

O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

Ludmila Amanda Hanisch²

Resumo: Neste artigo será realizada uma breve explanação a respeito da aplicabilidade do princípio da Reserva do Possível frente ao orçamento público da saúde, já que este é previamente programado. Toda vez que o Judiciário concede uma tutela na área da saúde realiza políticas públicas que seriam de competência originária dos poderes Executivo e Legislativo. Nesse contexto, far-se-á uma análise crítica a respeito das consequências jurídicas da judicialização excessiva do fornecimento de medicamentos no sistema de saúde brasileiro.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Reserva do possível. Dever prestacional.

Abstract: In this article a brief explanation regarding the applicability of the “Reserva do Possível” principle over the public health care budget will be performed, since the latter is previously planned and considering that every time the Judiciary grants tutelage in Health Care, it performs public politics whose competence originally belongs to the Executive and the Legislative. In this context, a critical analysis regarding the juridical consequences over the excessive “juridicalization” of medicine dispensary in the Brazilian Health Care System will be rendered.

Key Words: Health care rights. Juridicalization. “Reserva do possível”. “Dever prestacional.”

Introdução

Esta pesquisa trata sobre judicialização da saúde frente à obrigação do Estado em fornecer medicamentos, pois o tema é bastante importante e atual, não só para os operadores do direito constitucional e administrativo, como também para toda a sociedade, como médicos, pacientes e gestores públicos.

No rol histórico de constituições brasileiras, a Carta Magna de 1988 foi a única a dar ampla proteção às garantias e direitos sociais fundamentais, dispondo

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2014 da ESMAFESC.

² Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2012). Graduada na Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (2009). Presidente da Comissão de Direito das Pessoas com Deficiência da OAB.SC (2014.2015). Advogada.

ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que visa a coibir a designação do homem como objeto. Por assegurar tais direitos e por proporcionar políticas públicas, dentre as quais as assistenciais, a Constituição de 1988 foi consagrada como “cidadã”.

Porém, as políticas públicas assistenciais dependem de orçamento público. Nestes, um quinhão é destinado à saúde, mas a problemática reside em que embora exista previsão legal desde o orçamento até as atividades, o direito a saúde tem uma eficiência total bastante fictícia.

Nesse contexto, a questão central é a análise da judicialização do direito à saúde e a interferência do Poder Judiciário na execução e ações de políticas públicas, que são consideradas de relevância, pois destinam-se a assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A evolução da tecnologia e pesquisas na área médica geram constantes atualizações terapêuticas remetendo a necessidade de oferecer à população oportunidade de usufruir dessa evolução para sucesso em seus tratamentos. Diante disso surgem medicamentos de última geração mais eficazes para algumas doenças os quais na maioria das vezes não são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, levando os pacientes a solicitarem tais medicamentos via judicial, principalmente aqueles de alto custo.

Destarte, com a utilização do método dedutivo, aborda-se o atual posicionamento dos Tribunais Federais brasileiros quanto à judicialização da saúde frente ao princípio da “reserva do possível”, como também suas consequências, já que de um lado preserva o direito à vida que deve ser assegurado pelo Estado e, de outro, acaba por exercer uma gestão pública, por vezes prejudicando a coletividade.

1 O direito à saúde em relação ao dever prestacional do Estado

O direito à saúde está previsto no rol de direitos sociais da Constituição Federal de 1988 e, de acordo com Lenza, pode-se entender como um desdobramento do direito à vida, sendo este o direito de não ser morto ou privado da

vida e, ainda, de continuar vivo e ter uma vida digna³, não havendo como atender a este preceito sem que seja assegurada uma saúde com dignidade.

A questão relacionada à saúde surge como uma das formas de garantia do direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, da CF/88, caracterizando-se como um direito social e inserido nos direitos fundamentais.

A palavra saúde vem do latino *salus*, que significa inteiro, intacto, salvo ou são. Desde 1946 a Organização Internacional do Trabalho – OIT definiu a saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁴.

Dentro do ordenamento jurídico, a universalidade e igualdade do direito à saúde estão expressas no art. 196 da CF/88, que prescreve a saúde como dever do Estado, devendo ser garantido através de políticas públicas. Por isso, como afirma Sarmiento, detém uma eficácia irradiante, que penetra por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, administrador e magistrado⁵.

O princípio da universalidade rege, em especial, as ações do Sistema Único de Saúde – SUS, juntamente com a igualdade, figurando como princípio ético-doutrinário, norteador de políticas públicas que devem ser implementadas.⁶

Portanto, a saúde faz parte das políticas públicas, que são ações coordenadas a serem executadas pela Administração Pública mediante projetos ou quaisquer outros meios que visem a assegurar e garantir as condições necessárias e suficientes para proporcionar a população a manutenção desse direito.

Neste sentido, Hofling elucida que as políticas públicas são de responsabilidade do Estado, a partir de um processo de tomada de decisões que envolvem órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade

³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 2006. p. 530.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 513.

⁵ SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 15.

⁶ PONTES, Ana Paula Munhen de [et al.] O Princípio da Universalidade do Acesso aos Serviços de Saúde: o que pensam os usuários? **Esc Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452009000300007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2014.

relacionados à política implementada, que visam a diminuir as desigualdades produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico.⁷

Levando em consideração que o direito à saúde é pressuposto para a vida digna do homem, visto que sua ausência prejudica a manutenção da vida, torna-se obrigação do Estado garantir acesso à população, mediante políticas públicas que visem a combater danos à integridade físico-psicológica do homem, através de ações e serviços que cumpram a determinação constitucional de proteção e garantia de saúde para todos.

Entretanto, o direito à saúde tem eficácia limitada. Portanto, a universalidade não pode ser interpretada como acesso universal com gratuidade absoluta em seus serviços, pois não há como deduzir, de modo cogente, que o princípio da universalidade seja o mesmo que gratuidade, uma vez que o acesso universal e igualitário não se confunde, necessariamente, com a gratuidade de todo e qualquer tipo de acesso ao direito à saúde.⁸

Assim, tendo em vista que os direitos sociais são custosos, faz-se necessário aferir em que medida é possível exigir do Estado prestações efetivas. É justamente na discussão acerca das restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais que a reserva do possível é invocada.

Nesse sentido, Scaff assevera que a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, por meio da elaboração dos orçamentos públicos.⁹

Ocorre que a discricionariedade do legislador sobre a disponibilidade dos recursos não é ampla, porquanto a Constituição Federal de 1988 estabeleceu objetivos a serem perseguidos pelos governos, bem como um sistema de planejamento voltado a efetivação desses objetivos.¹⁰

Os objetivos estabelecidos na Constituição Federal de 1988 estão dispostos no artigo 3º, *in verbis*:

⁷ HOLFLING, Eloisa de Matto. Estado e Política (Públicas) Social. **Caderno CEDES**, n. 55, 2011. p. 31.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 219

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 219 e 220.

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹

No âmbito orçamentário, para que o Estado demonstre a origem de suas receitas e o destino das despesas, foi estabelecido um sistema de planejamento formado por um conjunto de leis: Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos programas nacionais, regionais e setoriais devem estar de acordo com o plano plurianual (previsto no artigo 165, parágrafo 4, da Constituição Federal de 1988) e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (artigo 166, parágrafo 4, da Constituição Federal de 1988).

Assim, questiona-se a maneira com que o Estado assegurará o direito à saúde, pois no Brasil a demanda de ações judiciais vem crescendo vertiginosamente. Isso ocorre porque algumas medicações de alto custo que são necessárias para a qualidade e manutenção da vida do indivíduo não são fornecidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Em contrapartida, a compra destes medicamentos envolve procedimentos administrativos.

Não raras vezes o Poder Judiciário condena o Estado a prestar a saúde fornecendo medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Sobre isso é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admitiu a Repercussão Geral quando ocorre controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou falta dela, do Poder Executivo fornecer o direito à saúde através do fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA.¹²

Contudo, como esclarece Botelho, é vedado à administração pública fornecer fármacos que não possuam tal registro, sendo esta condição necessária a

¹¹ BRASIL.Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 657718 MG**. Ementa: Saúde. Medicamento. Falta de registro na agência Nacional de vigilância sanitária. Ausência do direito. Assentada na origem. Recurso extraordinário. Repercussão geral configuração. Relator: Min Marco Aurélio. Julgamento: 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 21 set. 2014.

atestar a segurança e o benefício do produto. Tal requisito é elemento considerado pelo SUS como indispensável para incorporar determinado medicamento¹³.

Abordado que o direito à saúde é uma forma de garantir o direito à vida e que para isso são necessárias ações coordenadas a serem executadas pela Administração Pública, passar-se-á ao argumento utilizado pelo Estado como empecilho à efetivação dos direitos prestacionais, o princípio da reserva do possível.

2 O Princípio da Reserva do Possível

O postulado da “reserva do possível” surgiu no direito constitucional alemão, como um “limite de orçamento”, significando que os direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estão sujeitas às condições de disponibilidade dos respectivos recursos.¹⁴

Mendes, ao falar sobre “Direitos fundamentais enquanto direitos a prestações positivas”, assim se posicionou sobre a questão:

Observa-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (“Vorbehalt des finanziell Möglichen”). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre “*numerus clausus*” de vagas nas Universidades (“*numerus-clausus Entscheidung*”), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à “reserva do possível”.¹⁵

Nunes e Scaff afirmam que, diante de uma compreensão errônea, a citada expressão vem sendo mal utilizada pela jurisprudência brasileira, como se a Administração Pública escondesse recursos públicos visando a não cumprir determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a reserva do possível um refúgio de ordens judiciais.¹⁶

¹³ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 159-160.

¹⁴ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília: Casa Civil, vol. 2, n. 13, jun, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. > Acesso em: 24 set. 2014.

¹⁶ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

No entanto, embora haja uma reserva orçamentária, essa não pode ser utilizada como argumento impeditivo para a omissão estatal na realização dos direitos prestacionais. Isso se deve ao fato de ser dever do Estado “maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível”.¹⁷

Nesse sentido, Olsen¹⁸ afirma:

Assim, a reserva do possível atua sobre os direitos fundamentais prestacionais como elemento externo, que pode se reduzir, ou até mesmo eliminar o acesso dos titulares de um dado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido (educação, saúde, previdência, moradia), enfraquecendo a obrigação assumida pelo Estado, de modo a afetar desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental.

A reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando dessa conduta negativa puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos fundamentais.¹⁹ Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que afirma que o Poder Público não pode invocar a cláusula da “reserva do possível”, para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar concretamente a impossibilidade de fazê-lo.²⁰

Com efeito, diante das limitações orçamentárias, verifica-se que a reserva do possível tem sido utilizada pelos poderes públicos como empecilho à efetivação dos direitos prestacionais. No entanto, tal argumento não merece prosperar de forma indiscriminada. Isto porque qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser sem razão, já que a garantia da vida é um princípio objetivo do Estado brasileiro.

O presente capítulo propôs-se a descrever o argumento do postulado da “reserva do possível” bem como os limites fáticos e jurídicos à garantia dos direitos prestacionais.

¹⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 223.

¹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212.

¹⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 214.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal. **TRF-4. Apelação Cível: AC:50218023120124047200 SC 5021802-31.2012.404.7200**. Ementa: Administrativo. Fornecimento gratuito de medicamentos. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva dos entes da federação. Reserva do possível. Da hipossuficiência. Do ressarcimento. Honorários advocatícios. Da multa e da contracautela. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Julgamento: 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117156127/apelacao-civel-ac-50218023120124047200-sc-5021802-3120124047200>>. Acesso em: 21 set. 2014.

O capítulo seguinte tratará da repartição de competências entre os entes federados.

3 Da responsabilidade solidária dos entes federados

A Constituição Federal de 1988 assegura a saúde como um direito de todos, dispondo o art.196 que:

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 outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.²¹

O art. 23, XI, trata da competência dos entes: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecendo que possuem competência para dar assistência à saúde. O art. 24, inciso XII, prevê que a União, os Estados e o Distrito Federal concorrem em igualdade para promoção da saúde. O Município é referido no art. 30, inciso VII, que possui competência para a cooperação técnica e financeira da União e do Estado para atender a saúde da população.

O art. 198 da Constituição Federal versa sobre a estrutura do Sistema Único de Saúde, que é uma rede regionalizada e hierarquizada com diretrizes de descentralização para cada esfera do governo, atendimento integral e participação da comunidade. O sistema será financiado com a seguridade social da União, os Estados e os Municípios.

Para que as atividades desenvolvidas por um ente não sofram intervenção de outro é necessária a repartição de competências administrativas e legislativas, pois na Federação o poder central está sob o escudo da União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios possuem autonomia político administrativa.

O entendimento majoritário nos Tribunais é o de que a responsabilidade pela prestação dos medicamentos é solidária, ou seja, pode ser requisitada tanto para o Município em que a pessoa reside, quanto para o Estado e a União.

Nesse sentido existe decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de

²¹ BRASIL.Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.²²

Corroborando a decisão mencionada acima existe julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que decidiu que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população e isso se deve ao fato de que o financiamento do Sistema Único de Saúde se dá com recursos do orçamento da seguridade social desses entes. Além disso, em ações de fornecimento de medicamentos, o ressarcimento dos valores da aquisição do medicamento entre os réus será pela via administrativa, já que a medida é de natureza administrativa e não deve ser solucionado na esfera judicial.²³

Diante disso, a forma como será feita a divisão da responsabilidade entre os entes federados deve ser analisada administrativamente, uma vez que na ação judicial ambos possuem a mesma responsabilidade perante sociedade.

4 A Intervenção do Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde

No que concerne à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e demais medidas desenvolvidas pelo Estado, por meio do Poder Executivo e Legislativo, como forma de garantir maior eficácia ao direito à saúde, é necessário salientar a inexistência de consenso sobre a matéria.

O ministro do Supremo Tribunal Federal –STF, Luís Roberto Barroso, afirma que o controle jurisdicional em matéria de saúde pública deve ser fundamentado em uma norma jurídica. Desse modo, se uma política pública ou qualquer decisão referente ao tema é estipulada de forma específica pela Constituição ou por leis

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.Reg. No recurso extraordinário: RE 630932 RJ. Ementa: Ementa direito constitucional. Saúde. Fornecimento de medicamento. Solidariedade dos entes federativos. Precedentes. Acórdão recorrido publicado em 07.5.2009. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 09 set 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25276727/agreg-no-recurso-extraordinario-re-630932-rj-stf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento 5017405-58.2013.404.0000**. Ementa: Agravo de instrumento. Administrativo. Processo civil. Fornecimento de medicamentos. Entre réus.solidariedade. Medida de cunho administrativo. Fazenda pública. Antecipação de tutela. Possibilidade. Relator: Luís Alberto D Azevedo Aurvall. Julgado em: 17 set 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF404521036>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

infraconstitucionais, a respectiva atuação do Estado poderá ser objeto de controle jurisdicional, como parte natural do ofício do magistrado de aplicar a lei.²⁴

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.²⁵

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional da prestação universalizada do serviço de saúde, conforme ressalta Barroso.²⁶

Em diversas situações que envolvem o direito à saúde o Poder Judiciário deverá atuar, contudo, existe uma judicialização excessiva nesta matéria. De acordo com Barroso, o fato da norma constitucional aplicável (artigo 196 da Constituição Federal de 1988) estar positivada como norma programática, demonstra que o direito à saúde se concretizará por meio dos órgãos executores de políticas públicas e não de decisões judiciais.²⁷

Além disso, o orçamento estatal sempre se apresentará aquém da demanda social para a efetivação de direitos, impondo ao Estado a decisão de optar pelos setores que receberão investimento, ou seja, a já referida reserva do possível.²⁸

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007. p. 48.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007. p. 32.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007. p. 32.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007.p. 49.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007. p. 51.

Há ainda, seguindo a doutrina de Barroso, uma impugnação à atuação judicial que afirma que as políticas públicas de saúde devem buscar reduzir as desigualdades sociais, mas, quando o Poder Judiciário assume o papel de implementador dessas políticas, privilegia os que possuem amplo acesso à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com as custas judiciais.²⁹

Diante de determinada situação e independente da sua condição, o cidadão que necessita de um medicamento e percebe nas ações judiciais uma maneira mais célere de recebê-la, obviamente opta por ela, pois acredita que o Estado possui orçamento e que poderá custear o pedido.

A presunção de que uma única pessoa tem direito à saúde e determinar que o Estado despenda um gasto exorbitante em seu tratamento não cumpre o objetivo do direito social à saúde, pois seria confundir o sentido do que é um direito social, tratando-o como um direito que possa ser usufruído de forma individual, e não pela coletividade que dele necessite.³⁰

Desta maneira, existe no Brasil uma enorme demanda de decisões de todas as instâncias implementando de forma direta o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, fazendo de forma individual o que deveria ser implementado por meio de políticas públicas, através de um conjunto de normas emitidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Considerações Finais

O objetivo deste trabalho residiu em analisar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde a partir da reserva do possível, uma vez que é reconhecido na Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido por meio de políticas públicas e ações governamentais.

²⁹BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007. p. 53.

³⁰SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.137.

A judicialização da saúde é um tema bastante polêmico, pois atinge toda a sociedade, não somente os operadores de Direito, mas principalmente os usuários do Sistema Único de Saúde - SUS e os gestores de políticas públicas.

Neste diapasão, ao analisar a Constituição Federal, pode-se perceber que o legislador atribuiu ao Estado o papel de garantidor dos direitos fundamentais sociais, posto que destinou vários dispositivos que visam a afirmar sua função assecuratória. Vale ressaltar que a legislação infraconstitucional também é abundante, o que consagra a atuação normativa estatal brasileira como exemplo para outros países.

Acerca da atuação do Poder Judiciário como forma de garantir maior eficácia ao direito à saúde, este tem agido de forma cautelosa quando se depara com situações de judicialização do direito à saúde, deferindo o fornecimento de tratamento médico quando este prejudicar o direito à vida do paciente, ofertando risco de morte ou de diminuição de sua dignidade. A maioria dos Tribunais pátrios entende também que deve prevalecer a saúde e a vida do paciente sobre o princípio da reserva do possível, pois a simples alegação de que a decisão que concede determinado bem da saúde provocará arrombamento nos cofres públicos não é capaz de elidir a decisão.

Porém, quando o Poder Judiciário determina que se proceda à política de saúde, não há prévio orçamento, sendo necessário que se retire de outras esferas, o que pode acarretar prejuízo aos princípios da igualdade e universalidade, pois se favorece uma pessoa apenas, deixando-se de beneficiar toda a coletividade.

Também verificou-se que, quanto ao direito à saúde, o maior problema não é a falta de previsão legal de políticas de saúde, mas de implementação dessas políticas que na maioria das vezes não são postas em prática.

Entretanto, há de se reconhecer a todos os Poderes, inclusive ao Poder Judiciário, a competência e o dever institucional de proteção dos direitos fundamentais sociais, porém este não deve intervir de forma indiscriminada, sendo as especificidades do caso concreto que irão determinar a necessidade de atuação judicial.

Assim, cabe ao magistrado, quando adotar posicionamento referente à concessão de medida que objetive garantir o fornecimento de medicamentos ao cidadão, atender aos preceitos normativos do SUS e focar na prerrogativa de causar

menor impacto aos direitos e interesses coletivos, sem prejudicar o desenvolvimento dos serviços públicos assistenciais da saúde brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, v. 9, n. 46, nov/dez. 2007.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.Reg. No recurso extraordinário : RE 630932 RJ**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25276727/agreg-no-recurso-extraordinario-re-630932-rj-stf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário : RE 657718 MG**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664> >. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

HOLFLING, Eloisa de Matto. Estado e Política (Públicas) Social. **Caderno CEDES**, n. 55, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília: Casa Civil, vol. 2, n. 13, jun, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> Acesso em: 24 set. 2014.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PONTES, Ana Paula Munhen de, [et al.] O Princípio da Universalidade do Acesso aos Serviços de Saúde: o que pensam os usuários?. **Esc Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452009000300007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **TRF-4. Apelação Cível: AC:50218023120124047200 SC 5021802-31.2012.404.7200**. Ementa: Administrativo. Fornecimento gratuito de medicamentos. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva dos entes da federação. Reserva do possível. Da hipossuficiência. Do ressarcimento. Honorários advocatícios. Da multa e da contracautela. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Julgamento: 15 abr 2014. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117156127/apelacao-civel-ac-50218023120124047200-sc-5021802-3120124047200>>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Agravo de Instrumento 5017405-58.2013.404.0000. **Julgado em: 17 set 2013**. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF404521036>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**. Porto Alegre: Fórum, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.