública do Sistema Único de Saúde (SUS), tal qual a conhecemos hoje, quais sejam, as Leis Federais nº 8.080/90 e 8.142/90, sem esquecer-se de debater ainda, acerca da atual política farmacêutica presente na sistemática desse aparato de saúde pública, consistentes numa breve análise da Política Nacional de Medicamentos (PNM). Por fim, no encerramento do primeiro capítulo, mostra-se importante mencionar a questão da assistência farmacêutica no Rio Grande do Sul, em específico a Lei Estadual nº 9.908/93, como primeiro modo de limitação do direito à saúde e conseqüentemente, do fornecimento de medicamentos, além de explanar brevemente acerca dos princípios colidentes com a judicialização do fornecimento de medicamentos.

Em seguida no segundo capítulo, tentar-se-á evidenciar que a judicialização da saúde, na sua maioria é conseqüência de uma não prestação por parte do Estado. Por um lado, buscar-se-á analisar se as conseqüências da ação judicial podem, eventualmente, acarretar na violação de princípios aos quais o Ente está

subordinado. Ainda, investigar-se-á a constante interferência do Poder Judiciário nas questões da Administração Pública, que poderia culminar também numa violação de princípio, mas de um princípio constitucional. De outra banda, além de buscar os princípios violados, tentar-se-á perquirir se tais princípios também afetam a teoria da reserva do possível, bem como, de certa forma na teoria utilitarista, que entram em frequente embate com a dignidade humana e o mínimo existencial do indivíduo.

Por fim no terceiro capítulo, examinar-se-á a judicialização na sua forma mais ampla, no Estado do Rio Grande do Sul e na forma mais estrita, nos Municípios de Tucunduva e Novo Machado, com base nos dados observados junto à Defensoria Pública da Comarca dos respectivos Municípios, bem como a fixação de estimativas e perspectivas para as futuras ações judiciais, solidificada na análise da existência ou não de impactos com o julgamento dos recursos repetitivos, utilizando-se a ementa do Recurso Especial nº 1. 657.156/RJ, em atenção ao tema 106, pelo qual o Superior Tribunal de Justiça determinou novos requisitos para as ações judiciais que objetivem a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos.

1 O TRATAMENTO NORMATIVO INTERTEMPORAL DA SAÚDE PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito fundamental à saúde, elementar integrante do rol de direitos humanos, é direito inerente à pessoa humana, que está assegurado no artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nos seguintes termos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948).

Em sendo o direito à saúde um aspecto essencial na efetivação dos direitos humanos, tem-se que sua consolidação se deu com a fase do Estado Social, a respeito da qual dispõe Eduardo Braga Rocha:

O Estado Social proporcionou o surgimento do *constitucionalismo social* que solidificou a positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), os quais vão exigir uma atuação intensa e permanente por parte do Estado, visando atender aos anseios sociais (**saúde, educação, etc.**), constituindo-se em “direitos de crédito” pertencentes aos indivíduos diante do Estado, ou seja, **os indivíduos passam a ser credores das prestações sociais**. (LAFER apud ROCHA, 2011, p. 27). [grifos nossos]

Tais avanços do Estado Social, que consagrou a saúde sendo como direito fundamental, ainda conforme o autor, se deram em meados do Século XIX. (ROCHA, 2011). Nesse sentido, a saúde sempre teve papel importante, mas em momento anterior ao século XIX, não havia disposição expressa nos ordenamentos jurídicos pátrios. E, se havia tal previsão, a legislação tratava a saúde de forma arcaica, sem se aprofundar muito na matéria. Ainda, apesar da previsão expressa que abordava a saúde de forma genérica, esta não era efetivada, em função precariedade da medicina à época.

Nesse sentido tem-se que a primeira constituição a abordar o direito à saúde, nesse período histórico em que estabeleceu o denominado Estado Social, foi a Constituição Mexicana em 1917. Após isso, sobreveio a Constituição de Weimar na Alemanha, em 1919, na qual o Governo Brasileiro se inspirou para elaborar a Constituição de 1934. (ROCHA, 2011).

Assim a fundamentalidade¹ do direito à saúde, que apesar de ser reconhecida somente em 1948 (após o fim da 2ª Guerra Mundial), por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, sempre teve relevância desde os primórdios dos tempos. Contudo, no Brasil não se legislava acerca do tema, desde o seu “descobrimto”, mas com o passar dos anos e das “eras” provieram avanços que no início caminharam a passos lentos, como se verá adiante.

1.1 A NORMATIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL ANTES DA CARTA MAGNA DE 1988

Durante muito tempo a saúde foi concebida como ausência de doenças, sendo que no decorrer do processo histórico constatou-se, em tese, que esse conceito não é capaz de proporcionar uma vida com qualidade. (ROCHA, 2011, p. 79).

Segundo Rocha, o conceito mais completo da atualidade sobre saúde advém do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 1946, descrevendo que “[...] a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. (ROCHA, 2011, p. 81).

Nesse sentido é de se mencionar que desde o descobrimto do Brasil, a abordagem normativa da saúde do cidadão passou por mudanças bruscas. Porém, destaca-se o fato de que as primeiras leis criadas no país prezavam pela autonomia privada, mas não por um direito coletivo, tampouco pelo direito à saúde.

Durante o Brasil Colônia, os portugueses que ao Brasil vieram tomaram esse lugar como um paraíso. Entretanto, esse ideal de “paraíso” foi sucumbido por muitas doenças que, além de dizimar inúmeras vidas, fez do país um “inferno”, uma vez que sofriam grandes epidemias, dentre elas a varíola. Diante disso, dispõe Bertolli Filho:

A guerra, o isolamento e a doença colocavam em perigo o projeto de colonização e exploração econômica das terras brasileiras. Diante do dilema sanitário, o Conselho Ultramarino português – órgão responsável

¹ Sarlet pondera que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional. Para Sarlet, “[...] os direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material” (SARLET, 2008, p. 11).

pela administração das colônias – criou ainda no século XVI os cargos de físico-mor e cirurgião-mor. Seus titulares foram incumbidos de zelar pela saúde da população sob domínio lusitano. Essas funções, no entanto, permaneceram por longos períodos sem ocupantes no Brasil. Eram raros os médicos que aceitavam transferir-se para cá. Desestimulados pelos baixos salários com os perigos que enfrentariam. (BERTOLLI FILHO, 2008, p.5 *apud* CARVALHO; PINTO, 2008, p. 3-4).

No Brasil Império não foi diferente, só mudou a doença: a febre amarela. No contexto histórico, em 1808 a Corte Portuguesa chegou ao Brasil e para tentar solucionar o problema, determinou mudanças na área da saúde, bem como em toda a Administração Pública colonial. Muito pelo contrário, deu origem à formação de uma nova imagem do território brasileiro, definido pelos europeus como sendo da barbárie e escravidão e as mudanças, portanto, não lograram êxito (CARVALHO; PINTO, 2008).

Diante disso, verifica-se que não houve mudanças significativas ou que indicassem progresso nessa transição entre o Brasil Colônia e o Brasil Império, uma vez que mortes ainda continuavam ocorrendo em função de tais epidemias e a medicina no país era precária.

Sobre tal época, destaca Carvalho ainda que “[...] as medidas se tornaram ineficazes frente ao aumento das mortes pela doença, bem como com a decadência da monarquia”. (CARVALHO; PINTO, 2008).

Na sequência, decorridos dezesseis anos após a vinda da Corte portuguesa, Dom Pedro I promulga a primeira Constituição, em 1824, restando a temática da saúde disciplinada no artigo 179, inciso XXIV e também no inciso XXXI, a saber:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

XXIV - Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e **saúde dos cidadãos**.

[...]

XXXI - A Constituição também garante os **socorros públicos**. (BRASIL, 1824). [grifos nossos]

Por conseguinte, a República Velha, fundada em 1889 e baseada na filosofia positivista de Augusto Comte, “[...] atribuiu à medicina a responsabilidade na melhoria da saúde individual e coletiva, e por extensão, a defesa do projeto de modernização do país” (BERTOLLI FILHO, 2002, p. 12 *apud* CARVALHO, 2008, p.

06). Entretanto, na Constituição de 1891, nada consta sobre o direito ou alguma diretriz em relação à saúde.

Já na denominada “Era Vargas” (1930-1945), época marcada por significativos avanços, principalmente no campo social do país, a saúde tomou um novo rumo, uma vez que foram criados o Ministério da Educação e da Saúde Pública, políticas sociais de avanço na área, o que faz constatar uma efetiva preocupação com o coletivo.

Nesse norte, a Constituição Federal de 1934, promulgada no mandato de Getúlio Vargas, revela tais preocupações, prezando pelo bem-estar sanitário da população e atribuindo à União e aos Estados o dever de cuidado da saúde e assistência públicas (art. 10, II). (BRASIL, 1934).

Entretanto, os autores Carvalho e Da Silva Pinto fazem uma ressalva ao modo de atuação estatal na Era Vargas, que perdurou quinze anos:

A saúde pública ganha importância na Era Vargas não porque é desvelada a condição precária a qual a vida estava sujeita nas comunidades mais pobres. Nem tão pouco por um viés de conscientização estatal e política pelos fatos que acompanham a história do Brasil. Na realidade a saúde pública ganha contornos de institucionalização e as políticas sociais são privilegiadas para mascarar o Estado autoritário. (CARVALHO; PINTO, 2008, p. 08).

Apesar de tais afirmações, ainda assim pode-se dizer que houve certo avanço normativo na área, se comparadas às outras épocas mencionadas. Dito isso pois, na Carta Magna de 1934, além de atribuir o cuidado da saúde e assistência públicas, o dispositivo incumbiu também à União e aos Estados a fiscalização e aplicação das leis sociais (art. 10, V). (BRASIL, 1934).

Todavia, ainda que sejam praticamente os primeiros avanços em matéria de saúde, os progressos desenvolveram-se lentamente, frente a muitas mortes que ainda ocorreram na época, principalmente na classe pobre.

Os autores Carvalho e Pinto fazem uma crítica reportada ao governo de Getúlio Vargas, no sentido de que, apesar de criada uma série de políticas públicas em prol do coletivo, bem como a acessibilidade da saúde aos mais pobres, nos Estados mais ricos da federação, que já possuíam os serviços de saúde organizada, a experiência foi desastrosa, dificultando o atendimento à população (CARVALHO; PINTO, 2008).

Para tais autores, apesar do presidente Getúlio Vargas ter firmado convênio com a Fundação Rockefeller, destinado ao controle de endemias, ainda assim o Brasil continuava sendo uma

[...] sociedade de homens doentes, com a proliferação de doenças de massa. Para muitos brasileiros restava a morte, por não conseguirem ajuda médica necessária, pois a maioria fora tratada como párias da sociedade, como se fossem inimigos do país, apesar de o “pai dos pobres” declarar que é responsabilidade estatal cuidar da saúde da população. (CARVALHO; PINTO, 2008, p. 09-10).

Após o fim da Era Vargas, ainda conforme os autores, o Ministério que fora naquele tempo fundado dividiu-se em dois, passando o Ministério da Saúde a atuar autonomamente, sem estar interligado ao Ministério da Educação. Tal medida foi adotada por intermédio da Lei 1.920, de 25 de julho de 1953, mas que à época de sua criação, o país passava por grandes dificuldades financeiras e problemas estruturais.

Nesse período, com o advento da Constituição Federal de 1946, atribuiu-se à União a criação de normas gerais de defesa e proteção à saúde (art. 5º, XV, “b”), bem como em seu artigo 157, inciso XIV, instituiu-se assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante. (BRASIL, 1946).

Após, nos tempos do regime militar, foram poucas as evoluções normativas na área da saúde, tanto na Constituição Federal de 1967 quanto na de 1969, mantendo-se dispositivos semelhantes da constituição anterior. Nos dizeres de Carvalho e Da Silva Pinto:

[...] o direito à saúde, como direito individual, não detém a atenção necessária e devida do poder público, (...). Como resultantes o direito à saúde, como parte integrante do direito maior de qualquer indivíduo - o direito à vida - que é o bem maior de cada cidadão, passa a ser negligenciado na medida em que há a abstenção da responsabilidade social (direito social). (CARVALHO; PINTO, 2008, p. 11).

As frequentes crises econômicas que ocorriam na época, bem como o fracasso do “milagre econômico”, a privatização de empresas estatais na tentativa de contornar tal crise, dentre outras dificuldades enfrentadas pelo país, gerou problemas também à saúde pública, que pouco avançara no decorrer dos anos. A medicina havia avançado, mas o atendimento à população continuava precário.

Assim, o verdadeiro marco do desenvolvimento da saúde, no Brasil, ocorreu com a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, debatendo-se, finalmente, o que seria o direito à saúde, apesar das dificuldades enfrentadas no país.

Mesmo diante desse quadro de dificuldades, o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde definiu que **direito à saúde significa uma garantia estatal de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional**, levando o ser humano ao desenvolvimento pleno da sua individualidade. Conforme se observa no relatório final da conferência, o pleno exercício do direito à saúde implica, necessariamente, garantir: trabalho com condições dignas, com amplo conhecimento e controle dos trabalhadores sobre o processo e o ambiente de trabalho; alimentação para todos, segundo as suas necessidades; moradia higiênica e digna; educação e informação plenas; qualidade adequada do meio ambiente; transporte seguro e acessível; repouso, lazer e segurança; participação da população na organização, gestão e controle dos serviços de saúde; direito à liberdade; à livre organização e expressão; e acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis. (CARVALHO; PINTO, 2008, p. 14). [grifos nossos]

Diante de diversas dificuldades e na tentativa de solucioná-los, os membros da 8ª Conferência, em sede de relatório final, acerca do direito à saúde, concluíram que:

1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 – Esse direito não se formaliza, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população². (BRASIL, 1986).

² A referida Conferência também fez alusão a um dos problemas vividos pelo país na época: o descompromisso dos governantes com a saúde pública no Brasil. Tal realidade, que ocorria no ano de 1986, é descrita no relatório da seguinte maneira: “Na área da saúde, verifica-se um acúmulo

Com a Conferência, que primou pela interdisciplinaridade do tratamento da temática, adveio a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS). A reformulação Sistema de Saúde pela Conferência teve como base a mudança na organização do serviço, melhorias nas condições de acesso e qualidade, reestruturação da política de recursos humanos, tendo-se, como objetivo final, a formação do Sistema Único de Saúde.

A SUDS após a Constituição Federal de 1988, deu lugar ao Sistema Único de Saúde (SUS), bem como incorporou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) ao Ministério da Saúde e instituição da Lei Orgânica da Saúde pela Lei 8.080/1990, responsável pela fundação do SUS. Tal norma tem sua base no relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde. (CARVALHO; PINTO, 2008).

Por meio da instituição de tais órgãos, pode-se perceber que todas as mudanças realizadas propuseram relevância ao tema da saúde pública no país, mudanças estas que foram plenamente necessárias para se chegar à saúde pública, tal qual esta é hoje, com ampla assistência farmacêutica.

Tais adaptações de forma geral, contribuíram para que as novas percepções fizessem parte do contexto da promulgação de uma nova Constituição, bem como da criação de novas leis na área da saúde, quais sejam, as Leis 8.080/90 e 8.142/90. Ainda na sequência é importante analisar a atual política de distribuição,

histórico de vicissitudes que deram origem a um sistema em que **predominam interesses de empresários na área médico-hospitalar**. O modelo de organização do setor público é anárquico, pouco eficiente e eficaz, gerando descrédito junto à população. Este quadro decorre basicamente do seguinte: - Não prioridade pelos governos anteriores do setor social, neste incluída a saúde, privilegiando outros setores, como, por exemplo, o da energia, que contribuiu para a atual dívida externa; - Vigência de uma política de saúde implícita que se efetiva ao sabor de interesses em geral, não coincidentes com os dos usuários dos serviços, acentuadamente influenciada pela ação de grupos dedicados à mercantilização da saúde; - **Debilidade da organização da sociedade civil, com escassa participação popular no processo de formulação e controle das políticas e dos serviços de saúde**; - **Modelo assistencial excludente, discriminatório, centralizador e corruptor**; - **Falta de transparência na aplicação de recursos públicos**, o que contribuiu para o seu uso dispersivo, sem atender às reais necessidades da população; - Inadequada formação de recursos humanos, tanto em nível técnico quanto nos aspectos ético e de consciência social, associada à sua utilização em condições insatisfatórias de remuneração e de trabalho; - Controle no setor de medicamentos e equipamentos pelas multinacionais; - **Privilégio na aplicação dos recursos públicos** na rede privada de assistência médica, como também em programas de saneamento e habitação; - **Interferência clientelística** no que se refere à contratação de pessoal; - **Excessiva centralização das decisões e dos recursos em nível federal**". (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 8ª CNS, 1986, p. 07). [grifos nossos]

assim como dispor brevemente sobre a primeira dificuldade acerca da efetividade do direito à saúde, sob o viés da normativa estadual do Rio Grande do Sul.

1.2 O DIREITO À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE: CARTA MAGNA DE 1988 E DAS LEIS 8.080/90 E 8.142/90

Após os avanços elencados na seção anterior e, principalmente a 8ª Conferência Nacional de Saúde, adveio a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, alterando os dispositivos regulamentadores dos parâmetros elementares acerca da saúde pública no Brasil, como consequência natural das propostas debatidas naquela Conferência.

Assim, a Constituição Federal de 1988 elenca a saúde como um direito social. Segundo o seu artigo 6º, caput:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Sarlet trata da constitucionalização da saúde como

[...] uma inovação introduzida pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores.” (SARLET, 2013, s.p)

Por isso, essa nova Constituição é marco importante para o direito à saúde, tendo em vista que trata o tema com a relevância merecida, uma vez que o eleva a categoria de direito social fundamental. Nesse sentido, dispõe Carneiro que

[...] o direito à saúde deve ser qualificado como um direito fundamental social, já que o artigo 6º, que o estabelece, está posicionado topograficamente no Título II da Carta Magna, nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, também chamados pela doutrina de “catálogo dos direitos fundamentais””. (CARNEIRO, 2016, p. 14).

A fundamentalidade do direito à saúde, ainda segundo o autor, pressupõe duas dimensões: a negativa e a positiva. Conforme posicionamento da dimensão negativa “[...] determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la.” (CARNEIRO, 2016,

p. 17-18). Já na dimensão positiva, tal direito “[...] implica o dever, em especial do Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação de saúde da população.” (FIGUEIREDO apud CARNEIRO, 2016, p.18).

Nesse sentido, no âmbito da distribuição de atribuições entres os Entes, acerca do tema, a Carta Magna em vigência atribui a competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cuidar da saúde e assistência pública, em seu art. 23, inciso II, e dos três primeiros legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde, nos termos do art. 24, inciso XII (BRASIL, 1988)³.

Com efeito, os Municípios restaram incumbidos, no art. 30, inciso VII, de prestar, “[...] com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.” (BRASIL, 1988).

Dessas previsões, observa-se a relevância dada à temática da saúde no Texto Constitucional, respaldada até mesmo pela medida extrema de intervenção de um Ente em outro, em caso de descumprimento do parâmetro orçamentário constitucionalmente definido para a área.

Assim, nem o Estado, nem a União intervirão no Município, “[...] salvo se este não tiver investido o mínimo da receita municipal exigido para manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. (BRASIL, 1988).

Entrementes, ressalta-se que a saúde está abarcada na seguridade social, que é responsável por assegurar os direitos e o seu desenvolvimento. Esta, no viés do art. 194, caput da CF/88⁴, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

Nesta oportunidade, cumpre destacar um artigo da Carta Magna que fundamenta muitas jurisprudências dos Tribunais de Justiça de todos os Estados, que é o artigo 196⁵. Esse diploma legal é base para toda e qualquer ação judicial

³ 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.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde. (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988).

⁵ 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, 1988).

culminada de uma negativa, por parte do SUS, em fornecer algum procedimento ou medicamento não elencado em sua lista.

Ao analisar o art. 196 e o art. 6º da Carta Maior, de forma conjunta, dispõe Olsen:

Uma interpretação sistemática do texto constitucional poderia lançar luzes sobre a questão. De fato, ao enumerar como os direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, **o artigo 6º determinou que a proteção destes direitos se daria “na forma desta constituição”**. Significa que – em que pese a falta de sistematização – o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao título VIII, que trata da ordem social, **onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º. Precisamente neste título encontra-se sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional**, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, §1º, CF) e à saúde (art. 196 CF), **autênticos direitos fundamentais sociais**. (OLSEN *apud* CARNEIRO, 2016, p. 16). [grifos nossos]

Por outro lado, Rocha leciona sobre o artigo mencionado, nos seguintes termos:

A Constituição, ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impõe a este a incumbência de tornar efetivo o respectivo direito fundamental, por meio de políticas sociais e econômicas **(políticas públicas) que garantam a todos o acesso às ações e serviços de saúde em prol de um bem-estar geral (universalidade), devendo-se evitar qualquer forma de preconceito ou privilégio (acesso igualitário)**, o que não impede que haja atendimento preferencial, por exemplo, aos portadores de deficiência e gestantes, cujas necessidades justificam a priorização no atendimento. (ROCHA, 2011, p. 85). [grifos nossos]

O mencionado no art. 196, bem como o que foi disposto pelo autor, faz alusão ao princípio basilar do SUS, qual seja o da universalidade. Sobre este princípio, Garcia assegura que

[...] a universalidade, nesse enfoque, deve alcançar o maior número de pessoas, bem como o mais amplo rol de contingências sociais que possam deixá-las sem condições de manter a sua subsistência e de suas famílias. Esse objetivo, entretanto, nem sempre tem como ser plenamente alcançado, justamente porque as prestações de Seguridade Social, como direitos sociais nitidamente prestacionais, precisam ser custeadas, exigindo a existência de recursos, os quais são limitados. Ademais, o Estado tem diversos outros serviços, funções e atividades a serem prestados e realizados e a sociedade possui diversas outras necessidades e interesses a serem satisfeitos, em concretização do bem comum (GARCIA, 2016, p. 65).

Já, sob o raciocínio de Solha, que ao conceituar o princípio também atribui ao Estado o dever de prover a saúde aos seus, enfatiza-se que

[...] todos os cidadãos brasileiros têm direito à saúde, sendo o Estado provedor dos serviços. Assim, o Estado deve garantir o acesso aos serviços e ações necessários para a manutenção da saúde da população brasileira, de forma igualitária, sem discriminações de quaisquer origens. (SOLHA, 2014, p. 22).

Consigna-se por isso, que em razão desse princípio, o acesso ao SUS deve ser alcançado por todos, independentemente de qualquer discriminação e da condição social, pressupondo ser acessível tanto aos pobres quanto aos ricos.

Além do princípio da universalidade cumpre destacar, pelas suas importâncias, dentre outros, mais quatro princípios: integralidade, equidade, descentralização e participação social, todos essenciais para o bom funcionamento do Sistema Único de Saúde.

A integralidade, disposta no art. 198, II da Constituição Federal traduz a ideia de que é direito do cidadão o acesso ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Nesse diapasão, Garcia pressupõe que a integralidade (de assistência) “[...] é entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.” (GARCIA, 2016, p. 221).

Da mesma forma, dispõe Solha que a integralidade implica em “[...] organizar os serviços e ações de modo a oferecer cuidados que abranjam essas quatro faces⁶ da assistência à saúde, fazendo que elas se complementem, atendendo todas as necessidades de saúde da população.” (SOLHA, 2014, p. 24).

A equidade, por sua vez, traduz a ideia de que todos têm direito à saúde pública, sem qualquer distinção, de forma a garantir a redução das desigualdades sociais e regionais (em alusão ao art. 3º, incisos III e IV ao art. 5º, caput da Carta Magna vigente).

Diante desse princípio, importante frisar as lições de Solha, para quem a equidade significa “tratar as pessoas conforme as suas necessidades. [...] Esse termo significa que fazer justiça, mais do que tratar as pessoas igualmente é agir de

⁶ A autora refere que as quatro faces desse princípio são a promoção da saúde, a prevenção de doenças, a recuperação da saúde e a reabilitação. (SOLHA, 2014)

forma justa, reduzindo as desigualdades sociais de nossa sociedade⁷.” (SOLHA, 2014, p. 25).

Já pela descentralização, estabelece-se que cada Ente Federativo terá responsabilidade na gestão do SUS, com gestão única em cada uma de suas esferas de governo (art. 198, I da CF). Sob a doutrina de Garcia, essa descentralização da prestação dos serviços de saúde é dada aos Municípios, “[...] por estarem mais próximos da população, principalmente em cidades menores e mais distantes.” (GARCIA, 2016, p. 221). Assim, cada pessoa no exercício do seu direito à saúde, deve busca-lo inicialmente perante o seu Município.

E por último, mas não menos importante dentre os pressupostos elencados no mencionado artigo, a participação da comunidade, disposta no art. 198, III da Constituição, pois é direito desta de participar da gestão da saúde pública, com o objetivo principal de participar/contribuir nas formulações de ações e de serviços de saúde, bem como no controle/fiscalização destes. (BRASIL, 1990).

Implica dizer que “[...] a participação da sociedade concretiza o objetivo da democracia na esfera das prestações de saúde, integrando o sistema de Seguridade Social.” (GARCIA, 2016, p. 221).

Pelo exposto, infere-se que o Sistema Único de Saúde é um aparato estatal voltado para atendimentos médicos e ambulatoriais. Não só isso, como também é responsável pelo fornecimento de medicamentos e cirurgia, de forma a atender às necessidades e enfermidades dos cidadãos visando em última análise, proporcionar condições dignas aos seus destinatários, quais sejam, os usuários dos serviços públicos.

No tocante ao artigo 196 da Carta Magna de 1988, vale ressaltar que, na lição de Carneiro, baseado em Sarlet, a disposição legal é uma extensão do artigo 6º do mesmo diploma legal, portanto, igualmente um direito com caráter de fundamentalidade:

O artigo 196 da Constituição auxilia na determinação do sentido da categoria genérica “saúde” estampada no artigo 6º. Por isso, aquele dispositivo constitucional partilha da jusfundamentalidade reconhecida a este, sendo um enunciado de direito fundamental “fora do catálogo”, por não

⁷ A autora, em sua obra intitulada “Sistema Único de Saúde – Componentes, Diretrizes e Políticas Públicas” faz menção às dificuldades enfrentadas pela população hipossuficiente, que não possui condições mínimas “para garantir uma vida saudável”. (SOLHA, 2014, p. 25). Por conseguinte, cita Barata (2009), ao dispor que “a desigualdade faz mal à saúde” (BARATA *apud* SOLHA, 2014, p. 25).

estar localizado topograficamente no Título II da Constituição. (SARLET, 2011, p. 116, *apud* CARNEIRO, 2016, p. 15).

A caracterização da saúde como direito fundamental já disposta na Lei Maior, fica evidente com a edição da Lei nº 8.080/90, quando dispõe em seu art. 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Não obstante, o seu art. 3º, antes da adaptação proporcionada pela Lei nº 12.864/2013, teve texto semelhante ao descrito no relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde, como se pode notar a seguir:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. (BRASIL, 1990)

Nesse contexto, a aludida norma é responsável pela regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS), que já tinha previsão na Carta Magna vigente. Ademais é de se destacar que o sistema é financiado pelas vias estatais, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como por outras fontes.

A Lei nº 8.080/90 conceitua o SUS como sendo o “[...] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. (BRASIL, 1990).

A normativa sob análise instituiu as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) e finalmente, tratou o tema com a merecida relevância, tal qual como se encontra hoje. A normativa em questão traça princípios e diretrizes, delega atribuições e competências aos entes federados, bem como recursos humanos e gestão financeira do SUS.

Acerca da mencionada Lei, dispõe Carlini que

[...] esse programa – de ação conjunta e processual – proposto pela Lei 8.080/90, é o que melhor se adequava às necessidades que o País tinha naquele momento histórico e, em grande medida, que continua tendo até hoje. (CARLINI, 2014, p. 54).

A aludida época refere-se a um momento de crise financeira que acometia o país na década de 1990, com a explosão da inflação e a decadência do plano

cruzado, a inadimplência dos Estados com a União e problemas de grande monta na esfera bancária. Esta situação concorreu para a emergente necessidade de uma política pública de saúde que atendesse às demandas sociais, já que boa parte da população teve seu sustento comprometido pelo descontrole financeiro estatal, que retirou de parcela significativa da população a condição de ter um mínimo existencial equilibrado.

Em sendo a saúde uma condição mínima que, obrigatoriamente, deve ser legislada pelo Estado, importante ressaltar que há outra lei fundamental que rege o sistema de saúde pública no país, qual seja, a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990.

Esta normativa, dando concretude ao princípio democrático, dispõe acerca da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde. Para tanto, a fim de possibilitar a ampla participação criou instâncias colegiadas: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, ambas, previstas no seu art. 1º, também acabam por dispor a essencialidade de se criar dois outros órgãos participantes na Conferência de Saúde, sendo eles o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde). (BRASIL, 1990).

A lei em questão ainda dispõe a respeito do repasse de verbas do Fundo Nacional de Saúde (FNS) por cada Ente federado para a área da saúde, conforme se denota nos arts. 2º e 3º⁸. Diante dessas normatizações, percebe-se a amplitude

⁸ Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

I - despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;

II - investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional;

III - investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde;

IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 1º Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo.

§ 2º Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando-se o restante aos Estados.

§ 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei. (BRASIL, 1990).

da forma como a saúde é legislada no ordenamento jurídico brasileiro, sem margem de restrição. Ou seja, é dever do Estado proporcionar amplamente saúde para a sua população, seja assistência médica, cirúrgica, ambulatorial ou farmacológica.

Como parte de todo o avanço ocorrido na área e havendo a necessidade absoluta de tratamentos médicos, principalmente os farmacológicos, foi criada então em 1998 a Política Nacional de Medicamentos (PAIM; ALENCAR, 2017).

Nesse sentido, importante entender que a Política Nacional de Medicamentos é consequência da Lei nº 8.080/90, a qual dispõe como objetivo a formulação de política de medicamentos (art. 6º), subdividida posteriormente na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). Assim como o SUS, a política adveio de uma conferência, a 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, estabelecida pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338, de 19 de setembro de 2003. (BRASIL, 2017).

Em sede de justificativa, a Política Nacional de Medicamentos dispõe ser

[...] indiscutível, portanto, a importância dos serviços de saúde, os quais constituem, ao lado de uma série de outros, fator de extrema importância para a qualidade de vida da população. Esses serviços representam, hoje, preocupação de todos os gestores do setor, seja pela natureza das práticas de assistência neles desenvolvidas, seja pela totalidade dos recursos por eles absorvidos. (BRASIL, 1998, p. 10).

Em complemento, a mencionada política destaca ainda que

[...] integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. (BRASIL, 1998, p. 10).

O mencionado rol constitui-se na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que é publicada a cada dois anos. A RENAME é fruto dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo eles

[...] a universalidade, a equidade e a integralidade, configurando-se como a relação dos medicamentos disponibilizados por meio de políticas públicas e

indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população brasileira. (BRASIL, 2017).

A RENAME é atualizada pela CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS), conforme estipulado pelo Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011⁹.

Essa relação de medicamentos essenciais possui cinco anexos, classificando medicamentos de acordo com a sua necessidade, sendo eles por componente básico, estratégico, especializado, insumos e medicamentos de uso hospitalar, bem como contém tabelas contendo o nome científico do medicamento, a composição e a forma farmacêutica. (BRASIL, 2011).

Não se pode olvidar, também, dos medicamentos contemplados na Portaria nº 2.982 de 26 de novembro de 2009, expedida pelo Ministério da Saúde e que “aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica”. (BRASIL, 2009).

Nesse diapasão, importante destacar que, assim como a RENAME, a aludida Portaria discrimina os medicamentos contemplados. Contudo na sua forma mais completa, indica além do medicamento, a doença que por ele deva ser tratada. Destarte, a RENAME seria uma espécie de complemento à Portaria.

Ressalta-se que a presente abordagem volta-se especificamente ao fornecimento de medicamentos, dispondo que o SUS, em várias de suas portarias, regulamenta doenças e os respectivos medicamentos a serem por ele disponibilizados.

Ao analisar a normativa estadual, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul é responsável basicamente pela extensão das disposições de saúde já elencadas na Constituição Federal. O Ente Federado, além de atribuir para si, atribui também ao Município o dever de promoção, proteção e recuperação, no caput do seu artigo 241¹⁰. Até mesmo porque a efetividade da saúde é parte da política de Estado para a promoção da dignidade humana, elencada no art. 1º, inciso III da Constituição Federal vigente.

⁹ Art. 1º. Este Decreto dispõe sobre a composição, competências e funcionamento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC, sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS. (BRASIL, 2011).

¹⁰ Art. 241. A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

Contudo, apesar de haver previsão expressa, em caráter geral, de garantia ao amplo acesso às redes de saúde pública e principalmente, coberturas do Sistema Único de Saúde, o Rio Grande do Sul, por intermédio da Lei 9.908/93 restringe o fornecimento gratuito de medicamentos somente a quem comprovar a imprescindibilidade do tratamento, bem como a carência de recursos financeiros, como se denota a seguir:

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

[...]

Art. 2º - O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico.

Parágrafo único - Além do disposto no "caput" deste artigo, o beneficiário deverá **comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os encargos próprios e de sua família, de forma que atestem sua condição de pobre.**

Art. 3º - O beneficiário ficará obrigado a pagar as despesas com medicamentos em qualquer tempo, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

[...]

Art. 4º - A cada dois anos, o beneficiário deverá atualizar as informações sobre o seu estado de saúde e econômico, conforme o disposto no artigo 2º desta Lei. (RIO GRANDE DO SUL, 1993). [grifo nosso]

A disposição em si é expressa também nas jurisprudências do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como se verifica na seguinte ementa, cujo julgamento foi proferido pela Segunda Câmara Cível, sendo relatora a Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira, na Apelação Cível nº 70074384637:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada dos artigos 6º, 23, II, 30, VII e 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, independentemente da previsão do medicamento pleiteado estar ou não, nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado. **Dispõe o art. 1º da Lei 9.908/1993 "O Estado deverá fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família."** Todavia, no caso concreto, a parte autora não comprovou a necessidade da tutela pleiteada, visto que restou demonstrado nos autos ser possuidora de condições financeiras suficientes para custear o medicamento solicitado, especialmente pelo fato de ter custeado parte do tratamento com recursos próprios, bem como pela concordância tácita ao ser intimada pessoalmente para juntar aos autos os comprovantes de renda familiar e não ter se manifestado a respeito, razão pela qual se impõe a manutenção da

improcedência do pedido formulado na inicial, bem como a revogação da antecipação de tutela concedida na origem. Com efeito, tendo o Estado dispensado medicamentos por força da antecipação de tutela, posteriormente revogada com o julgamento de improcedência da ação, tem ele o direito à devolução da quantia inerente ao seu custo, nos mesmos autos, sob pena de enriquecimento indevido da parte autora, mormente quando verificado que possui condições financeiras de arcar com o tratamento que lhe foi fornecido. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2017) [grifo nosso]

A restrição, neste caso de implantar a distribuição de fármacos aos que se encontram em certa vulnerabilidade social, em si é benéfica, pois, além de aliviar gastos públicos excessivos, garante numa forma mais eficaz, a distribuição de medicamentos aos que, de fato, são hipossuficientes. Por isso, tende a concretizar o conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade, em seu aspecto material, ou seja, estabelecendo verdadeiras desigualdades positivas.

A realidade social contudo, inverte-se nesse sentido. Posto isso, uma vez existente a probabilidade de cidadãos de renda considerável também buscar medicamentos não constantes na RENAME ou nas portarias do Ministério da Saúde, na rede pública de saúde. Em caso negativo acabam por pleitear na via judicial e normalmente, ocultando a real situação financeira. A tática por sua vez, invariavelmente surte efeitos e o Estado, enquanto requerido é condenado ao fornecimento do medicamento. Por outro lado, tem-se o princípio do acesso universal à saúde, base do Sistema Único de Saúde, cujo conteúdo jurídico determina que todos devem ter acesso à saúde. Numa primeira análise do princípio, sua aplicação não depende da condição financeira. Ou seja, ricos e pobres poderão buscar ao SUS, o que de forma breve, será abordado no segundo capítulo.

Ao passo que a saúde se torna amplamente judicializada, o Estado incorre na possibilidade de ser condenado ao fornecimento de medicamentos similares aos que constam na lista do SUS. Neste caso, obrigado por isso, sob pena de ter valores de suas contas públicas bloqueados, depara-se com o duelo entre fornecer o medicamento que não é disponibilizado pelas políticas públicas de saúde e a violação de princípios da administração de outras áreas essenciais, igualmente deficitárias de investimentos públicos.

A partir do cenário aqui delineado, o próximo capítulo sugere um estudo dos princípios da Administração Pública que podem, dadas as circunstâncias, conflitar com a efetividade da judicialização da saúde pública, bem como seus consequentes impactos na coletividade.

2 A PRINCIPIOLOGIA ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL PÓS 1988 E AS TEORIAS APLICÁVEIS NA SOLUÇÃO DAS CONTENDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

Por ser a saúde uma atribuição do Estado, faz-se necessário um mapeamento administrativo de sua organização e controle pelos Entes Federados com atribuições relacionadas às prestações inerentes à realização deste direito fundamental. Nesse sentido, cumpre destacar alguns dos princípios que norteiam a execução da função administrativa estatal, integrantes do Regime Jurídico Administrativo, objeto de estudo do Direito Administrativo, que são essenciais para um bom funcionamento dos sistemas de políticas públicas de saúde.

Assim é de se mencionar que a União criou parâmetros mínimos de investimento em cada uma das áreas essenciais, inclusive na área da saúde. Nessa esfera, por intermédio da Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012, ficaram consignadas as metas de destinação de no mínimo 12% (doze por cento) e 15% (quinze por cento) para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dos impostos determinados nos artigos 155 e 156¹¹ da Carta Magna (BRASIL, 2012).

Apesar de haver o investimento mínimo por parte dos Entes na seara da saúde pública, a ação parece padecer à medida que as necessidades da população aumentam e o Estado se vê obrigado a cumprir os dispositivos de sua legislação em atenção à promoção da dignidade humana. Padece no sentido de que os investimentos não são suficientes e o indivíduo, valendo-se do seu direito constitucionalmente garantido, busca no Poder Judiciário o amparo da sua pretensão que neste caso, trata-se do fornecimento gratuito de medicamentos negado na esfera administrativa do SUS¹².

¹¹ Os impostos a que se referem os artigos 155 a 159 da Constituição Federal são aqueles de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios. De competência dos Estados e do Distrito Federal são: Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Já os de competência Municipal são: Imposto sobre Bens Imóveis (ITBI), Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). (BRASIL, 1988).

¹² Se a demanda do indivíduo, ora paciente, for urgente e implicar em risco à sua saúde, este poderá se valer do pedido de tutela de urgência. A tutela de urgência está prevista no art. 300 do CPC/2015, nos seguintes termos: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, 2015). No caso das demandas judiciais de medicamentos, pede-se a tutela de urgência a depender do estado de saúde do paciente. Quanto mais grave a doença, mais urgente é a sua necessidade de usar o medicamento para tratamento. A tutela de urgência, quando concedida pelo Magistrado permite que o paciente possa pedir o bloqueio dos recursos necessários dos cofres do Ente federado para realizar a compra do respectivo medicamento, durante a tramitação

Contudo o Administrador Público, ao se deparar com a determinação judicial oriunda da pretensão judicial do seu indivíduo que lhe força ao cumprimento, acaba por ter que realocar verbas destinadas a outras áreas, como educação e segurança, por exemplo. Além da destinação diversa das verbas, vislumbra-se a necessidade de ponderação dos princípios da Administração Pública, para que as decisões sejam tomadas da forma mais adequada possível.

O que ocorre nesse momento é a frequente colisão entre princípios e normas regulamentadoras de prerrogativas fundamentais. Diante disso, vale ponderar que “[...] a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comandos, e não somente a um mandamento obrigatório específico.” (MARINELA, 2015, p. 101).

Não é raro entrarem em aparente rota de colisão, nas demandas judiciais, de um lado, os princípios como os da separação dos poderes, da isonomia, da continuidade do serviço público e da eficiência. Por outro lado, há também o frequente embate das teorias da reserva do possível e das escolhas trágicas com a dignidade humana e o mínimo existencial. Todos merecedores de uma revisão bibliográfica para o delineamento dos seus conteúdos jurídicos, conforme serão estudados individualmente a seguir.

2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES, ISONOMIA, CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E EFICIÊNCIA

Como fora abordado a situação atual dos mecanismos de saúde pressupõe dificuldades enfrentadas pelo cidadão e impostas pelo Estado. O Poder Legislativo edita leis na área da saúde, de forma a aperfeiçoar o tratamento às patologias que acometem à população. De outro lado observa-se o Estado, por meio do Poder Executivo, a alegar algum tipo de impedimento em fornecer o tratamento médico postulado pelo paciente, descumprindo uma lei que ele próprio criou.

Não se pode olvidar de um terceiro aspecto, em que o Poder Judiciário, ao exercer o seu papel de guardião do cumprimento do ordenamento e para proteger o indivíduo de possíveis violações ocorridas pela atuação estatal, obriga o Estado a cumprir a norma por ele criada. Papel este exercido quando o indivíduo, ciente do descumprimento de uma norma, bem como da negação do seu direito por parte do

processual, sem que o paciente possa depender da sentença para exercer o seu direito à saúde, o qual deveria ter sido amparado pelo Estado e não o foi.

Ente, busca o cumprimento das obrigações estatais, por meio de imposições jurisdicionais.

É nesse contexto que cresce de importância as lições relacionadas à força normativa dos princípios e as fórmulas empregadas para solucionar eventuais colisões entre eles. Para tanto pela sua propriedade, vale-se da lição de Marinela:

Esse cenário na doutrina contemporânea de normatividade dos princípios e de importância das regras, pacificando a distinção entre ambos e os admitindo como espécies de normas jurídicas, a solução de seus conflitos e o critério da ponderação dos interesses decorrem dos relevantes estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. [...] Assim, os princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação. Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem. (MARINELA, 2015, p. 60).

Nesse diapasão, Alexy estatui duas espécies de normas: as regras e os princípios (ALEXY *apud* CARNEIRO, 2016). Além disso é fundador da teoria dos princípios, a qual dispõe que

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] ao passo que as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou insatisfeitas. (ALEXY *apud* CARNEIRO, 2016, p. 121).

Vale dizer que normas e princípios, embora distintos, caminham conjuntamente formando o sistema normativo que se conhece atualmente. Assim, a aplicação de um princípio não exclui, necessariamente, a aplicação de uma norma. Ainda mais quando, atualmente, estão frequentemente interligados aos direitos fundamentais.

Diante disso, “Alexy defende que a validade de uma norma de direito fundamental depende de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, que deve partir de uma disposição de direito fundamental estatuída no texto constitucional.” (CARNEIRO, 2016, p. 120). Assim, Carneiro declara que

[...] a distinção entre regras e princípios repercute na forma de solução dos confrontos entre normas, tanto é que a teoria dos princípios utiliza o termo “colisão” para se referir ao choque entre os princípios contrapostos e o termo “conflito” para designar o choque entre regras contrapostas. Em caso de conflito entre regras, a solução passa pela constatação da inaplicabilidade de uma delas, em virtude de uma cláusula que excepciona a sua incidência em determinado caso, de acordo com a regra *lex specialis*

derogat legi generali, ou pela declaração de invalidade de uma delas, valendo-se de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex superior derogat legi inferiori*. Já em caso de colisão entre princípios, a solução passa pela identificação do princípio que tem maior peso no caso concreto e que, por conta disso, há de surtir os efeitos que lhe são próprios, “derrotando” o princípio contrário. [...] Os princípios contrapostos coexistem, ao passo que regras contrapostas excluem-se. (CARNEIRO, 2016, p. 121-122).

Nesse cenário cabe analisar os princípios colidentes com as ações judiciais que, em suma, implicam na tentativa de fazer o Estado cumprir com uma determinação que lhe é imposta por lei, sendo eles o princípio da separação dos poderes, isonomia, eficiência e continuidade do serviço público.

Os aspectos acima citados demonstram entre outros, o aparente atrito existente entre a garantia do direito à saúde e o princípio constitucional da separação dos poderes, defendido por Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”:

Sua doutrina é, pois, tripartida. O legislativo “faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as questões que estão feitas”. O Judiciário “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares”. E o Executivo, sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral. (MONTESQUIEU, 2010, p. 25).

Tal princípio tem como conteúdo jurídico normativo um modo de organização que, num tempo anterior, se dedicava exclusivamente à organização e distribuição de competência, de forma a limitar o poder do Estado, conforme preconiza Bonavides. Coincidentemente com o tema, o autor dispõe que o princípio tem se voltado às garantias fundamentais e os abalos a tal princípio “partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos”. (BONAVIDES, 2010, p. 649).

O princípio da separação dos poderes preza pela independência e harmonia do Executivo, Legislativo e Judiciário. A premissa em questão é resguardada no art. 2º da Constituição Federal, dispositivo legal base do princípio.

Tal é a sua essencialidade que, conforme esboça Medauar,

[...] a separação dos poderes apresenta-se como um dos pressupostos da existência do direito administrativo, pois, se a Administração não estivesse separada dos outros poderes do Estado, dificilmente poderia existir um direito específico que disciplinasse sua atuação. (MEDAUAR, 2015, p. 47).

Desse modo tem-se que a separação dos poderes se faz oportunamente necessária para um bom funcionamento da gestão do Estado e conseqüentemente,

das políticas públicas de sua autoria. Contudo, “[...] a tripartição dos Poderes não gera absoluta divisão de poderes e de funções, mas sim distribuição de três funções estatais precípuas, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.” (MARINELA, 2015, p. 53).

Nessa órbita ressalta-se que cada função exercida por cada Poder é distinta. Nesse sentido o Poder Judiciário cumpre as determinações fixadas em leis pelo Legislativo e fiscaliza (exercendo o controle mediante provocação do particular) o cumprimento das mesmas pelo Executivo.

Vale argumentar que, em se tratando de questões de saúde, o Estado em si, cumpre a determinação mínima fixada pela já mencionada Lei Complementar nº 141/2012. Contudo ao se analisar a realidade brasileira vivida nos momentos atuais, a destinação de verbas à saúde pela União diminui gradativamente em comparação com os anos anteriores, encerrando o ano de 2017 com apenas 3,16% do orçamento. (BRASIL, 2017).

Apesar disso, boa parte das demandas de saúde estão sendo atendidas administrativamente, principalmente quando se trata de medicamentos. O fato que origina grandes volumes de ações judiciais lacradas na esfera da saúde pública e principalmente, na esfera de fornecimento de medicamentos é a prescrição de medicamentos não incorporados à lista do SUS. Estes são indicados, em boa parte das vezes, por médicos especialistas que acompanham os pacientes, apresentando contraindicações aos fármacos que estão na lista do SUS.

Nessa perspectiva e a depender do valor do medicamento, surge a necessidade de judicialização, em relação ao indeferimento da solicitação do medicamento, na via administrativa do Sistema Único de Saúde. Assim nasce o interesse de agir do cidadão em ter garantido o fármaco pleiteado, com base no direito universal à saúde, por intermédio do Poder Judiciário.

Contudo é diante dessa judicialização exacerbada que se origina a possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes. O Estado, por intermédio do Poder Executivo, tem várias normas para cumprir. Dentre elas, a realização do Plano Plurianual (art. 165, I, §1º, da CF/88), que é a fixação de metas de destinação de verbas e as áreas de aplicação para quatro anos.

Por conseguinte elaborado o Plano Plurianual, o Ente precisa elaborar Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, inciso II e § 2º, da CF/88) para mapear um planejamento de direcionamento de recursos financeiros oriundos de sua

arrecadação para determinadas áreas, estabelecendo prioridades entre as mesmas, e sempre para o ano seguinte. Não obstante, a Lei Maior lhe determina a formulação de Lei Orçamentária Anual (art. 165, III e § 5º, da CF/88), para prever receitas e despesas para o próximo exercício/ano. Tudo isso, com a devida observância das normas legais.

Ocorre, entretanto que a judicialização das demandas por medicamentos, bem como a interferência direta do Poder Judiciário sobre os cofres públicos, nos casos de bloqueio de valores, integram rol de despesas não previstas nos orçamentos anuais. Tal situação interfere diretamente na esfera executiva e, conseqüentemente, viola a autonomia prevista no princípio da separação dos poderes.

Trata-se do famigerado “ativismo judicial”, ao qual o Ministro Luís Roberto Barroso fez menção no Agravo em Recurso Especial (ARESP) nº 937655/DF, dispondo que “[...] o ativismo judicial deve ser visto com parcimônia, devendo interferir na formulação e concretização das políticas públicas apenas em situações excepcionais, sob pena de malferir o princípio da separação dos poderes.” (BRASIL, 2016)¹³.

Vale dizer que a atuação mais proativa do judiciário deve ser aplicada com cautela e tão somente nas situações excepcionais, conforme abordado. A circunstância, contudo não vem acontecendo na prática, principalmente, quando se trata de saúde pública e em especial, nas ações judiciais que visam ao fornecimento de medicamentos.

Ativismo esse que, recorrente em relação aos medicamentos de baixo custo, se materializa de forma sabidamente exacerbada. Milhares são as ações ajuizadas

¹³ “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. DISTRITO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONSTRUÇÃO/REFORMA DE ESCOLA. ARTIGO 227 DA CRFB/88. DESCUMPRIMENTO REITERADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. LEGITIMIDADE. EROÇÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL.

[...]

3. O descumprimento reiterado do dever constitucionalmente estabelecido faz surgir o fenômeno da erosão da consciência constitucional, que consiste no perigoso processo de desvalorização funcional da Constituição.

4. **O ativismo judicial deve ser visto com parcimônia, devendo interferir na formulação e concretização das políticas públicas apenas em situações excepcionais, sob pena de malferir o princípio da separação dos poderes.**

6. O princípio da separação dos poderes e a atribuição para a elaboração do ato orçamentário não podem elidir do ente público a força cogente do texto constitucional, sob de se admitir, indefinidamente, a inconstitucionalidade por omissão.

7. Apelação conhecida e provida.” (BRASIL, 2016) [grifou-se]

para a aquisição de fármacos de preço acessível. Embora o fármaco não custe muito, cada ação judicial que o pleiteie causa à União um prejuízo aos cofres públicos na casa de bilhões.

Sarlet, ao discorrer sobre o tema, assim dispõe:

[...] não é demais lembrar que de acordo com o relatório Justiça em Números de 2017, do CNJ, **em 2017 tramitavam 1.346.931 demandas judiciais de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões**, isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS). (SARLET, 2018). [grifos nossos]

Ao passo que bilhões de reais são retirados dos cofres públicos, boa parte desse valor é revertida para a compra de medicamentos menos onerosos ao bolso do indivíduo. Recurso esse que, bloqueado dos cofres públicos, poderia ser revertido em sistemas de melhoramento do próprio Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, Carneiro dispõe que

[...] a emissão de uma ordem judicial que saca diretamente dos preceitos insertos na Constituição o dever estatal de satisfazer uma pretensão relacionada ao direito à saúde pode ser vista como um ato de "intromissão. O juiz que prolata uma decisão determinando que um ente estatal forneça um medicamento, realize uma cirurgia ou preste um tratamento pode ser considerado saliente, para não dizer "intrometido. (CARNEIRO, 2016, p. 60).

Vale indagar a questão da compra desses fármacos por pacientes que possuem um patrimônio e/ou renda mínima e que, conseqüentemente, a compra do medicamento não afetaria o sustento do indivíduo que o pleiteia.

Nesses casos a judicialização exacerbada, bem como a condenação frequente do Estado ao fornecimento do tratamento farmacológico postulado gera a violação expressa de outros princípios da Administração Pública, dentre eles o da isonomia, da continuidade do serviço público e da eficiência. Não só isso, pois também dá a entender que Executivo e Judiciário não são tão independentes, nem tão harmônicos entre si, deixando clara a interferência direta de um no outro, e evidenciando que há certa violação ao princípio da separação dos poderes.

À vista disso, o princípio da isonomia (igualdade), cuja base constitucional é o art. 5º da CF/88, Bandeira de Mello enfatiza que "[...] interdita o tratamento

desuniforme às pessoas”, dispensando-se tratamentos desiguais (MELLO, 2006, p. 12).

Embora seja um princípio constitucional, a sua aplicação também se estende à Administração Pública, visto que o papel desta é justamente prezar pelo bem-estar público. Ou seja, todas as suas prestações devem se dar em favor do público, da coletividade, do povo. E ainda o atendimento da Administração Pública deve se dar a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Não se pode olvidar que o princípio da igualdade se relaciona com o da universalidade, um dos princípios base da cobertura e do atendimento na Lei do SUS (Lei nº 8.080/90). Nessa lógica, concernente ao direito fundamental à saúde, este pressupõe tratamento igual para todos, sem estabelecer discriminação, tanto à pessoa, quanto ao medicamento.

Em se tratando do princípio da igualdade, Justen Filho assegura que “[...] a supremacia da dignidade humana acarreta a equiparação de todos os seres humanos.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 203).

Contudo quando se trata de debater a respeito do direito à saúde, vislumbra-se uma contrariedade entre a atuação do Estado enquanto Executivo e a atuação do Ente enquanto Judiciário. O Estado enquanto Executivo, tem a obrigação de fornecer a todos os seus, de regra, os elementos necessários à promoção da dignidade humana, a ser efetivada por meio de políticas públicas, a exemplo do Sistema Único de Saúde.

Assim reitera-se que cada Ente precisa investir, no mínimo 15% (quinze por cento) de sua receita em saúde. Ocorre entretanto que, se a lista básica do SUS prescreve uma quantidade elevada de medicamentos, mas o tratamento de que muitos pacientes necessitam são justamente com aqueles fármacos que não estão inclusos no rol da lista, vários desses pacientes, valem-se do seu direito que está explícito na Constituição Federal. A partir daí que entra a figura do Estado-Juiz, gerando o ativismo judicial, do qual já se debateu. Mas aonde se quer chegar com tudo isso?

Responde-se que é forçoso constatar que o indivíduo, insatisfeito com o indeferimento do pedido do medicamento na lista básica do SUS, tentará juntamente com essa negativa, pleitear judicialmente o seu direito que, por ora, lhe foi negado. Se procedente a sua demanda em face do Estado pelo Judiciário, o Ente estará

condenado a lhe fornecer o medicamento, nem que para isso, terá verbas bloqueadas de contas públicas.

Cada bloqueio de valores realizado no caixa do Estado terá como escopo garantir que aquele paciente adquira o medicamento. Mas também terá a consequência de que aquele valor, que seria destinado para outra finalidade pública, da qual, possivelmente, aquele mesmo paciente também usufruiria. Ou seja, gerando desigualdade com os demais indivíduos. Desigualdade esta que, com base na solidariedade dos Entes (Municipais e Estaduais, por exemplo), disposta na Constituição Federal (reitere-se, no art. 196), se põe praticamente inevitável, já que a própria Carta Magna se propõe a promover as garantias fundamentais de forma mais ampla possível, subvertendo-se o conteúdo jurídico do mencionado princípio.

Assim se produz uma situação contraditória: O Estado Legisla e o Executivo investe em políticas públicas de saúde, elaborando o rol de medicamentos a serem disponibilizados na rede básica. Mas este Poder é forçado pelo Estado-Juiz a fornecer medicamentos similares aos da Lista básica e que não estão exatamente nesse rol, ou que estão porém, com a mudança de poucos elementos químicos.

Este aspecto pode gerar desigualdade no tratamento aos demais indivíduos, já que a judicialização pode ocasionar uma espécie de exclusividade àqueles que têm melhores condições para buscar ao Judiciário.

Não existe, portanto (e isso reconhece também o voto do relator), **um direito subjetivo constitucional de acesso universal, gratuito, incondicional e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde. Há várias razões que determinam limites ao referido direito**, a começar pela identificação do que seriam os meios adequados de proteção à saúde. Não são certamente apenas os que se dirigem a recuperar a saúde já comprometida (hospitalização, atendimento médico, fornecimento de medicamentos). Para a proteção da saúde concorrem, decisivamente, as medidas preventivas de toda a natureza (alimentação, moradia, saneamento básico, educação). (BRASIL, 2015)¹⁴ [grifo nosso]

¹⁴ O trecho consta do voto do Ministro Teori Zavascki, referente ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 581488/RS, em que foi Relator o Ministro Dias Toffoli. Em resumo, o julgamento trata de recurso interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, em que a discussão principal residia na existência de quebra (ou não) no princípio da universalidade no atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS) ao tratar proporcionar ao paciente privilégios como internação em acomodações superiores e atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde.

Como consequência as demais áreas essenciais acabam ficando em segundo plano, bem como há elevação no custo dos fármacos¹⁵ e o comprometimento dos princípios da eficiência e da continuidade do serviço público.

Meirelles conceitua o princípio da eficiência como sendo aquele que “[...] exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (MEIRELLES, 2014, p. 102).

Marinela complementa que o princípio

[...] consiste na busca dos resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum. (MARINELA, 2015, p. 78).

Se o lucro é do povo e quem ganha é o bem comum, significa dizer que o bloqueio de recursos é destinado para uma finalidade que não a do bem comum, geral do povo. O que gera um “efeito cascata”: esse desvio de recursos financeiros acaba faltando em outras essencialidades, o que gera prejuízo na eficiência da Administração Pública e conseqüentemente, a depender dos casos, origina risco à violação ao princípio da continuidade do serviço público.

Nesse diapasão, dispõe Moreira Neto que a eficiência administrativa é entendida

[...] como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos. (MOREIRA NETO, 2014, p. 179).

¹⁵ Segundo entrevista de Pedro Bernardo, chefe do Núcleo Econômico e de Regulação da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e a jornalista Dad Squarisi na Tv Câmara, no programa Sem Recesso, uma das principais causas do alto custo dos medicamentos é a carga tributária, estipulada em 28%, sendo o ICMS o mais incidente. Estudo da USP, conforme a matéria, indicam que 11 milhões de brasileiros comprometem 20% de sua renda em saúde, sendo a maioria em remédios. A incidência é maior para quem necessita de tratamento contínuo, bem como entre idosos. Dados estes de 2011. Ainda, a maioria dos altos preços é consequência da importação da maioria dos remédios pelo Brasil, e há poucos investimentos pelo país na área da pesquisa farmacêutica. Fator este que se tentou diminuir com a entrada dos genéricos, em competição aos medicamentos de patente. Em países como a Dinamarca, os medicamentos são bancados pelos planos de saúde, o que barateia o custo destes para o indivíduo. O Japão, por outro lado, comercializa os medicamentos mais caros, seguido pelos Estados Unidos. Por isso, o caminho, conforme a matéria, a ser seguido e aconselhado por Rodrigo Silveira, varejista de produtos farmacêuticos, é justamente a judicialização da saúde, frise-se, **para quem realmente necessita do medicamento**. (SQUARISI; BERNARDO, 2011).

Para tanto o princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos, regente da Administração Pública, na visão de Marinela, “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. (MARINELA, 2015, p. 78).

Desse modo, a condenação do Estado ao fornecimento do medicamento impõe a transferência de verbas de outras áreas, cujo serviço público não pode ser interrompido. Por outro lado, também resta consignado que o serviço à saúde pública não pode, de forma alguma parar, em atendimento ao comando normativo. É o princípio da continuidade do serviço público, também relacionado ao direito à saúde.

Marinela ensina que o conteúdo jurídico do princípio sob análise exige que “[...] a atividade administrativa seja prestada de forma contínua, não comportando intervalos, não apresentando lapsos ou falhas, sendo constante e homogênea”. (MARINELA, 2015, p. 90).

Sobre este verdadeiro mandamento de otimização do Regime Jurídico Administrativo, dispõe Medauar que, “[...] de acordo com esse princípio, as atividades realizadas pela Administração devem ser ininterruptas, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado.” (MEDAUAR, 2015, p. 163-164).

Tais princípios regem a Administração Pública e num contexto geral, orientam também o sistema de saúde brasileiro. Diante disso, se o Estado não fornecesse o medicamento ao cidadão, estaria violando os princípios supramencionados no tocante à gestão de saúde, derrapando também na gestão de outros setores cuja atuação é responsabilidade do Estado.

Contudo, além de haver aparente dissonância entre a judicialização da saúde e os princípios da Administração Pública mencionados, a não disponibilização de medicamentos que, por ora não estão inclusos nas políticas públicas, também não pode comprometer o mínimo existencial do indivíduo, nem a sua dignidade humana. Por outro lado, argumentará o Estado a teoria da reserva do possível, cuja consequência culmina em uma escolha trágica.

2.2 DIGNIDADE HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL E TEORIA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

Embora subsista importante base principiológica a embasar as decisões enfrentadas pelos Entes Públicos, conforme abordado na seção anterior, importa não esquecer que a moeda apresenta um segundo lado, cuja simbologia é cunhada em alto relevo: a dignidade humana. Diante disso é essencial afirmar, dentro de um ponto de vista concreto, que embora sobrevenham colisões de princípios, ainda assim é dever do Estado garantir a efetividade da dignidade humana, justamente por constituir fundamento republicano da maior grandeza, positivado no texto constitucional, a permear toda a atuação pública.

Nessa seara, dispõe Sarmiento que

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc. (SARMENTO, 2003, p. 71 *apud* ROCHA, 2011, p. 123).

Contribuindo com o raciocínio de Sarmiento, dispõe Rocha que

[...] a dignidade da pessoa humana é preservada, por exemplo, quando o Estado se abstém de praticar algum ato que prejudique a saúde dos indivíduos e, por outro lado, esta dignidade é promovida quando há uma atuação intensa por parte do Estado, seja na elaboração de leis, seja por meio de prestações materiais que envolvam o direito à saúde. (ROCHA, 2011, p. 123).

Assim, ao aderir a pactos e acordos internacionais, o Estado assume o dever de promover a dignidade humana e, conseqüentemente, proteger o mínimo existencial do indivíduo.

Acerca dos direitos fundamentais, na esfera do Direito Administrativo, dispõe Justen Filho que

[...] a atividade da administração pública se vincula à realização dos direitos fundamentais, definidos especialmente a partir da dignidade humana. [...] Sob outro prisma, o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores

humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. É necessário produzir organizações estatais e não estatais para promover esses valores fundamentais. Essa necessidade decorre de que a atuação individual e espontânea dos membros da sociedade é insuficiente para assegurar a realização de certos direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 93).

Nesse diapasão, importa dizer que a saúde é um direito fundamental, sendo dever do Estado garanti-lo, uma vez elemento importante na promoção da dignidade humana, a ser garantida pelo Estado Democrático de Direito¹⁶.

Frisa-se, na mesma medida, que a saúde pertence a um rol do mínimo existencial à vida humana, que tem por fim assegurar a eficácia dos direitos fundamentais¹⁷ a todos os indivíduos e principalmente, aos mais necessitados. Segundo os autores Sarlet e Figueiredo,

[...] a comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 21).

Ainda, de forma a complementar o raciocínio, no tocante ao mínimo existencial, dispõem os aludidos autores, com base em Neumann (1995):

Nesse sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcançar o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção. (NEUMANN, 1995 *apud* SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 21).

¹⁶ Nesse sentido, vale citar trecho importante de Marçal Justen Filho, ao dispor sobre direitos fundamentais e, conseqüentemente, sobre a pessoa humana: “O ser humano não pode ser subordinado ao tratamento reservado aos objetos. Ele é o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito, da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma coletividade. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida na sua integralidade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 179).

¹⁷ A ideia de que o mínimo existencial é meio para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais provém de Ingo W. Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, na obra intitulada “Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.”

Vale salientar que a promoção da dignidade humana é vetor constitucional, como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, disposto no art. 1º, inciso III da Carta Magna. Ou seja, na Constituição Federal de 1988, o Estado impôs para si o fundamento e, conseqüentemente o dever de zelar pelo alcance de tal garantia fundamental, que é a dignidade da pessoa humana.

Gloeckner ensina que a saúde, enquanto direito social fundamental, ostenta característica que “[...] lhe outorga proteções que vinculam o poder público.” (2016, p. 162). Isso quer dizer que toda a atuação estatal deve respeitar as garantias fundamentais. Mais importante, ela deve se voltar para o público, uma vez que os indivíduos são os destinatários das atividades exercidas pelo Estado e toda a normatividade formulada pelo Ente consiste em alcançar a coletividade.

Todavia, não basta que se promova a dignidade humana sem que haja um “[...] conjunto mínimo de prestações materiais mínimas necessárias para uma existência digna.” (ROCHA, 2011, p. 124). Trata-se do mínimo existencial.

Sob o viés de Torres, “[...] a doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial [...]” (TORRES, 2013, p. 68).

O mínimo existencial, ainda conforme o autor, ganhou notoriedade e vem sendo alvo de debates constantes na atualidade (TORRES, 2013). Nessa seara, importante destacar o posicionamento de Sarlet, de que o mínimo existencial “está imbricado na dignidade humana.” (SARLET apud TORRES, 2013, p. 71). Isso implica dizer que sem um não há a outra. Ou seja, se não há conjunto básico de elementos que possibilitem o alcance de uma vida digna, conseqüentemente não há dignidade humana.

Nesse sentido, os ensinamentos de Carlini, pelos quais se dispõem que

[...] a vida de uma pessoa não se resume ao direito de existir. Ao contrário, exige condições mínimas sem as quais é até difícil separar o homem do animal. Essas condições, evidentemente, se referem à alimentação adequada, a lugar minimamente decente para morar, mas, principalmente, ao direito de exercer escolhas a partir do resultado econômico do seu trabalho ou do empreendimento e com essas escolhas, modificar as condições de vida para melhor. (CARLINI, 2014, p. 120).

Diante disso afirma-se que é dever do Estado proporcionar condições mínimas de sobrevivência digna aos seus indivíduos, de forma a promover a

dignidade humana. Nesse rol de condições encontra-se o direito à saúde que de certa forma, constitui-se em um dos elementos básicos do denominado mínimo existencial, tão caro para o alcance da dignidade humana. Sem boas condições de saúde, praticamente, não há dignidade humana.

Por isso, dispõe Rocha que “[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de prestações materiais mínimas necessárias para uma existência digna, sendo dotado de plena justiciabilidade, independentemente de legislação infraconstitucional.” (ROCHA, 2011, p. 124).

Ocorre contudo que embora o Ente tenha para si o dever de garanti-los, ele próprio impõe limitações à efetividade das políticas públicas, como é no caso dos sistemas de saúde. O Ministro Teori Zavascki dispõe, no Recurso Extraordinário nº 581488/RS, que

[...] há, igualmente, o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de mínimo existencial. Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário. (BRASIL, 2015)

Nesse caso, se o Ente deve assegurar condições mínimas, mas não o faz, reitera-se que o indivíduo pode se valer do Poder Judiciário para buscar a efetivação do que entende ser seu por direito. É nessa situação que nasce para a Administração Pública o direito de defesa do aparente interesse público secundário ou patrimonial¹⁸, que ocorre pelo princípio da reserva do possível.

Na sequência, o Ministro segue afirmando que

[...] é o que decorre também dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível: não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação. (BRASIL, 2015, p. 56).

Pulido entende o princípio da reserva do possível como “[...] devendo ser interpretada não apenas em termos orçamentários ou fáticos, mas também sob o

¹⁸ Rezende Oliveira conceitua que o interesse público secundário “é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário. Envolve, normalmente, as atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público”. (OLIVEIRA, 2013, p. 130).

prisma jurídico tomando em vista as exigências decorrentes dos demais direitos, bens e interesses constitucionalmente protegidos.” (PULIDO apud JUSTEN FILHO, 2014, p. 190).

De mais a mais sabe-se que, na maioria das vezes, o Estado alega em sede de ação judicial, a teoria da reserva do possível, fundada na escassez de recursos financeiros por ele enfrentadas. Sob esse viés, Wang argumenta que “[...] as políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos” (WANG, 2008, p. 540).

Rocha complementa o raciocínio ao dispor que “[...] a reserva do possível, sob o fato da inexistência de recursos públicos suficientes, visa justificar o não atendimento de determinada prestação social.” (ROCHA, 2011, p. 163).

Ao seguir a inteligência do que se acabou de mencionar, a saúde trata efetivamente de uma prestação social que deve ser atendida pelo Estado. Tanto é fato que se encontra expresso na Constituição Federal, em seu artigo 6º. Além do mais, constata-se que como foi descrito, a saúde é uma condição mínima, pertencente ao mínimo existencial que deve ser garantido pelo Estado.

Ocorre todavia que o Ente, ao alegar o princípio da reserva do possível, muitas vezes acaba por não considerar a saúde como mínimo existencial e conseqüentemente, afastando-se a ideia de que este não se subordina à reserva do possível (ROCHA, 2011).

A reserva do possível é dividida em duas esferas, quais sejam a jurídica e a fática. Na ordem elas significam de um lado, a ausência ou inexistência de autorização orçamentária para realização de determinada despesa e de outro, a escassez de recursos financeiros (ROCHA, 2011). De uma forma ou de outra a sua aplicação significa preponderar sobre dificuldades financeiras estatais, ao passo que toda a sua atuação conflita com a dignidade humana, o que acaba por limitar o mínimo existencial a que o indivíduo entende ter direito.

Se de um lado há o direito a um mínimo existencial e conseqüentemente, o alcance da dignidade humana, por outro lado, existem limitações impostas pelo Estado, seja ela econômica ou estar pautada sob uma égide de incompatibilidades com os princípios por ele seguidos, o choque desses institutos implica em uma outra consequência: uma escolha trágica.

Nesse cenário dispõe o Ministro Celso de Mello, enquanto relator do Agravo em Recurso Extraordinário nº 754.754/MG, que a teoria das escolhas trágicas

[...] nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde. Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (BRASIL, 2014).

No caso concreto, a questão em que o Ente se põe como dilema é: fornecer tratamento médico a um único paciente que pleiteia seu direito ou, com o mesmo valor desse tratamento, atender o maior número de pessoas possível.

Nesse sentido é importante destacar a familiaridade da teoria das escolhas trágicas com a teoria utilitarista defendida por Jeremy Bentham, tendo em vista que há debate semelhante, no arbítrio de sacrificar um ser pela coletividade ou uma coletividade por um indivíduo.

A teoria utilitarista em tese, busca compreender o que é útil e como tal, preocupa-se com a ideia de uma felicidade geral. Nesse sentido quer-se afirmar que o propósito da teoria é a felicidade do maior número possível de indivíduos, com base na análise de uma utilidade. Bentham, precursor da teoria, tem essa preocupação, ao assinalar que

[...] a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos, dor e prazer. Somente a eles cabe indicar o que devemos fazer, assim como determinar o que faremos. Ao seu trono estão atados, de um lado, o critério do certo e errado e, de outro, a cadeia de causas e efeitos (BENTHAM, 1948, p. 1, apud CORREA, 2012, p. 175).

É justamente a ideia do certo e do errado, bem como da relação causa-efeito que determinam, segundo a teoria, o grau da utilidade de determinado fator, bem como o grau de felicidade que tal fator causa a um grupo de pessoas.

Sob o viés de Sandel, o utilitarismo é “a mais influente explicação do “porquê” e do “como” maximizar o bem-estar ou (como definem os utilitaristas) procurar a

máxima felicidade para o maior número de pessoas. ” (SANDEL, 2016, p. 28). Máxima felicidade esta que, no ver da teoria, deve ser garantida pelo governo.

Todos gostamos do prazer e não gostamos da dor. A filosofia utilitarista reconhece esse fato e faz dele a base da vida moral e política. Maximizar a “utilidade” é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade geral. O que, afinal, é uma comunidade? Segundo Bentham, é “um corpo fictício”, formado pela soma dos indivíduos que abrange. (SANDEL, 2016, p. 48)

Assim, ao seguir o raciocínio pode-se afirmar que o Estado deve maximizar a utilidade e garantir a felicidade de seus habitantes. Todavia trata-se em sua maioria, de uma felicidade coletiva. Nesse óbice, a felicidade individual muitas vezes é mitigada em prol do coletivo.

No âmbito da saúde, seja na esfera de exercício das políticas públicas ou nas demandas judiciais de medicamentos, o Estado também se depara com o seguinte dilema: fornecer tratamento médico excessivamente oneroso a um paciente que necessita, ou negar-lhe esse direito fundamental para investir o mesmo valor no fornecimento de tratamentos mais baratos em prol de um número maior de indivíduos.

Assim, no campo da saúde é exatamente dessa maneira que a teoria utilitarista parece incidir. Ela retira o direito de um indivíduo ao mínimo existencial à saúde, para transformá-lo em um mínimo existencial que possa abranger um número maior de pessoas e o que era para ser um direito universal à saúde acaba por ser seletivo e figurar no contexto do domínio das escolhas trágicas.

De mais a mais, a teoria das escolhas trágicas pressupõe, sob o ponto de vista de Streck, tratar-se de um dilema moral, que acaba por ocorrer justamente no campo do direito, fazendo menção à teoria utilitarista¹⁹. Nesse sentido:

Vem Sandel e diz: você está em um trem que tem pela frente cinco pessoas... mas tem um desvio que pode ser feito, onde está um gordinho... O que você faz? Salva as cinco pessoas, matando o gordinho? Na sequência: e se você está em uma plataforma do trem e este matará cinco pessoas... Mas você pode salvá-las, derrubando um gordinho sobre os trilhos, parando, assim, a trajetória do trem. No primeiro, as pessoas dizem

¹⁹ Esse debate proposto por Streck justamente no domínio do assunto das escolhas trágicas, intitulado o seu artigo como “Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?”, fazendo menção, inclusive, a Michael Sandel, já que o dilema é entender o que é fazer a escolha certa. Obra esta que vem sendo destaque entre os juristas. (STRECK, 2014).

que matariam o gordinho; na segunda, não, porque teriam que empurrá-lo... Ou não. E daí? O que isso tem a ver (diretamente) com o direito? Serve, sim, para discutir filosofia moral e correlatas; mas, para o direito, uma aplicação direta só fragiliza sua autonomia. (STRECK, 2014, s.p)

Diante disso, em se tratando das atuações da Administração Pública implica dizer que sim, há a existência das escolhas trágicas. É o que ensinam Leal e Bolesina, quando dispõem que

[...] não há como se negar a sensível posição do Estado ao ter que optar entre a construção de uma escola ou de um hospital, em um bairro que necessite de ambos (ou ainda escolher entre dois bairros igualmente necessitados), diante da escassez de recursos. A questão cerne, diante de todo o exposto até o momento, é, portanto: como pode ser trágica uma situação de escolha onde não se tem opção, onde não há escolha? É o que ocorre entre o mínimo existencial e a reserva do possível. (LEAL; BOLESINA, 2012, p. 21).

Nesse diapasão é importante colacionar o seguinte julgado, referente ao Recurso Extraordinário nº 393.175/RS, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello e mencionado no Informativo nº 582 do STF:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

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

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

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

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

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU

DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

- **O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF". (BRASIL, 2006) [grifo nosso]**

Diante disso é importante recomendar as palavras de Freitas, o qual leciona que “[...] a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, deve estar vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade por ação ou omissão, solapando as bases racionais de conformação motivada das políticas públicas”. (FREITAS, 2014, p. 44).

Assim, resta evidente que há um embate concreto e moral, estando de um lado os direitos fundamentais, quais sejam, a dignidade humana e o mínimo existencial e de outro, a limitação financeira estatal equiparada ao princípio da reserva do possível, que culminam por fim, na teoria das escolhas trágicas. Conclui-se que as dificuldades financeiras pressupõem, de certa forma, a diminuição das garantias essenciais inerentes ao indivíduo.

3 DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS MUNICÍPIOS DE TUCUNDUVA E NOVO MACHADO

Nesta seção, antes de adentrar no mérito da pesquisa de forma a analisar a judicialização nas duas municipalidades é importante reiterar a essencialidade da universalidade na cobertura do atendimento, princípio base do Sistema Único de Saúde. Ainda é importante fazer um breve debate acerca da judicialização no Estado do Rio Grande do Sul trazendo inicialmente alguns dados pertinentes para a abordagem.

Em 2013 o Rio Grande do Sul era líder em judicialização de saúde, abarcando em média 74 (setenta e quatro) mil processos, que objetivavam o fornecimento de medicamentos pelo Ente, conforme dados da Confederação Nacional de Municípios²⁰. Ao passo que no mesmo ano, o Tribunal de Contas da União apontou o ajuizamento de 60.321 (sessenta mil trezentos e vinte e uma) ações que objetivaram tratamento médico/hospitalar, fornecimento de medicamentos ou cirurgia de eficácia não comprovada²¹.

Esta realidade se manteve até o ano de 2016, quando o Ente despendeu 210 (duzentos e dez) milhões de reais para atender a 61 mil pacientes que ingressaram com suas demandas no Judiciário, para terem as suas necessidades com medicamentos supridas, conforme dados apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017)²².

²⁰ Estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Municípios, o qual noticiou a respeito da judicialização ocorrente no Estado do Rio Grande do Sul. Apesar de a estatística ser do ano de 2013, esta não difere muito do que ocorre no cotidiano, dado que ainda há números expressivos de demandas judiciais tramitando no Poder Judiciário. (BRASIL, 2013).

²¹ O Tribunal de Contas da União realizou um estudo acerca da judicialização da saúde em vários estados do Brasil, destacando, principalmente, a judicialização no Rio Grande do Sul, que tem se mostrado líder nas estatísticas judiciais de saúde. Relevante frisar, ainda, que o Tribunal realizou o estudo contemplando os anos de 2013 a meados de 2015, expressivamente no mês de julho, divulgando a Defensoria Pública do Estado e a Advocacia Privada como principais representantes dos interesses das partes. Indica-se que a estatística assim se representa, tendo em vista que a Defensoria Pública patrocina interesses de assistidos com renda familiar de até três salários-mínimos e, caso o paciente tenha renda elevada, é orientado a buscar a advocacia privada para a satisfação de seus interesses. Apesar disso, a Defensoria Pública representou mais de 44 (quarenta e quatro) mil pacientes no Poder Judiciário nesses três anos de estudo, dado que boa parte da população depende do Sistema Único de Saúde e se mostra hipossuficiente para custear o fármaco/tratamento de que necessita, bem como assistência de profissional advogada na iniciativa privada. Estes aspectos, de certa forma, demonstram a fragilidade das políticas públicas de saúde, já que boa parte dos fármacos buscados não são por elas fornecidos. (BRASIL, 2015).

²² O Conselho emitiu a Recomendação nº 36 de 12 de julho de 2011, normativa que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do

Segundo dados apresentados pelo Desembargador Martin Schulze, da 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pela Procuradoria Geral do Estado, no XXXIII Seminário de Judicialização da Saúde, promovido pelo CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde), de 2013 a 2016, houve redução de 18,50% na propositura de demandas judiciais. Pelos dados do instituto, somente na 7ª Procuradoria Geral do Estado, de Santo Ângelo-RS no ano de 2017, tramitavam cerca de 5.090 (cinco mil e noventa) ações de saúde, sendo a 9ª Procuradoria com mais demandas judiciais no Estado. (SCHULZE, 2017).

Diante da preocupação pelo elevado número de ações no Poder Judiciário, bem como com a situação financeira do Estado do Rio Grande do Sul, buscaram-se meios de controle para a redução da judicialização, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça e seu Comitê de Saúde, bem como do Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS). De mais a mais, importante salientar que o Conselho Nacional de Justiça atribui a diminuição da judicialização à prática de cursos e *workshops* no interior do Estado, bem como “[...] à realização de mediação prévia pela Defensoria Pública, com o ajuizamento somente dos pedidos necessários.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Justifica-se relevante apresentar tais estatísticas para argumentar que o Rio Grande do Sul é um dos Entes Federados que enfrenta forte realocação de verbas públicas para atender às demandas de saúde. Diante da numerosidade percebe-se a quantidade de pacientes que buscam ao Estado em razão da responsabilidade solidária dos Entes na promoção da saúde, que é prevista na Carta Magna de 1988.

Diante dos dados apresentados, buscar-se-á analisar a frequência da judicialização nos Municípios de Tucunduva e Novo Machado, municípios do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, com base em dados da Defensoria Pública da Comarca de Tucunduva. Tudo isso de forma a averiguar a forma e a quantidade das demandas judiciais de medicamentos em tais Municípios, com o objetivo de reflexão e conhecimento da realidade existente.

Não obstante, as informações concretas serão analisadas com base em no mínimo três critérios: a renda do paciente (autor da ação), o valor do medicamento e a doença apresentada em laudo médico.

3.1 DIAGNÓSTICO DA JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS MUNICÍPIOS DE TUCUNDUVA E NOVO MACHADO

Antes de adentrar no diagnóstico, tema dessa subseção, é importante destacar que para a análise da judicialização nos dois municípios, foram utilizados dados quantitativos acerca do tema, sob a supervisão e permissão da Defensoria Pública da Comarca de Tucunduva (que atende aos Municípios estudados), ostentando a pesquisadora a condição de estagiária acadêmica naquele órgão.

Esclarece-se primordialmente que foram levantados dados meramente estatísticos, acerca da quantidade de processos ajuizados pelo sistema eletrônico, renda média dos litigantes de tais ações, faixa etária, principais doenças e o caráter de urgência do tratamento, sem identificar qualquer das partes que tenham suas demandas farmacológicas representadas pela Defensoria Pública, mediante análise de arquivos físicos. A análise restringe-se a pouco mais de dois anos, compreendidos entre agosto/2016 e setembro/2018, quando da implantação do processo eletrônico, referindo-se exclusivamente a este.

Em tal período na Defensoria Pública da Comarca do Município de Tucunduva-RS, Comarca que também abarca o Município de Novo Machado pode-se constatar que a judicialização do fornecimento de medicamentos é um fato que frequente, mas que ocorre de forma mais numerosa entre os habitantes de Tucunduva.

Desde a implantação do processo eletrônico na Comarca de Tucunduva, em meados de agosto de 2016 até setembro de 2018, foram exatas 68 (sessenta e oito) ações pela Defensoria Pública (conforme contagem dos arquivos), objetivando o fornecimento de medicamentos. Leva-se em conta que o número refere-se a apenas processos eletrônicos.

Já em relação aos novo-machadenses por outro lado, desde 2016 até setembro de 2018, poucas ações de medicamentos foram ajuizadas pela Defensoria Pública. Em números concretos oscilam em oito ações, podendo chegar a dez.

Outrossim, todas as ações de medicamentos foram ajuizadas contra o Estado, não havendo incidência dos Municípios citados no polo passivo de tais demandas. Para comprovação desse fato, realizou-se uma busca na tramitação de processos em face desses Municípios no Sistema do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, em que se constatou ser praticamente inexistente o ajuizamento de demandas de medicamentos em face dos Municípios, pelo menos no ano de 2018. Houve apenas a incidência de uma ação em matéria de fornecimento de fármacos e isso no Município de Novo Machado, solucionada por meio de transação e sua respectiva homologação.

Reitera-se que tais ações são voltadas para a obtenção do medicamento que não está incluído nas portarias do Ministério da Saúde ou na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) ou em qualquer outro mecanismo de lista de distribuição de medicamentos pela política pública.

De mais a mais, na análise dos dados constatou-se que a incidência de judicialização para a obtenção de medicamentos é maior para pacientes com doenças ósseas, transtornos mentais e fibromialgia, seguidos pela diabetes, patologias oftalmológicas e cardíacas. Para a obtenção de ampolas para tratamento de câncer, foi ajuizada apenas uma ação.

Destaca-se que boa parte dos autores de tais demandas são idosos, agricultores e/ou aposentados, com idade acima de 60 (sessenta) anos e adultos com idades entre 25 (vinte e cinco) e 59 (cinquenta e nove) anos, entre empregados e desempregados, ou que exerçam trabalho informal (sem carteira assinada). As ações para fornecimento de medicamentos de crianças e adolescentes são ajuizadas no Juizado da Infância e Juventude, mediante processo físico.

A faixa mínima de preço do medicamento inicia em uma média de aproximadamente R\$ 30,00 (trinta reais), oscilando o valor da causa em média de R\$ 360,00 (trezentos reais – número este que declina se o assistido tiver renda igual ou inferior a um salário-mínimo), que é o preço mínimo das despesas que o paciente necessita despender por ano para custeio do tratamento (valor do medicamento multiplicado por doze meses). Leva-se em conta que uma grande parte dessas ações solicita mais de um medicamento, o que contribui para o aumento do valor da causa.

Constatou-se também que os medicamentos mais caros observados nesse número de ações ajuizadas nesses dois anos passam de R\$ 200,00 (duzentos reais), chegando a aproximadamente R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Ocorre, entretanto, que o critério de valor não é absoluto, tendo em vista que normalmente, os estabelecimentos farmacêuticos reduzem drasticamente o preço, para se beneficiarem de um possível bloqueio de valores o que por vezes, acaba

prejudicando o paciente autor da ação. A diminuição do valor do medicamento no orçamento fornecido às partes, antes da propositura da ação (para avaliação do valor da causa), pode chegar a 50% do valor praticado no balcão, diretamente ao consumidor. Situação esta análoga a de licitação na modalidade menor preço.

Essa diminuição radical de valores toma por possibilidade gerar prejuízo consistente, já que o Estado pode contrapor-se no sentido de o medicamento ser de baixo custo e não comprometer a renda mensal do autor da ação. Mais ainda gera indignação aos pacientes, já que pagam valores exorbitantes pelos medicamentos e em se tratando de judicialização, os valores reduzem drasticamente.

A Defensoria Pública fixa como parâmetro, para atuação em ações judiciais a renda familiar, que não deve ultrapassar três salários mínimos. Levando-se em conta que parte dos demandantes tem seu sustento provindo da agricultura familiar, implica-se afirmar que, das documentações analisadas, a quantidade de patrimônio é inferior a um módulo fiscal, que equivale a 20 (vinte) hectares, em ambas as municipalidades. Diante disso, adentra-se na questão do patrimônio mínimo. Nas documentações analisadas mostrou-se que a quantidade máxima foi de até 17 (dezessete) hectares.

Se o patrimônio da pessoa for elevado, assim como a renda, subentende-se não haver a hipossuficiência disposta na Lei Estadual nº 9.908/93, outrora mencionada. Assim questiona-se: alguém que possui vinte hectares (o que equivale a 200.000m² de área) e se sustenta com a agricultura familiar, perde seu caráter de hipossuficiência perante o Estado?

De imediato, a resposta parece ser positiva. Contudo ao se fazer uma análise mais concreta do regime de economia familiar, o critério da quantidade de patrimônio não é absoluto, uma vez que ao sobreviver sob esse regime, há custo de produção, condições geológicas da lavoura e climáticas, dentre outras variáveis.

A quantidade pouco representa se não for acompanhada de uma análise qualitativa e de produtividade, circunstância que pode ser verificada no Bloco de Produtor Rural, também utilizado como comprovante de renda nos autos de eventual ação.

Assim, a questão patrimonial não configura critério absoluto, pois depende de fatores externos e da subtração de despesas para ser considerada renda líquida. Bem ou mal, a renda líquida final sequer consegue chegar a três salários-mínimos. No tocante a essa questão patrimonial, o elucidativo julgado na Apelação nº

70072972615, pelo relator o Desembargador João Barcelos de Souza Junior da Segunda Câmara Cível:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. HIPOSSUFICIÊNCIA DA AUTORA COMPROVADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE CÂNCER. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. **Apesar da cópia do imposto de renda da autora apontar acervo patrimonial, conclui-se que o mesmo não se afigura elevado comparando-se com o valor do tratamento necessitado de forma contínua. Em assim sendo, configurada está a hipossuficiência da parte autora, para fins de aquisição do tratamento na via particular sem que interfira no sustento próprio e de sua família.** 2. A Constituição Federal prevê a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação dos serviços de saúde, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para responder às demandas que visam o fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento médico. 3. A ausência de inclusão dos medicamentos em listas prévias, quer referente a remédios considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados. 4. A forma de organização do SUS não pode obstaculizar o fornecimento de medicamentos. 5. O atestado médico do profissional devidamente habilitado constitui prova suficiente para embasar a pretensão da parte autora, bem como a adequação dos fármacos requeridos para a doença que a acomete. 6. O Código de Ética Médica, em seu Capítulo I, XVI proíbe a limitação do critério médico na escolha de tratamento médico e em seu Capítulo VII, art. 52 proíbe o desrespeito à prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, o que não comprovou a parte ré ser o caso. 7. Comprovada a essencialidade do medicamento para o câncer que acomete a parte autora e a sua carência financeira para adquiri-lo, é dever dos entes públicos encaminhá-la ao CACON/UNACON para que receba o tratamento indicado, garantindo-lhe as condições de saúde e sobrevivência dignas, nos termos dos artigos 196 e 197 da CF. Na hipótese de não ser imediatamente realizado o tratamento no CACON/UNACON, caberá aos réus custearem o tratamento da parte autora. 8. A verba honorária foi aplicada de acordo com os vetores do artigo 85, § 8º, do CPC e com os parâmetros desta Câmara em casos análogos, modo pelo qual deve ser mantida. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL, 2017) [grifo nosso]

Da mesma forma, o critério de ter renda bruta de até três salários-mínimos também não é critério absoluto e pelo mesmo motivo, se faz necessária a subtração das despesas mensais. Basicamente, o medicamento é comprado com o que sobra do orçamento mensal, estando às vezes, em disputa com gastos emergenciais e imprevistos.

Em sede das contestações apresentadas pelo Estado, em razão da renda e do preço do medicamento, é bastante comum que, apesar de o assistido receber até três salários-mínimos e estar representado pela Defensoria Pública, ainda assim é questionado a respeito de sua renda e em contraponto, o Ente demandado

argumenta não possuir recursos suficientes para atender às necessidades do autor da ação pleiteando, então a revogação da tutela de urgência (caso a demanda seja consignada urgente em laudo médico juntado pela parte), a improcedência do pedido ou a substituição do fármaco por similar fornecido pelo SUS.

De mais a mais reitera-se que a maioria das ações objetiva ao fornecimento de medicamentos de valores não tão elevados. Ainda é importante levar em conta que a Defensoria Pública, enquanto protetora dos direitos e por prestar serviço ao público, também é buscada em atendimentos por pessoas que possuam renda superior a três salários-mínimos.

Contudo, em razão desse limite fixado, o órgão, por cumprimento de sua normativa interna, através da Ordem de Serviço nº 11/1997, não pode atuar em favor desses indivíduos. Diante da negativa, muitos deles deixam de ajuizar a demanda em face do Estado, em função do valor do medicamento, ao passo que se contratassem profissionais para ajuizar as demandas, o preço que pagariam pelos serviços da advocacia particular, poderia até coincidir ou superar o valor necessário para a compra do medicamento ausente da lista do SUS.

Em maio de 2017, as ações de medicamentos estavam suspensas, em função da ordem emanada pelo Superior Tribunal de Justiça para julgamento dos recursos repetitivos classificados sob o tema 106, discutindo se o Estado pode ou não ser obrigado a fornecer medicamentos que não estão na lista do SUS. Apenas as matérias de tutelas de urgência eram apreciadas, em cumprimento à imposição estabelecida pelo STJ.

O Recurso Especial nº 1.657.156/RJ deu causa à suspensão das demandas judiciais, cuja ementa está adiante disposta:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de

medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. **Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)**. Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. **TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (BRASIL, 2018). [grifo nosso]

O julgamento do recurso repetitivo determinou assim, que o Estado é responsável pelo fornecimento do medicamento, desde que a parte demandante comprove os requisitos destacados no julgado acima.

Para os Municípios de Tucunduva e Novo Machado, os novos requisitos fixados pelo Superior Tribunal de Justiça em pouco afetam as demandas de medicamentos já ajuizadas. A mudança significativa se dá apenas no fato da obrigatoriedade de juntada do registro da ANVISA dos medicamentos pleiteados. Em princípio, quase todos os medicamentos pleiteados nas ações ajuizadas possuem o respectivo registro. Contudo, a juntada se faz obrigatória, sob pena de indeferimento do pleito, já que se tornou requisito obrigatório para a ação.

A necessidade e imprescindibilidade do medicamento se tornam evidentes na constatação dos laudos médicos. São poucas, mas significativas, as ações que não demandam urgência. Acerca da tutela de urgência, concedida na esfera judicial para pacientes que a comprovem com a imprescindibilidade do tratamento e do risco à saúde, caso o tratamento com o fármaco pleiteado não seja iniciado e, ocorrente no devido processo legal, dispõe Gomes que

[...] nesses casos especiais, a legislação autoriza a adoção de medidas de proteção e conservação do direito antes da própria sentença, e, muitas vezes, antes mesmo do réu ser citado, **afastando-se os riscos e assegurando o resultado útil do processo**. É evidente que a possibilidade

de erro judicial aumenta exponencialmente na adoção de medidas de urgência, pois o contato que o magistrado tem com a causa é superficial e a formação de seu convencimento depende ainda de maior dilação probatória. A urgência na prestação da tutela jurisdicional é definida em lei como perigo da demora (*periculum in mora*) e risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Há uma clássica distinção entre duas formas de tutela de urgência, a antecipação de tutela e a cautelar (GOMES, 2015, p. 03-04). [grifo nosso]

Neste aspecto, das 68 (sessenta e oito) demandas analisadas constatou-se que 56 (cinquenta e seis) delas prescrevia urgência dos laudos médicos, seja para evitar o risco de piora do quadro clínico, seja para evitar cegueira ou até mesmo em casos de iminente risco de morte. As ações que apontam risco de morte foram apresentadas na maior parte em situações de doenças psicológicas como depressão e transtorno bipolar e nesses últimos, a probabilidade de suicídio era maior.

Indica-se dentre as ações ajuizadas, que há certa incidência da variedade de marcas nos laudos médicos. Levando-se em conta que são dois os laudos médicos que acompanham cada uma das ações judiciais, embora conste no laudo (aquele questionário fornecido pelo médico que indica as consequências do não uso do fármaco e a urgência do tratamento), o laudo anexo que é apresentado perante às Secretarias Municipais de Saúde, para a obtenção dos medicamentos (ou da certidão negativa no caso de indeferimento do pedido), possui a descrição do princípio ativo.

São poucos, mas significativos os casos que indicam opção por marca específica, já que o motivo principal dessa escolha consiste numa melhor eficácia e melhora no quadro clínico do paciente. Realidade diferente da vivida pelo Estado de São Paulo, que no viés de Armani Alves,

Grande parte das ações judiciais propostas com o objetivo de compelir o Estado a fornecer fármacos das mais diversas espécies vem corroborada de prescrição médica que indica nítida opção por marcas comerciais. Embora devendo prescrever por princípio ativo, prescreve-se por marca. (ALVES, 2015, p. 03).

A questão da opção por marca específica do fármaco, de quebra, conflita com o princípio da reserva do possível, tendo em vista que ao Estado compete “maximalizar o potencial dos seus recursos econômicos escassos.” (ALVES, 2015, p. 05).

Já em questão de hipossuficiência, o requisito (pelo menos entre os assistidos da Defensoria Pública) também está devidamente preenchido, tendo em vista que em ambas as municipalidades gaúchas, aqui em relevo, a grande parte da população que se socorre do Poder Judiciário para ter acesso aos medicamentos cujo fornecimento lhes foram negados pelo Sistema Único de Saúde, em razão da ausência deles nas listas e portarias da política pública, são hipossuficientes economicamente, sem condições para custear a integralidade do tratamento sem prejuízo de sua própria subsistência.

É notório que o critério de renda estabelecido pela Defensoria Pública contribui para evitar a judicialização exacerbada de medicamentos, fazendo-se cumprir a determinação estabelecida na Lei Estadual nº 9.908/93, já esclarecida na seção 1.2, em que será gratuita a distribuição de fármacos aos hipossuficientes.

Apesar dos novos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria de medicamentos, a tendência, para a Defensoria Pública da Comarca de Tucunduva, é que se mantenha uma média de 30 a 40 ações ajuizadas por ano, justamente pelo fato de ser uma comarca pequena e ambos os Municípios possuírem juntos, a totalidade aproximada de dez mil habitantes.

Não se pode olvidar que a Administração Pública não está imune à judicialização das demandas farmacêuticas por quem detenha condições financeiras suficientes para arcar com as despesas do tratamento. Por isso, importante que o paciente seja cuidadoso ao ajuizar a sua demanda. Ainda, estando claro que o paciente não detém a condição de hipossuficiente sendo pacífico na doutrina de Carneiro que

[...] se os direitos fundamentais sociais constituem um direito do indivíduo a algo que ele poderia obter de particulares se auferisse uma renda suficiente e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, infere-se, a *contrario sensu*, que tais direitos inexistem se tais condições são satisfeitas – assim, tendo o indivíduo renda suficiente para a aquisição de um bem relativo a um direito fundamental social e havendo oferta no mercado compatível com essa renda, o indivíduo não pode exigir do Estado o fornecimento desse bem, ou seja, não seria titular do direito fundamental social que lhe é correspondente. (CARNEIRO, 2016, p.149).

Ou seja, a parte não pode se valer da condição de hipossuficiente se não o é, bem como no caso dos medicamentos, havendo oferta (no comércio farmacêutico, por exemplo), o direito fundamental em face do Estado praticamente extingue.

Bem ou mal, sendo a saúde um direito universal e o SUS tendo como princípio a universalidade de acesso, as pessoas que não são hipossuficientes também tem acesso a tais políticas públicas e o valor por elas pago a título de impostos também contribui para o sistema de saúde hoje vigente. Contudo é importante que se cumpram vários fatores limitadores de acesso, para que elas possam se valer dos benefícios, dado que a política pública também foi elaborada com o escopo de contribuir para redução da desigualdade social, outrora ainda mais profunda se considerados os períodos posteriores à criação do sistema, quando se vivia sob a realidade de muitas epidemias, muitas vezes mortais.

Por isso é necessário que toda e qualquer pessoa, apesar de ter o seu direito à saúde garantido, atenha-se à boa-fé e a solidariedade com os desiguais, já que a desigualdade é o vilão e a origem da incidência de doenças, como se abordará adiante.

3.2 PERSPECTIVAS E PARÂMETROS PARA A RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS COM BASE NA SOLIDARIEDADE E NA BOA-FÉ

Antes de aprofundar a questão central, importante ressaltar a necessidade de reforçar a fundamentalidade das políticas públicas de saúde para a promoção da dignidade humana. No caso do Sistema Único de Saúde, este adveio como uma forma de garantir saúde a todos, dada a sua universalidade e como certa forma de proteção dos hipossuficientes, já que acometidos pela desigualdade social.

O direito à saúde é um fato inquestionável, na medida em que assegurado na Carta Magna de 1988, sendo elemento importante na efetivação da dignidade humana, como já explanado nas seções anteriores.

Diante disso é certo que cabe ao Estado a formulação de políticas públicas para atender às demandas de seus indivíduos, que é o que ocorre no caso do fornecimento de medicamentos pela lista cadastrada no Sistema Único de Saúde.

No Rio Grande do Sul, cada fármaco de que o paciente necessita continuamente está cadastrado no Sistema AME (Sistema de Administração de Medicamentos). É um sistema de controle responsável pelo cadastramento de fármacos e controle de estoque e dispensação, quando o medicamento é repassado ao paciente.

Não havendo estoque do fármaco e existindo ação judicial em curso ou arquivada, imprime-se certidão informando a falta do medicamento, que serve para a

proposição de cumprimentos de sentença e, conseqüentemente, o bloqueio de verbas públicas.

Conforme se introduziu nesse capítulo, o Estado do Rio Grande do Sul vem enfrentando numerosas ações judiciais, o que ocasionaram no bloqueio de cifras que passaram de R\$ 200 milhões no ano de 2016, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017). Assim, o Poder Judiciário é a instância que pode fazer valer o cumprimento da lei, protegendo os direitos da pessoa.

Em verdade, a justiciabilidade das políticas públicas, sob o ponto de vista de Bucci,

[...] colocaria duas séries de perguntas para o jurista: “Em primeiro lugar, trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta das políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas públicas”. (LOPES *apud* BUCCI, 2006, p. 273).

Diante disso é consistente afirmar que as políticas públicas exercem papel fundamental, já que se fundam no interesse público. Ainda mais na atualidade, quando o país está eivado pela crise econômica e política, lacrada pelo desemprego.

Não obstante constatam-se falhas ocorrentes no próprio modo de o Estado conduzir uma política pública, conforme consolidado em algumas das jurisprudências dos Tribunais. No tocante aos medicamentos, em razão do expressivo volume de ações, a falha em si é administrativa, justamente pela finitude dos recursos financeiros, que também é consequência do choque principiológico já abordado, além de problemas de eficiência na gestão pela Administração Pública.

O próprio Poder Judiciário não raro, atribui ao Estado a culpa pela precariedade na gestão, o que contribui para muitas sentenças procedentes em favor dos indivíduos. Assim, inevitavelmente a questão da judicialização causa consequências tanto para o Ente Público, como para o indivíduo. Nesse diapasão,

[...] a delimitação judicial do direito à saúde tinha o potencial de privilegiar alguns cidadãos em detrimento de outros – uns teriam acesso a medicamentos e terapias que não seriam extensíveis aos demais que se encontrassem na mesma situação. (ALEXY *apud* CARNEIRO, 2016, p. 221).

Bem ou mal, o número expressivo de demandas judiciais em face do Estado também é consequência do capitalismo, ao passo que cresce a desigualdade social. Por isso,

[...] permitir que a sociedade capitalista seguisse seu curso de acordo com os interesses individuais dos sujeitos, sob a égide do princípio da autorregulação, ou pouca regulação via Estado, acabou por produzir um sistema de acumulação no qual emerge a pobreza/exclusão social. (PETERSEN, 2014, p. 24).

Durante o decorrer dessa monografia, verificou-se que nos primórdios da configuração do direito à saúde tiveram como origem a tentativa de eliminação de doenças que dizimaram milhares de pessoas, sendo sua grande maioria as mais pobres. Sabendo-se que a desigualdade gera doença e tendo-se conhecimento de que atualmente são mais de 12 milhões²³ de desempregados no país, é essencial que se mantenha uma política pública como o Sistema Único de Saúde (SUS), e que se busque a sua máxima racionalização e eficácia.

Contabilizado esse número elevado de pessoas desempregadas é importante que se amplifique o acesso à saúde gratuita. A judicialização por outro lado, não deixa de ser consequência da restrição do acesso ou, no caso de fármacos, de fornecimento.

Reitera-se que há grande incidência de judicialização de medicamentos de baixo custo, mas que em razão da renda familiar não ser muito elevada, o paciente acaba por recorrer ao Estado, dada a sua obrigação constitucional de garantir o direito à saúde do cidadão. É situação da qual a Administração Pública não tem como escapar.

Exposta a problemática, o Ente busca consistentemente por soluções que possam dirimir o número de novas ações judiciais. O que já foi disposto na introdução deste capítulo, no tocante aos meios que reduziram em pouco mais de 18% o número de ações judiciais no Rio Grande do Sul do ano de 2013 para cá. Entre os motivos determinantes está a frequente especialização dos profissionais de

²³ Atualmente, conforme a Empresa Brasil de Comunicação (EBC), 12,9 milhões de pessoas estão desempregadas. Pelo menos é o que o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) apontou em agosto deste ano. (BRASIL, 2018). Em outros canais de notícia, o número passa de 13 milhões. Contudo, optou-se por trazer dados da EBC, dada a sua confiabilidade, por se tratar de entidade estatal.

saúde, bem como descadastramento da dispensação de fármacos dos quais os pacientes não mais se utilizam para tratamento de suas patologias.

Levando-se em conta que a maior parte das ações judiciais é voltada contra o Estado, importante não esquecer que é solidária a responsabilidade entre Estados e Municípios. Assim, sugere-se que os Municípios poderiam custear os medicamentos de baixo custo mediante reuniões com pacientes, sob a criação e supervisão de um Conselho Municipal de Saúde, que é o que vem ocorrendo no Município de Novo Machado. Iniciativa dessa natureza, de quebra, poderia reduzir as demandas no Poder Judiciário, aspecto que se verifica a partir da constatação de que menos de dez ações foram ajuizadas por habitantes novo-machadenses em dois anos pela Defensoria Pública, conforme já abordado anteriormente.

O que se argumenta aqui não deve ser compreendido como iniciativa tendente a limitar o acesso do indivíduo ao Estado, mas sim, conscientizar o paciente a buscar os meios municipais de saúde também abarcados pelo SUS para só depois ter a sua demanda judicializada, quando esgotadas as possibilidades de aquisição do fármaco no pleito administrativo.

Além de haver a responsabilidade solidária dos entes, nos moldes do art. 196 da Carta Magna vigente, importante atentar para o artigo 3º, inciso I do mesmo diploma legal, que classifica como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária.” (BRASIL, 1988). Trata-se do princípio da solidariedade. Solidariedade esta que não deixa de estar pautada também internacionalmente. Nesse sentido, as palavras de Oliveira:

[...] não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana encontra-se positivada, em relevo, na Ordem Jurídica internacional, desde o artigo inaugural da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo dispositivo expressa que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, cada um devendo agir, em relação uns aos outros, de forma fraterna e com espírito de solidariedade. (OLIVEIRA, 2017, p. 06).

Teixeira, por seu turno relaciona o princípio como sendo aquele que “retrata a situação das pessoas mais abastadas em relação aos mais empobrecidos, de tal modo que os mais capazes financeiramente contribuem com parcela maior, em favor daqueles menos capazes”. (TEIXEIRA, 2009, p. 58).

Esse princípio, base da seguridade social, também é base para o direito à saúde. Para Miranda,

[...] é princípio diretor que ocupa o mais elevado grau de importância na seguridade social, derivado da própria natureza do direito social, cujo conceito se encontra vazado na cooperação de toda a sociedade na promoção e financiamento de ações que visem cobrir necessidades sociais (art. 194, caput, e 195 da CF). (MIRANDA, 2007, p. 27).

No direito à saúde pode-se dizer que a solidariedade não só deve ocorrer entre os Entes, mas também entre os indivíduos. Solidariedade no sentido de que quem possua melhores condições financeiras para comprar o medicamento, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, que não recorra ao Estado para a mera economicidade de seus recursos financeiros.

De modo a atingir a idealidade, diga-se de passagem, das relações humanas, as demandas deveriam ser racionalizadas e ajuizadas somente quando for estritamente necessário. Ao passo que uma demanda é ajuizada como tentativa de economia de recursos financeiros, implica-se como consequência a imposição de uma escolha trágica ao Estado e pelo Estado.

Nesse sentido, as palavras de Petersen:

A judicialização excessiva acaba por ferir as regras do jogo democrático, pois aniquila a ideia pactuada de fornecimento de medicamentos para a promoção da saúde pública/coletiva, e passa a discutir o direito do acesso individual a toda forma de inovação tecnológica em saúde. Na verdade, a balança dos direitos que representa o sistema de freios e contrapesos, pesa para o lado dos interesses do capital, esquecendo que a República foi projetada para todos. (PETERSEN, 2014, p. 121).

Por isso é importante destacar que, diante desse cenário que se mostra crítico no país em que, além de haver milhões de desempregados, conforme aludido alhures, além da gradativa diminuição de repasses de verbas públicas à área da saúde é essencial que haja a racionalização das demandas.

Não menos importante impõe-se que tanto a Administração Pública como o indivíduo devam exercer a boa-fé nas relações que envolvem os procedimentos na área da saúde pública. É essencial que os Entes reconheçam a necessidade do indivíduo e que os indivíduos também conheçam da sua condição antes de ajuizar uma demanda no Poder Judiciário. Condição esta no sentido de examinar a possibilidade e necessidade do tratamento que se demanda.

Por boa-fé, no âmbito da saúde, explica-se que deve haver proporcionalidade entre a situação financeira do paciente e o valor do medicamento. Até mesmo seria

sugerível que houvesse uma tabela, a ser disposta pela Administração Pública, de valores de medicamentos a serem fornecidos, em comparação com a renda do paciente e/ou familiar, de modo a fixar um parâmetro para propositura de ações, desde que não se cause prejuízo do mínimo existencial²⁴.

Contudo ao reiterar-se que a condição financeira da pessoa é critério relativo e eivado de variáveis crê-se que não há como fixar tais limites à judicialização, quando presente a crise política e econômica nos dias atuais.

Implica a proporcionalidade também na eficácia dos direitos fundamentais. Por outro lado, deve haver um equilíbrio para o Estado, enquanto garantidor de tais direitos. Nesse diapasão é importante fazer menção a Alexy, o qual dispõe que “a realização do contido em normas de direitos fundamentais com caráter de princípio exige o exame prévio das condições fáticas e jurídicas vigentes no momento de sua aplicação. ” (ALEXY *apud* CARNEIRO, 2016, p. 135). Mas como o princípio da proporcionalidade poderia ser aplicado ao campo da saúde pública?

Nesse sentido, ensina Carneiro que

[...] a regra da proporcionalidade exige a observância de três etapas na avaliação de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais: na primeira, afere-se a adequação da medida; na segunda, a necessidade; e, na terceira, a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras, dizem respeito às possibilidades fáticas de realização dos direitos fundamentais, ao passo que a última etapa concerne às possibilidades jurídicas. (ALEXY *apud* CARNEIRO, 2016, p. 136)

Desse modo antes de tornar-se o fornecimento de medicamentos um direito à saúde no pleito judicial, deve-se verificar ser esta a medida adequada, a estrita necessidade do fármaco e a proporcionalidade do pedido. Entretanto, nada impede que o Estado sugira a substituição do medicamento por outro ou questione a eficácia, como meio de percepção do Poder Judiciário para tomada de decisão.

Ao se saber da forma como a política pública funciona é relevante dispor que, de certa forma, embora haja a amplitude do direito à saúde, a sua judicialização impede

²⁴ A questão do não prejuízo ao mínimo existencial é debatida por Liberati, quando retrata a respeito do custo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor observa que “[...] tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.” (LIBERATI, 2013, p. 122).

[...] a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de interferir no planejamento das ações de saúde; além disso, ao apreciarem tais demandas, os juizes não avaliam [...] se o tratamento pedido é o melhor em termos de custo/benefício. (CHIEFFI; BARATA apud CARNEIRO, 2016, p. 67).

Basicamente a relação Estado-indivíduo implica ser dotada de boa-fé. O Estado aqui, funciona como proteção, garantia do direito fundamental. O indivíduo como protegido, que ao se sentir desprotegido, invoca a lei que o protege contra a falta de assistência do Ente. Por outro lado, a falta de proteção deve estar devidamente comprovada e deve-se ter boa-fé perante o Estado também.

A judicialização excessiva não deixa de ser consequência de uma não proteção, a ser proporcionada, via de regra, por uma política pública. A política pública, no viés de Bucci, nada mais é do que “a criação do Estado de bem-estar.” (BUCCI, 2006, p. 245). Esta possui por escopo garantir, não só um direito fundamental, mas de um ponto de vista particular reduzir as desigualdades sociais.

Para que haja alcance do bem-estar e por conseguinte a promoção da dignidade humana, Delduque sugere a mediação sanitária como modo de conciliar o interesse entre Estado e indivíduo, ou seja é o meio que “pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e por fim aqueles iniciados ou reduzir o seu alcance.” (DELDUQUE, 2015, p. 04). E prossegue:

[...] A mediação sanitária é um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações de saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, daí advindo conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais geram desgastes e judicialização como também os conflitos gerados fora do sistema, mas com reflexos diretos dentro dele, como os conflitos sociais e conflitos legais, igualmente geram judicialização (DELDUQUE, 2015, p. 06).

Nas palavras de Assis, o primeiro modo de resolução do conflito de saúde foi criado em 2012 pelo Ministério Público de Minas Gerais. O autor justifica que

[...] a solução mediada confere a todos os seus atores maior legitimização social. Há maior probabilidade de melhor organização dos serviços, a partir da democratização do processo coletivo de trabalho, permitindo-se a corresponsabilização geral de todos os seus atores, jurídicos ou não, nesse sistema de que se pressupõe ÚNICO de saúde. (ASSIS, 2015, p. 06).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luís Felipe Salomão, possui posicionamento semelhante acerca da temática. Sugere nesse sentido, que deve haver mediação antes mesmo de protocolada a demanda (SALOMÃO apud CREPALDI, 2018).

A mediação de um ponto de vista particular, implica a compreensão de que os Conselhos Municipais de Saúde possam ser capazes para promover a mediação na seara da saúde pública, principalmente no tocante aos medicamentos de baixo custo (para a Administração Pública), já que o Município é a porta de entrada do SUS. Tal tática, em si reitere-se, vem sendo aplicada pelos órgãos públicos (a exemplo do Ministério Público e Conselhos de Saúde) em Minas Gerais, onde tem surtido efeitos.

Enfatiza-se que a mediação é procedimento aplicável e de eficácia maior em relação a medicamentos de baixo custo não constantes nas normativas do Sistema Único de Saúde, mas que ainda assim será importante para o alcance da dignidade humana, sem privar quem realmente necessita de seu mínimo existencial.

CONCLUSÃO

No decorrer dessa abordagem percebeu-se a forma como a saúde evoluiu, desde os primórdios do Brasil. Na mesma medida, houve evolução legislativa acerca do direito fundamental pairando, ao final, sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), da forma como o conhecemos hoje, balizado sob princípios, principalmente sob o da universalidade do atendimento, o que implica afirmar que todos devem ter acesso a essa política pública fundamental, tão cara à dignidade humana. Por tal sistema, compreende-se, dentre as coberturas, o fornecimento de medicamentos.

Ocorre, entretanto, que o Estado não cobre todo o tratamento farmacológico, o que culmina na judicialização. Somente no Rio Grande do Sul, milhares são as ações ajuizadas por pacientes que objetivam ao medicamento de que necessitam para tratar a patologia com as quais são diagnosticados.

Ao passo que o paciente tem de acessar o Poder Judiciário para garantir um direito seu, o Estado enfrenta problemas principiológicos e financeiros, já que é coagido mediante bloqueio de verbas públicas para efetivar o direito. Ou seja, praticamente não há escolha: deferida a tutela de urgência e não havendo notícia do fornecimento do medicamento pelo Ente, durante a tramitação do processo, haverá o travamento de recursos financeiros e seu conseqüente levantamento para a compra do referido fármaco.

Implica dizer, também, que há frequente participação do Poder Judiciário em tais questões e especificamente ao TJRS, o entendimento basicamente consolidado é o de que o Estado é responsável pela saúde (e conseqüentemente pelo fornecimento de medicamentos), em razão do já mencionado art. 196 da Carta Magna.

Assim, percebe-se evidente a violação ao princípio da separação dos poderes, bem como dos princípios da igualdade, eficiência e continuidade do serviço público. Por outro lado, indiretamente, termina por garantir tratamento mais “privilegiado” para alguns, cujo vultoso emprego de verbas prejudica, de certa forma, a eficiência e a continuidade do serviço da Administração Pública, bem como afeta o atendimento geral e universal do restante da coletividade atendida pelo Estado.

De mais a mais, tais princípios também colidem com o mínimo existencial, com a dignidade humana e a decisão de bloquear verbas implica em uma escolha trágica, já que há destinação de valores para finalidade diversa da qual a Administração inicialmente planejou. Além disso, haverá a escolha trágica principalmente se não houver investimentos na área da saúde, que culminará na inefetividade das garantias fundamentais.

Trata-se de uma via de mão dupla em evidente colisão e o Estado, enquanto garantidor de direitos deve proporcioná-los aos seus, em especial aos desprovidos de recursos financeiros. Está na sua Lei Magna. Mas dada a sua gestão, sempre haverá limitações financeiras, pelo qual alegará a teoria da reserva do possível.

Os dados estatísticos apresentados comprovam os picos de propositura de ações judiciais no Rio Grande do Sul, mas que teve reduzido gradativamente o número de novas ações com o aprimoramento dos profissionais de saúde, da Procuradoria de saúde e até mesmo do próprio Poder Judiciário.

Diante disso, a investigação se delimitou na tentativa de demonstrar a comprovação de que a saúde constitui um direito fundamental sujeito a limitações, além de constatar que o Estado está em constante batalha quando se trata de efetivar tal direito constitucionalmente garantido ao indivíduo. Como resposta ao problema proposto, constatou-se que a reserva do possível e de certa forma, a teoria utilitarista, limitam potencialmente o direito individual à saúde pública, ao passo que colidem com a dignidade humana e o mínimo existencial.

A constatação, nos Municípios de Tucunduva e Novo Machado, ambos pertencentes ao Estado do Rio Grande do Sul demonstrou que todas as ações ajuizadas pela Defensoria Pública, no Juizado Especial da Fazenda Pública (através do processo eletrônico) que objetivaram fornecimento de medicamentos, foram em face do Estado. Dos dois Municípios, os habitantes do Município de Tucunduva foram os que mais ajuizaram ações, conforme dados buscados na Defensoria Pública da Comarca, ao passo que Novo Machado, por intermédio do Conselho Municipal de Saúde, analisa os casos em que não há fornecimento pelo Sistema Único de Saúde e fornece o respectivo medicamento.

Diante disso, percebe-se a prática da mediação prévia exercida pelo Município de Novo Machado contribuiu em grande medida para a redução e a manutenção do número de demandas judicializadas por seus habitantes,

racionalizando-se as demandas e conseqüentemente, havendo a propositura de ações quando estritamente necessárias.

Logicamente, não se quer advogar aqui a privação do direito fundamental à saúde, tampouco restringir o acesso às políticas públicas. Contudo, não seria desarrazoado argumentar no sentido de que as ações sejam ajuizadas com boa-fé e quando comprovadas dificuldades financeiras pelo paciente.

De mais a mais, a hipótese levantada acerca da judicialização exacerbada, que questionou haver ou não a propositura de ações por quem não detém a qualidade de hipossuficiente, aplicada à realidade dos Municípios pesquisados resta refutada pelo menos em relação aos dados buscados na Defensoria Pública. Posto isso, uma vez que o número refere-se a dois anos de análise, constatados como um índice reduzido, onde a documentação analisada não demonstrou renda ou patrimônio elevados, em razão do controle estabelecido no Órgão. Já quanto ao cenário fora da Instituição, em relação a pacientes que buscam a advocacia particular para a satisfação de seus interesses, a hipótese não pôde ser confirmada.

Assim sendo, a judicialização tem se tornado uma realidade cavada nas dificuldades tanto do Estado quanto do indivíduo. Assim, como proposta para sua solução, a mediação surge como tentativa que têm surtido eficácia onde é aplicada, e que pode ser empregada tanto no Rio Grande do Sul como nos Municípios analisados, seja por Coordenadorias de Saúde, Secretarias de Saúde e até mesmo pela Defensoria Pública.

Esta medida, fundada na conscientização e no imperativo da solidariedade estatal e pessoal, via de regra, poderá reduzir os números de ações ajuizadas ano a ano, desde que sempre baseadas na racionalidade e na boa-fé, tanto da Administração Pública quanto dos particulares. Tudo isso como forma de se buscar a concretização dos fundamentos e dos objetivos fundamentais da República, em especial a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais.

Por fim, esta pesquisa tentou demonstrar a relevância do debate para o meio acadêmico, ao passo que buscou instigar o leitor acerca da fundamentalidade do direito à saúde, sem perder de vista as limitações para a sua efetivação. Ainda foram apresentados dados concretos da atuação da Defensoria Pública, órgão encarregado de promover o acesso à Justiça aos menos favorecidos, sobre a situação da judicialização nos Municípios de Tucunduva e Novo Machado, situados

no noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, no intuito de agregar a realidade ao estudo.

Não obstante, prospectou-se previsões acerca de futuras demandas judiciais com base nas novas regras delimitadas pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como se sugeriram possíveis soluções para tentar diminuir a quantidade de novas ações judiciais na área da saúde pública, sobretudo no que se refere a medicamentos de baixo custo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcus Vinícius Armani. **Breves considerações sobre a obrigação jurídica de fornecer medicamentos de marcas específicas por parte da Administração Pública**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_25.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

ASSIS, Gilmar de. **Mediação sanitária: Direito, Saúde e Cidadania**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_14B.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018.

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

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Império, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte: 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte: 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa de 1967**. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Emenda Constitucional da Constituição da República Federativa de 1969**. Brasília: Congresso Nacional: 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Lei 1.920, de 25 de julho de 1953**. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

_____. **Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/janeiro/28/DECRETO-7646-CONITEC.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **ARE 937655/DF – Recurso Extraordinário com Agravo**, Primeira Turma do Superior Tribunal Federal, Relator: Luís Roberto Barroso, Julgado em 24/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28SA%DADE+ATIVISMO+JUDICIAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocaticas&url=http://tinyurl.com/y7pjb5c5>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS**, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, Julgado em 12/12/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG**, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Melo, Julgado em 02/12/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário nº 581488/RS**. Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator: Dias Toffoli, Julgado em 03 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. **Informativo nº 582**. Brasília: Supremo tribunal Federal: 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm#transcricao1>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. **O que são direitos humanos?**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100515>>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ**, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 25 de abril de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=82869018&tipo=5&nreg=201700256297&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180504&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 18 de out. 2018.

_____. **Primeira Seção define requisitos para fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. **Obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não contemplados em lista do SUS é tema de repetitivo**. Publicado em 12 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____. **Suspensão em repetitivo não impede apreciação de tutelas de urgência**. Publicado em 19 de maio de 2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Suspens%C3%A3o-em-repetitivo-n%C3%A3o-impede-aprecia%C3%A7%C3%A3o-de-tutelas-de-urg%C3%Aancia>. Acesso em 31 out. 2017.

_____. **Relatório de Auditoria Operacional: Judicialização da Saúde no Brasil**. Tribunal de Contas da União: 2015. Disponível em: <http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/RELAT%20RIO%20DE%20AUDITORIA%20OPERACIONAL%20no%20Brasil%20e%20RS.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Plano Plurianual (PPA)**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/ppa>>. Acesso em 18: ago. 2018.

_____. **LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/ldo>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. **Lei orçamentária anual (LOA)**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/lei-orcamentaria-anual-loa>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS: Doutrinas e Princípios**. Brasília: 1990. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf>. Acesso: em 02 jun. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Formulação de Políticas de Saúde. **Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20180339/14143932-relacao-nacional-medicamentos-rename-2017.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.982 de 26 de novembro de 2009**. Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL (SIAFI). Fundação ANFIP de Estudos Tributários e da Seguridade Social. **Orçamento Geral da União 2017**. Disponível em: <<http://fundacaoanfip.org.br/site/2018/01/orcamento-geral-da-uniao-2017/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BERNARDO, Pedro; SQUARISI, Dad Abi Chahine. **“Por que os medicamentos custam tão caro no Brasil?”**. Brasília, TV Câmara, 2011. Vídeo formato WMV (63 minutos e vinte e quatro segundos). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/SEM-RECESSO/192879-POR-QUE-OS-REMEDIOS-CUSTAM-TAO-CARO-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação Judicial do Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. **A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira**. São Paulo: UFU Ciência, 2008. Disponível em: <www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/download/4402/6668>. Acesso em: 12 out. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Com 74 mil processos, Rio Grande do Sul é líder em judicialização da saúde**. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/com-74-mil-processos-rio-grande-do-sul-%C3%A9-l%C3%ADder-em-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde>>. Acesso em: 18 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça gaúcha reduz gastos com demandas sobre saúde. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **História do CNS**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/historia.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Recomendação nº 36 de 12 de julho de 2011**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=847>>. Acesso em: 12 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **8ª Conferência Nacional de Saúde – Relatório Final**. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 1986. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2018.

CORREA, Lara Cruz. **Utilitarismo e moralidade: Considerações sobre o indivíduo e o Estado**. Vol. 27. Revista Brasileira de Ciências Sociais: 2012.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v27n79/a11.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CREPALDI, Thiago. **Judicialização da saúde pode ser resolvida pela conciliação, diz ministro Salomão**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/conciliacao-ajuda-resolver-judicializacao-saude-salomao?fbclid=IwAR0kUvuOzQmcepbhKzy5b1MHOhh6lJrT-u2Zdzh9HIQFmzHsG3NTpfpKWss>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Declaração Universal de Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

DELDUQUE, Maria Célia. **A mediação sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. **A garantia do direito fundamental à saúde e a reserva do possível**. Porto Alegre: Revista Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, 2016.

GOMES, Flávio Marcelo Gomes. **Tutelas de Urgências e Demandas de Saúde**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_22.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. **“Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do aparente conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas?”**. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito UNISC, 2012.

LIBERATI, Vilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Áquilas; BRITO, Érico Henrique Garcia de. **Os impasses da política econômica brasileira nos anos 90**. São Paulo: Revista FAAP. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_04/garcia.htm>. Acesso em: 29 mai. 2018.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social: Direito Previdenciário, Infelizmente, Assistência Social e Saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat; Baron de. **O Espírito das Leis: As formas de governo; a federação; a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, André. **As Teorias de Justiça e a Equidade no Sistema Único de Saúde no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/revista_ppp37.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

OLIVEIRA, Lairton Ribeiro de. **A eficácia social das políticas públicas fundamentais: um desafio [principlológico] da boa Administração Pública**. In: XVI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2017. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/17697/4571>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

OLIVEIRA, Nielmar. **Desemprego cai para 12,3%, mas ainda abrange 12,9 milhões de pessoas**. Rio de Janeiro: EBC, 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-08/desemprego-cai-para-123-mas-ainda-abrange-129-milhoes-de-pessoas>>. Acesso em: 22 out. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.

PAIM, Jairnilson Silva; ALENCAR, Tatiane de Oliveira. **Reforma sanitária brasileira e políticas farmacêuticas: uma análise dos fatos produzidos entre 2003 e 2014**. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042017000600045&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2018.

PETERSEN, Letícia Lassen. **Políticas sociais no SUS e a gestão da assistência farmacêutica na rede local/regional: O Caso da Judicialização na 17ª Coordenadoria Regional de Saúde – RS**. 2014. 135 p. Dissertação Mestrado e

Doutorado (Pós Graduação em Desenvolvimento Regional) - Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Santa Cruz do Sul, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989.**

Porto Alegre: Assembleia Constituinte: 1989. Disponível em <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Lei Estadual nº 9.908 de 16 de junho de 1993.** Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **Apelação Cível nº 70074384637.** Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 25/10/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70074384637&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. **Apelação Cível nº 70072972615.** Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 28/04/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70072972615&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. Defensoria Pública. **Ordem de Serviço nº 11 de 20 de junho de 1997.** Define critérios para atendimento dos cidadãos carentes pela Defensoria Pública do Estado do R.G.S. Disponível em <[http://www.defensoria.rs.def.br/upload/1511974098_Ordem%20de%20Servi%C3%A7o%20n%C2%BA%20%2011-1997%20\(crit%C3%A9rios%20de%20atendimento\).pdf](http://www.defensoria.rs.def.br/upload/1511974098_Ordem%20de%20Servi%C3%A7o%20n%C2%BA%20%2011-1997%20(crit%C3%A9rios%20de%20atendimento).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos.** Disponível em <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/10/Direito__sade_universalidade_integralidade.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. x-y.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed., n. 1, p. 13-50, 2013.

_____. **STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)**. Consultor Jurídico: 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SCHULZE, Martin. **Judicialização da Saúde**. Palestra proferida no XXXIII Congresso Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, Brasília – DF, 14 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.nesp.unb.br/forum/viewtopic.php?p=862&sid=ab50322906037d1cf4e1c2158e1573f4#p891>>. Acesso em: 03 out. 2018.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Sistema Único de Saúde – Componentes, Diretrizes e Políticas Públicas**. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ram) o suficiente?**. São Paulo: Consultório Jurídico, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____, Lênio Luiz. **Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?**. Consultor Jurídico: 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>>. Acesso em: 01 set. 2018.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Imperium, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2. ed. n. 3, p. 63-78, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na Jurisprudência do STF**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2>>. Acesso em: 31 out. 2017.

ANEXOS

ANEXO A – Declaração de Solicitação de Dados à Defensoria Pública

SOLICITAÇÃO DE ACESSO A DADOS

Eu, Tânia Fritz, acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), solicito, para fins de elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO À LUZ DA CRISE ESTATAL E DA REALIDADE SOCIAL NOS MUNICÍPIOS DE TUCUNDUVA E NOVO MACHADO**, acesso aos dados e arquivos da Defensoria Pública da Comarca de Tucunduva referentes a ações de medicamentos protocoladas desde meados de 2016, quando da implantação do processo eletrônico na Comarca.

Nesses termos, pede deferimento.

Tucunduva/RS, 09 de outubro de 2018.

Tânia Fritz

Assinatura

*Certo -
Deixo, com
reserva de direitos, para
os autos do DPÉ.*

[Assinatura]
Defensor Público