

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

WASLEY DE SANTANA BESSA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA:
UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DA
DEFERÊNCIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS**

RIO DE JANEIRO

2018

WASLEY DE SANTANA BESSA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA:
UM ESTUDO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DA
DEFERÊNCIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Carlos Vasconcellos dos Reis

RIO DE JANEIRO

2018

WASLEY DE SANTANA BESSA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data de aprovação:

Banca Examinadora:

José Carlos Vasconcellos dos Reis

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

Luiz Otávio Ferreira Barreto Leite

RIO DE JANEIRO

2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela infinita bondade;

A meus pais, José Luiz e Marilda, pela vida, pelo amor incondicional e pela educação que me proporcionaram;

A todos os familiares e aos amigos José Pierre Mattos, Ernesto Duarte, Glauce Leandres, Rennan Diniz, Luiz Augusto Deister, Daniele Porto, Evandro Fernandes, Roberto Nascimento, Cristina Peres, Renata Veloso e a todos aqueles que, com carinho, incentivo e torcida, permitiram a concretização deste sonho;

Aos bons amigos e amigas que conheci durante a graduação, pela amizade e companheirismo;

Aos colegas e amigos do INTO/MS e da PMSG, pelo incentivo permanente em todas as dificuldades dessa árdua, mas deliciosa e vitoriosa jornada;

Por fim, ao professor e orientador José Carlos Vasconcellos, por quem nutro profunda admiração pessoal e profissional.

RESUMO

O presente trabalho estuda a judicialização da assistência farmacêutica sob a perspectiva da efetivação do direito fundamental à saúde e a importância da valorização das políticas públicas na área. Com a Constituição de 1988, o Brasil tornou-se um Estado Democrático de Direito e optou pelo modelo de bem-estar social. Assim, foram incorporados direitos sociais ao texto constitucional e, no seu bojo, o direito à saúde, regulamentado a seguir com o advento da Lei 8080/90 (criando o Sistema Único de Saúde - SUS), garantindo aos indivíduos a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. A constitucionalização dos direitos sociais, e a sua efetiva concretização pelo Estado, tem provocado a migração das discussões acerca do direito à saúde - com especial destaque para o fornecimento de medicamentos - do campo político para o jurídico. Esse fenômeno da judicialização da saúde tem na assistência farmacêutica um dos seus mais relevantes aspectos. Apesar do reconhecimento de que o acesso a medicamentos é um direito subjetivo do cidadão oponível ao Estado, há que se compreender que as políticas públicas constituem o meio para a satisfação mais abrangente desse direito. Dessa maneira, este trabalho propõe a discussão em defesa da mais ampla efetivação do direito fundamental à saúde e de uma atuação do Poder Judiciário cumprindo o seu papel constitucional, mas demonstrando deferência e colaborando com o fortalecimento das políticas públicas na área da assistência farmacêutica.

Palavras-chave: judicialização, assistência farmacêutica, políticas públicas.

ABSTRACT

The present work studies the judicialization of pharmaceutical assistance from the perspective of the realization of the fundamental right to health and the importance of the valorization of public policies in the area. With the 1988 Constitution, Brazil became a Democratic State of Law and opted for the model of social welfare. Thus, social rights were incorporated into the constitutional text and, in its context, the right to health, regulated by Law 8080/90 (creating the Unified Health System - SUS), guaranteeing individuals the full therapeutic care, including pharmaceuticals. The constitutionalisation of social rights, and their effective implementation by the State, has provoked the migration of the discussions about the right to health - with special emphasis on the supply of medicines - from the political to the legal field. This phenomenon of health judicialization has one of its most important aspects in pharmaceutical care. Despite the recognition that access to medicines is a subjective right of the citizen opposable to the State, it must be understood that public policies are the means for the broader satisfaction of this right. In this way, this work proposes the discussion in defense of the widest realization of the fundamental right to health and of an action of the Judiciary Power fulfilling its constitutional role, but demonstrating deference and collaborating with the strengthening of public policies in the area of pharmaceutical assistance.

Key words: judicialization, pharmaceutical assistance, public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 - A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, OS DIREITOS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	11
1.1 A redemocratização e o Poder Constituinte	11
1.2 A Carta de 1988, o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde	13
1.3 O Sistema Único de Saúde e o seu financiamento / gestão	17
1.4 A assistência farmacêutica e seu arcabouço jurídico	19
2 - A JUDICIALIZAÇÃO E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	21
2.1 O fenômeno da judicialização	21
2.2 Gênese da judicialização da assistência farmacêutica	22
2.3 A Assistência Farmacêutica como direito subjetivo	22
2.4 A atuação positiva do Estado e o impacto financeiro	24
2.5 A Reserva do Possível	25
2.6 O Mínimo Existencial	28
2.6.1 O Mínimo Existencial e a Proporcionalidade	30
2.7 A Vedação ao Retrocesso	31
3 . A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A JUDICIALIZAÇÃO	32
3.1 O papel da Administração	32
3.2 A demanda crescente por medicamentos	33
3.3 Conflitos entre o Poder Executivo e o Judiciário	34
3.4 O balizamento técnico	36
3.4.1 Os riscos terapêuticos da judicialização: o caso da pílula do câncer+	37
4 - POLÍTICAS PÚBLICAS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	40
4.1 A escolha das políticas públicas	40
4.2 A concretização do direito à saúde e as políticas públicas	41

4.3 O ativismo judicial e as políticas públicas.....	43
4.4 A judicialização e a separação de poderes	46
4.5 A Teoria dos Diálogos Institucionais.....	48
4.6 Decisões estruturantes.....	50
4.7 A soberania popular	52
5 - ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO.....	55
5.1 A atuação do Conselho Nacional de Justiça	55
5.2 Novos métodos de enfrentamento.....	56
5.3 A reverência do Judiciário à técnica.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a lançar luz sobre a questão da judicialização da saúde no tocante à assistência farmacêutica, com especial atenção às políticas públicas da área, os impasses e a atuação do Judiciário frente a essas demandas.

A judicialização do direito fundamental à saúde cresce vertiginosamente ano após ano¹, confrontando a sociedade com um tema que mobiliza cidadãos, profissionais da área de saúde e juristas. O número de processos judiciais e o consequente dispêndio de verbas públicas nas esferas federal, estadual e municipal servem de alerta a indicar a importância da questão e justificam a necessidade de um debate permanente no sentido de racionalizar e, minimamente, parametrizar a concessão ou indeferimento de tratamentos.

As deficiências administrativas, especialmente em tempos de crise, por óbvio, estimulam a corrida em busca de instrumentos judiciais visando à satisfação individual de reivindicações que, mesmo legítimas, devem ser analisadas em um contexto mais amplo.

Os direitos sociais demandam regulamentação e investimentos para que seus fins sejam atingidos. A responsabilidade do legislador e do administrador na elaboração de estratégias com o fito de propiciar o melhor atendimento à coletividade, por imprescindível, não deve ser perdida de vista.

Nesse sentido, este trabalho pretende prestigiar a valorização das políticas e estratégias públicas, pensadas e estruturadas sob o viés técnico-científico, o respeito à responsabilidade fiscal e o compromisso com o melhor atendimento da população.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) garante o acesso à saúde, mas mediante políticas públicas, cabendo ao Poder Público o

¹O Relatório Justiça em Números 2017, publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulga as estatísticas oficiais do Poder Judiciário referentes aos processos e gestão judiciária de todos os tribunais do Brasil. Os dados do relatório de 2017 (ano-base 2016) da judicialização da saúde mostra que número total processos obteve o significativo aumento de 49% em relação às estatísticas dos mesmos tipos de processos divulgados no relatório de 2016 (ano-base 2015). Com relação ao fornecimento de medicamentos, o crescimento foi de 56%, chegando ao expressivo número de 312.147 processos. Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 de agosto de 2018.

planejamento e a implementação das políticas adequadas à concretização do direito à saúde e o acesso a medicamentos.

Assim, o desenvolvimento deste trabalho se dá com o fito de discutir, a partir do conhecimento mais aprofundado dos interesses em conflito, e expor o tormentoso cenário da judicialização da saúde sob o viés da assistência farmacêutica. Para tal, reunir elementos com foco na concertação entre direitos fundamentais, limites orçamentários, opções administrativas planejadas, atuação do Judiciário e a separação de poderes.

A partir disso, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, pretende-se traçar as características mais candentes do problema e apresentar experiências positivas de modo a contribuir com novos esforços na construção de caminhos para mitigar a judicialização, ampliar a participação popular, fortalecer as políticas públicas dirigidas à maior efetivação do direito fundamental à saúde.

No primeiro capítulo será abordada a redemocratização do país, a inserção do direito à saúde em nossa Carta Política, a criação do Sistema Único de Saúde e a apresentação do arcabouço jurídico da assistência farmacêutica no Brasil.

O fenômeno da judicialização e as suas peculiaridades no tocante ao fornecimento de medicamentos à população são apresentados no Capítulo 2, elucidando a gênese desse fenômeno na assistência farmacêutica. Nesse segundo capítulo, entendendo a assistência farmacêutica como um direito subjetivo do cidadão oponível aos entes políticos, apontam-se os impactos financeiros da atuação positiva do Estado. A partir disso, estuda-se o princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social, de modo a compreender a influência da doutrina abalizada sobre a estruturação das políticas públicas.

O terceiro capítulo trata da judicialização sob a perspectiva do Poder Público, tratando das limitações orçamentárias para o cumprimento das decisões judiciais em demandas envolvendo medicamentos. Nesse ponto, o planejamento público e a participação do Judiciário são apresentados, ressaltando a necessidade de um balizamento técnico que evite riscos ou comprometa a qualidade da assistência farmacêutica.

No quarto capítulo, com a compreensão de que o direito à saúde deve ser efetivado por políticas públicas, apresentam-se os critérios para a escolha e elaboração das políticas relacionadas ao fornecimento de medicamentos à população. Nessa parte do estudo, enfrenta-se a intensa judicialização das políticas públicas e as características das intervenções do Judiciário, explicando o ativismo judicial em contraponto à autocontenção. Com essa abordagem, trata-se da separação e harmonia entre os Poderes, o estudo da Teoria dos Diálogos Institucionais e, apresentando decisões que viabilizem a mais ampla efetivação de direitos, lança-se luz sobre a participação da sociedade na implementação de políticas públicas.

Por fim, no quinto capítulo são apresentadas alternativas à judicialização da assistência farmacêutica, mostrando iniciativas que, entendendo a intensidade do fenômeno, vêm buscando mitigar as demandas e conferir maior racionalidade à prestação jurisdicional em sintonia com as políticas públicas.

1 - A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, OS DIREITOS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

1.1 A redemocratização e o Poder Constituinte

Após 21 anos de um regime de exceção, com a redemocratização do país em 1985, no exercício do poder, o Presidente Jose Sarney convocou a Assembleia Nacional Constituinte, que foi instaurada em fevereiro de 1987 sob a presidência do Deputado Ulisses Guimarães.

A Constituinte foi marcada por dificuldades em seu funcionamento. Os trabalhos foram iniciados sem um projeto já elaborado. Nas lições de Celso Ribeiro Bastos², a pulverização dos trabalhos da Constituinte foi um erro fundamental, uma vez que múltiplas subcomissões eram obrigadas a trabalhar sem que diretrizes fundamentais estivessem previamente aprovadas, o que levou a um trabalho excessivamente detalhista e receptivo a reclamos e pleitos de todos os rincões da sociedade.

Concluídos os trabalhos, com a promulgação da Constituição, em 1988, completa-se a travessia de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito baseado na legalidade constitucional. Ademais, é cristalina a opção pelo modelo de bem estar social e alteração do Estado Liberal para o Estado Social³, o que proporcionou mudanças intensas com a incorporação dos Direitos Sociais.

Luis Roberto Barroso classifica a Constituição de 1988 como o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante, e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se

²BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.92-95

³No Estado Liberal foram garantidos direitos em face do Estado, exigindo uma prestação negativa, isto é, uma omissão do Estado para que esses direitos se concretizem; já no modelo de Estado Social, o indivíduo passa a ser senhor de direitos que exigem do Estado uma prestação positiva, concreta, para que tais direitos sejam realizados.

manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor⁴.

Acerca do processo de elaboração de uma nova Constituição e a positivação dos direitos fundamentais na Carta de 1988, Vanice Lírio do Valle escreveu:

A experiência da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, a rigor, materializava a busca de uma reformulação da ordem jurídica, que se dá em meio a um movimento de transformação, sem a identificação de um necessário momento de ruptura política, mas num processo de mudança pacífico e prolongado. Significa dizer que nessa mesma quadra se haveria de dar conta da gestão de uma ampla agenda de reforma, de bloquear movimentos violentos de resposta ao passado que se repudiava e ainda facilitar a integração social. Esse é o contexto em que se desenvolverá um texto constitucional que, a par de consolidar elementos importantes da transição democrática . notadamente no campo da organização política propriamente dita . , materializa o uso, pelas forças de mudança, de uma estratégia nova de transformação, ancorada com firmeza em uma ampla e compreensiva declaração de direitos fundamentais⁵

Além disso, com a Constituição Cidadã⁶ de 1988, verifica-se a constitucionalização do Direito, a saber, a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, conferindo validade e sentido às normas infraconstitucionais. Para Barroso⁷, em concomitância com esse processo de observação e interpretação dos ramos do Direito à luz da Lei Maior, ocorre vertiginosa ascensão do Poder Judiciário e sua valorização na preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.

⁴BARROSO, Luis Roberto, **Í Vinte anos da constituição brasileira: o Estado a que chegamos+**, disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf, acesso em 1 de agosto de 2018. p.51.

⁵VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil até onde nos podem levar as asas de Ícaro. **Themis: Revista de direito**, Lisboa, v. 11, n. 20-21, 2011, p.185-210

⁶A constituição foi denominada pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulisses Guimarães, de **Constituição Cidadã** em razão do foco na redemocratização do país, estabelecendo como cláusula pétrea o voto direto, secreto, universal e periódico, bem como na priorização dos direitos fundamentais.

⁷BARROSO, Luis Roberto, **Í Vinte anos da constituição brasileira: o Estado a que chegamos+**, disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf, acesso em 1 de agosto de 2018. p.41.

1.2 A Carta de 1988, o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde

Ao longo do século XX, à norma constitucional foi conferida a posição de norma jurídica, indo além de simples documento político. O caráter vinculativo da Lei Maior e o reconhecimento de sua força normativa faz com que o desrespeito aos seus mandamentos possibilite o direito de se socorrer dos meios coercitivos para alcançar o seu fiel cumprimento.

Desse modo, vemos incorporada em nosso texto constitucional a ideia do neoconstitucionalismo, no qual da norma fundamental deve ser extraída aquela interpretação que permita a maior satisfação dos direitos e garantias do indivíduo.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso ensina que:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, [...], identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de Constitucionalização do Direito⁸.

Flávio Martins considera que muitas são as consequências do movimento neoconstitucionalista na práxis do Direito Constitucional e destaca o maior reconhecimento da eficácia dos princípios constitucionais, ainda que não escritos⁹.

E especificamente sobre o neoconstitucionalismo e os direitos sociais, Flávio Martins aponta o protagonismo do Judiciário como uma de suas consequências:

[...], os direitos sociais são aqueles que receberam, graças ao neoconstitucionalismo, a maior mudança paradigmática quanto à sua aplicabilidade. Se no passado eram vistos como meras normas programáticas de reduzidíssima eficácia jurídica, os direitos sociais possuem atualmente carga norma normativa e, segundo o STF, deve

⁸BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, jul./dez. 2004. p.38.

⁹NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

o Estado cumprir imediatamente um mínimo existencial desses direitos [...].

Por fim, outra consequência marcante (e polêmica) do neoconstitucionalismo é um maior protagonismo do Poder Judiciário, exigindo a implantação de políticas públicas e o cumprimento das normas constitucionais.¹⁰

Esse novo modelo constitucional valorizando os direitos fundamentais e ampliação da jurisdição constitucional inspirado no modelo norte americano do *judicial review*, propiciou um maior protagonismo do Judiciário, com o julgador atraindo para si a proteção da Constituição através da tutela dos direitos fundamentais¹¹, fenômeno que será tratado mais adiante neste trabalho, na abordagem do *ativismo judicial*.

O direito à saúde integra o rol dos direitos sociais, direitos fundamentais classificados como de segunda dimensão, definitivamente incorporados pelo Estado Social pós-1988 que no eixo principiológico do texto constitucional, ao render reverência dignidade pessoa humana (na qualidade de fundamento do Estado democrático de direito - art. 1º, III da CRFB), colocou o indivíduo no centro do ordenamento jurídico.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]¹²

Na lição de Ingo Sarlet, os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, correspondendo às reivindicações das classes menos favorecidas¹³.

O direito à saúde está diretamente ligado ao próprio direito à vida e, nessa linha, Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi defende que

¹⁰idem, 2017. p. 73-74.

¹¹VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.57.

¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositivo legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos¹⁴.

Luís Roberto Barroso, ao analisar os avanços advindos com a Carta de 1988 e tratar dos direitos sociais, considera que

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos direitos fundamentais, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma ideia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até se tornar uma realidade concreta. Ainda assim, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que não ainda para todos. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência¹⁵.

Assim, a Constituição de 1988 e o advento da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90), criando e regulamentando o Sistema Único de Saúde, promoveram intensas transformações no sistema de saúde brasileiro, ao garantir a saúde como um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º, *caput*, Lei 8080/90). O sistema trouxe como princípios a universalidade de acesso, a integralidade da atenção, a equidade, a participação da comunidade e a descentralização¹⁶.

¹⁴SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. **Direito fundamental à saúde: Tutela de urgência.** Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saud_e_tutela_urgencia.pdf> Acesso em: 21 ago. 2018

¹⁵BARROSO, Luis Roberto, **Í Vinte anos da constituição brasileira: o Estado a que chegamos+**, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 1 de agosto de 2018.

¹⁶Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

Os princípios definidos pelas propostas do movimento sanitário brasileiro, consagrados na VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁷, asseguram como direito de todos e dever do Estado o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, inclusive no que diz respeito à Assistência Farmacêutica¹⁸.

Dessa maneira, ao longo destes 30 anos da Constituição Cidadã, a implantação e o processo contínuo de consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) vêm aplicando novos contornos para a atenção à saúde em nosso país.

II - integralidade de assistência, 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;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV . organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

Lei 8080/1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018

¹⁷A realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, com intensa participação social, deu-se logo após a redemocratização e consagrou uma concepção ampliada de saúde e o princípio da saúde como direito universal e como dever do Estado, atributos seriam plenamente incorporados na Constituição de 1988. Suas propostas foram contempladas tanto no texto da Constituição Federal/1988 como nas leis orgânicas da saúde, no 8.080/90 e no 8.142/90. Participaram dessa conferência mais de 4 mil delegados, impulsionados pelo movimento da Reforma Sanitária, os quais propuseram a criação de uma ação institucional correspondente ao conceito ampliado de saúde, que envolve promoção, proteção e recuperação

¹⁸ Segundo o art. 2º da Lei Federal 13.021 de 2014, entende-se por Assistência Farmacêutica o conjunto de ações e de serviços que visem a assegurar a assistência terapêutica integral e a promoção, a proteção e a recuperação da saúde nos estabelecimentos públicos e privados que desempenhem atividades farmacêuticas, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao seu acesso e ao seu uso racional.

1.3 O Sistema Único de Saúde e o seu financiamento / gestão

O financiamento do sistema se dá com recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Art.195, *caput*, CRFB/1988). A gestão do SUS é compartilhada entre as três esferas administrativas, a formulação de políticas públicas também pode ser realizada por todos os entes federativos, isto porque o texto constitucional (Artigo 23, II, CRFB/1988) definiu como competência comum aos entes cuidar da saúde¹⁹.

No campo infraconstitucional, a Lei Orgânica da Saúde estabeleceu atribuições administrativas comuns aos entes federativos e, neste ponto, ressalta-se a administração de recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde.

No tocante à participação da União no custeio das ações de saúde, a sua atribuição é realizar transferências a Estados e aos Municípios das verbas necessárias à execução das políticas públicas de saúde. A obrigação de prestar materialmente serviços em saúde cabe, originariamente, aos municípios, atuando os Estados de forma supletiva, sendo válido ressaltar que, entre as atribuições previstas em lei (artigo 16 da Lei 8080/90), à União não caberia a execução direta de ações e serviços de saúde, mas a formulação de políticas e de normas.

No entanto, o federalismo cooperativo abraçado pela Constituição brasileira consagrou a repartição de competências entre os entes federativos e definiu aquelas competências comuns a todos eles. Dessa maneira, em consonância com o mandamento constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS) integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse ponto insta destacar que, a despeito da existência de repartições de competências administrativas entre os entes, o amplo entendimento jurisprudencial acerca do tema é na direção de que a responsabilidade, no tocante ao direito à saúde, é solidária entre os entes políticos. Logo, a responsabilidade pelo financiamento da assistência farmacêutica é dos três gestores do SUS, onerando tanto a União, quanto os Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo todos

¹⁹CRFB/1988 - 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; In: BRASIL, 1988.

estes promover a sua efetivação, independente de quaisquer divisões de cotas de responsabilidade advinda através de legislação ou regulamento infraconstitucional.

A título meramente ilustrativo, seguem ementas de decisões dos nossos Tribunais Superiores acerca da responsabilidade solidária dos entes federados. Do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. Decisão O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. Ministro LUIZ FUX Relator (STF, RE 855178 RG/PE . REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgamento: 05/03/2015, publicação DJe-050 PUBLIC 16-03-2015)

E do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. Esta Corte Superior possui entendimento de que o Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. 2. Rever o entendimento do Tribunal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do medicamento pleiteado, implica o reexame das provas dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial, conforme disposto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 772225/CE, Relator(a) Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), julgamento 24/11/2015, publicação DJe 03/12/2015)

Dessa forma, o entendimento jurisprudencial indica que qualquer um dos entes políticos terá legitimidade passiva nas ações demandando por medicamentos.

1.4 A assistência farmacêutica e seu arcabouço jurídico

Conduzindo a discussão para o campo de maior interesse neste trabalho, a saber, a assistência farmacêutica, estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de diversas ações e, dentre essas, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Art. 6º, I, d, Lei 8080/1990).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), são elementos essenciais para a definição da política de assistência farmacêutica: a seleção de medicamentos necessários; a disponibilidade de medicamentos; a definição da fonte e do ente responsável pelo financiamento dos medicamentos; o sistema de suprimento; a regulação e garantia da qualidade; o uso racional de medicamentos; o desenvolvimento de pesquisas científicas; o desenvolvimento de recursos humanos; e o monitoramento e a avaliação²⁰.

Uma das mais relevantes questões no âmbito do SUS é garantir o acesso a medicamentos. O ciclo da assistência farmacêutica compreende diversas etapas, desde a pesquisa até a seleção, aquisição e dispensação; e a sua consecução requer ações articuladas dos gestores da saúde das três esferas de governo, tendo como objetivo a obtenção de resultados concretos e de melhoria da qualidade de vida da população.

O arcabouço normativo infraconstitucional tem na Política Nacional de Medicamentos (PNM)²¹ e na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)²², eixos essenciais da Política Nacional de Saúde, pois representam ferramentas indispensáveis para a efetiva implementação de ações capazes de promover melhores condições de assistência sanitária à população. Os desafios positivados na Política Nacional de Medicamentos (1998) e na Política Nacional de

²⁰ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE . OPAS. Organização Mundial de Saúde. Ministério da Saúde. **Avaliação da Assistência Farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados**. Brasília/DF, 2005, p. 23-27, 32, 52, 55-58. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra>>. Acesso em 21 de ago. 2018.

²¹Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916 de 10 de novembro de 1998. **Aprova a Política Nacional de Medicamentos**. Ministério da Saúde. Diário Oficial da União 1998; 10 nov.

²²Aprovada pela Resolução nº 338/2004 . Conselho Nacional de Saúde.

Assistência Farmacêutica (2004) servem como garantia do acesso e da promoção do uso racional dos medicamentos²³.

Compreendendo, portanto, um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população, visando a garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos.

A PNM tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exige para a sua implementação, a definição de planos e programas nas esferas federal, estadual e municipal. Nesse ponto, tem seu eixo na colaboração dos entes federativos, uma espécie de repartição de competências e tem como diretriz a elaboração (e atualização permanente) de listas de medicamentos essenciais a serem fornecidos de modo a atender às principais comorbidades da população, isto é, aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população

A despeito dos inegáveis avanços legislativos impactando o SUS e a assistência farmacêutica, o Estado brasileiro ainda segue em falta nas garantias do acesso a medicamentos e o resultado é a judicialização que, se por uma mão pode propiciar o acesso do indivíduo a tratamentos negligenciados pelo Estado, por outra, pode gerar a desorganização das políticas públicas de saúde, comprometendo a universalidade do sistema.

²³A Organização Mundial da Saúde considera que há uso racional de medicamentos quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, adequados às suas necessidades e ao menor custo para si e para a comunidade

2 - A JUDICIALIZAÇÃO E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

2.1 O fenômeno da judicialização

A Constituição brasileira tem um texto analítico, extenso, prolixo, detalhado. A opção do Constituinte por inserir na Lei Maior certas matérias, como o direito à saúde, retira a discussão da questão do mero campo político e atrai a atenção do direito, uma vez que o dispositivo constitucional dará fundamento aos diversos pleitos reclamados em juízo.

Nesse sentido:

A progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para sua efetivação. A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde²⁴.

Luis Roberto Barroso considera que a judicialização significa uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo²⁵. Em seu sentir, a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Isso porque se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria²⁶.

²⁴ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.p.9.

²⁵BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 21, jan./jun. 2012. p.7.

²⁶BARROSO, Luis Roberto, **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2018

2.2 Gênese da judicialização da assistência farmacêutica

No que diz respeito à assistência farmacêutica, ao traçar um panorama histórico da judicialização da saúde no Brasil, é paradigmático o combate ao avanço do vírus HIV e a conseqüente busca pelos medicamentos antirretrovirais, considerado assim, o grande marco desse fenômeno de judicialização da assistência farmacêutica em nosso país.

Até os anos 1990, o elevado número de decisões, em demandas individuais, que obrigavam o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos antirretrovirais de alto custo que não integravam a lista do SUS, e a demora na inclusão de certos tratamentos médicos pelos SUS impulsionaram entidades de defesa dos pacientes portadores do vírus HIV a ingressarem no Judiciário.

Com as sucessivas decisões favoráveis ao fornecimento de tais medicamentos, em 1996, com o advento da Lei 9313/96²⁷ passa a haver a obrigatoriedade da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV.

O caso paradigmático envolvendo os antirretrovirais é, indubitavelmente, lapidar quanto aos efeitos da judicialização servindo como força motriz ao planejamento administrativo voltado à elaboração de uma política pública. Afinal, é incontroverso que os compromissos constitucionais com os direitos fundamentais, no seu bojo os direitos sociais, geram os deveres positivos de ação do Estado e não podem ser letra morta.

2.3 A Assistência Farmacêutica como direito subjetivo

O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica é consequência inarredável do direito à saúde, que se qualifica como direito fundamental que contempla a todos, afinal, está indissociavelmente ligado ao bem jurídico mais valioso em nosso ordenamento jurídico: o direito à vida.

Assim, o direito subjetivo do cidadão de receber medicamentos pelo Estado, como direito fundamental que é, em reiteradas decisões judiciais pode ser pleiteado

²⁷A Lei 9313/1996 determinou que o Ministério da Saúde promovesse revisões e publicasse a cada ano a padronização de terapias, de modo a ajustar o tratamento disponibilizado pelo SUS às inovações científicas e à oferta de novos produtos no mercado farmacêutico.

de qualquer dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade e a impossibilidade de custeá-los por meios próprios.

No entanto, a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁸ alerta para a necessidade de atenção na interpretação do artigo 196 da Constituição e para o exame de cada um dos seus seis elementos: como (1) direito de todos+ e (2) dever do Estado+, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos+, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário+(6) as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação+.

Nesse caminho acerca da judicialização, em decisão de sua lavra como Presidente do STF, em ação envolvendo o fornecimento de medicamentos, Gilmar Mendes afirmou:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.²⁹

Assim, embora os tribunais sigam prestigiando o direito à saúde, em favor do direito à vida, os fundamentos para obtenção de medicamentos ainda se encontram tormentosos, mostrando a relevância do tema e a necessidade de atenção real às políticas públicas atreladas à assistência farmacêutica.

²⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 660-662.

²⁹STA 175, DJE nº 182, divulgado em 25/09/2009. Da decisão de 18/9/2009.

2.4 A atuação positiva do Estado e o impacto financeiro

A atuação positiva do Estado guarda relação direta com o planejamento das ações e torna inescapável a discussão acerca do financiamento, o levantamento dos custos dessas ações e, assim, a discussão acerca dos limites orçamentários.

É sabido que não é admitido ao Poder Público frustrar as justas expectativas nele depositadas pela população, contrariando o que determina o texto da Carta Política de 1988 que, em relação à saúde, em seu artigo 196, impõe ao Estado o dever de implementação de políticas públicas com vistas a dar efetividade ao acesso de todos às medidas necessárias para proteção e recuperação da saúde. Logo, o Estado deve fornecer medicamentos, implementando políticas públicas preventivas.

Nessa linha, tratando das decisões que concedem prestações estatais vinculadas a políticas públicas, Alexandre Gross escreveu:

Juízes e tribunais, que antes se julgavam incompetentes para, através de decisões judiciais, concretizarem normas constitucionais programáticas que estariam inseridas na liberdade de conformação dos outros Poderes, passaram a interferir na formulação e execução de políticas públicas. Embora a judicialização decorra de uma diversidade de fatores, é possível identificar um argumento comum às decisões judiciais que concedem prestações estatais a mercê da existência ou da amplitude de políticas públicas: os dispositivos constitucionais que preveem direitos fundamentais prestacionais são normas dotadas de autoaplicabilidade e máxima efetividade, das quais decorrem direitos subjetivos públicos aptos a serem instantaneamente concretizados por atos judiciais (sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos etc.)³⁰.

No entanto, há que se analisar este ponto com algum cuidado e, em especial, admitir critérios, balizamentos mínimos sob a perspectiva técnica, científica e financeira de modo a racionalizar a prestação jurisdicional.

Em uma crítica alinhando os impactos financeiros e riscos terapêuticos da intervenção judicial na assistência farmacêutica, Barata e Chieffi afirmam que:

³⁰GROSS, Alexandre Felix. Controle judicial de políticas públicas: uma abordagem a partir do consequencialismo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, jan./jun. 2016. p.151.

De maneira geral, os juízes, ao deferirem as ordens para o fornecimento de medicamentos como forma de garantir os direitos dos indivíduos, não observam a política de assistência farmacêutica do SUS. Essas ações têm consequências orçamentárias importantes, uma vez que os recursos são finitos e sua administração deve ser planejada e balizada pelas políticas de saúde. Consequentemente, as demandas judiciais prejudicam essas políticas, impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, além de interferir no planejamento das ações de saúde. Ao se fornecerem medicamentos por ordem judicial, não está sendo avaliado se aquele tratamento realmente é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado e este não pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS, se o paciente tem condições financeiras de pagar o tratamento ou, até mesmo, o advogado e, ainda, se não estão sendo infringidos alguma lei ou algum princípio fundamental do sistema de saúde³¹.

Seguindo por esse caminho, é necessário o chamamento à ponderação, considerando a efetivação de direitos fundamentais, mas analisando alternativas terapêuticas e tendo a dimensão financeira como um possível limitador.

2.5 A Reserva do Possível

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais, mas as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente. Ademais, as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público e, sendo os recursos públicos limitados, é preciso fazer escolhas; logo a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos³².

Considerando a questão financeira das decisões judiciais acerca de medicamentos, é bastante ilustrativa a Suspensão de Tutela Antecipada 860/RJ³³, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse julgado foi escolhido neste ponto do trabalho por evidenciar o impacto do fornecimento de certos tratamentos por parte do ente administrativo e da maneira como vem atuando e decidindo os nossos tribunais.

³¹BARATA, R.; CHIEFFI, A.L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade, **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago. 2009. p. 1842

³²BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** n. 240, 2005. p 90-91

³³STA 860, DJE nº 262, divulgado em 17/11/2017. Da decisão de 29/09/2017

No caso em comento, houve o indeferimento, em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, do pedido de suspensão que o Município fluminense de Niterói e a respectiva Fundação Municipal de Saúde formularam com o objetivo de sustar os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinou o custeio do fornecimento de certo medicamento de elevado custo.

O Município destacou o custo do medicamento pleiteado . aproximadamente R\$ 612.000,00 por ano . , o que impactaria de modo significativo o orçamento municipal, o planejamento financeiro para a concretização do direito ao acesso universal (e igualitário) à saúde da coletividade e o atendimento de outras demandas sociais. E, ainda, acrescentou que a concessão do medicamento beneficiaria unicamente a interessada (demandante) com 4,1% do total da rubrica orçamentária destinada à assistência farmacêutica, assim, podendo provocar grave risco de lesão à saúde e à economia públicas.

Em seus argumentos, o município salientou ser o direito à saúde um direito fundamental, que conta com proteção especial do ordenamento jurídico, mas com caráter oneroso. Assim, a sua concretização encontrando limites na reserva do possível e na necessidade de serem tutelados e realizados direitos fundamentais de terceiros, sem privilegiar um único cidadão.

Como afirmado antes, esse julgado é ilustrativo, pois este argumento da ameaça de desarrumação financeira é frequente nas sustentações dos entes administrativos na tentativa de sensibilizar julgadores. No entanto, é pouco frequente a recepção desse tipo de argumento pelos magistrados em suas decisões. A questão orçamentária é em geral relativizada nas decisões judiciais, que a enfrentam como mero bloqueio retórico ao cumprimento dos deveres constitucionais pelos entes administrativos que invocam a cláusula da reserva do possível para escusar-se da prestação pretendida pelo litigante.

Corroborando essa afirmação, o Superior Tribunal de Justiça assim julgou:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO O PONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO

DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, 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. 4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: %o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros+ (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê. 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde. 7. Recurso Especial não provido. (STJ, Segunda Turma, REsp 1488639/SE, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN, julgamento 20/11/2014, publicação DJe 16/12/2014)

Porém, é forçoso reconhecer que, ao adentrar em questões afeitas à Administração Pública, o Judiciário cria diversos problemas, mas a desarrumação das contas públicas talvez seja o mais evidente. Afinal, não encontra respaldo na realidade, e tampouco no orçamento público, a ideia de que o Poder Estatal tenha condição de satisfazer, de forma ilimitada, a todas as necessidades de saúde da coletividade.

Por isso, ao analisar o fornecimento de medicamentos, é imprescindível tomar pé das políticas públicas de saúde, conhecer as previsões normativas, de modo a assegurar, por meio das decisões judiciais, o cumprimento dos compromissos firmados pelo estado perante os cidadãos, mas sem descolar da realidade do administrador e das escolhas (por vezes, trágicas) administrativas que se impõem. Essa análise pelo julgador, por evidente, não pode desconsiderar a questão

financeira, os limites orçamentários e a interlocução com o Poder Público. Afinal, no extremo, de nada adianta uma ordem judicial que não possa ser cumprida pela Administração por falta de recursos.

Nessa direção, com uma visão consequencialista³⁴, Alexandre Gross afirma que surgiram muitas críticas ao fenômeno da judicialização, tal como se apresentou no Brasil, justamente em razão do seu despreço pelos argumentos de ordem econômico-financeira. E diz, ainda, que afirmar que %levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério e levar em consideração a questão da escassez de recursos não é tarefa imoral, uma vez que a concretização dos direitos fundamentais depende de recursos públicos inexoravelmente escassos³⁵.

2.6 O Mínimo Existencial

Deve-se repisar que decisões judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos tendem a relativizar a teoria da reserva do possível. Ao contrapor necessidades e recursos orçamentários, as decisões em geral prestigiam o direito à saúde e a uma vida com saúde e dignidade, fundamentadas em um %mínimo existencial+para a sobrevivência do cidadão.

Neste ponto de tensão entre limitações financeiras e o mínimo existencial, cabe trazer as lições da professora Ana Paula de Barcellos, destacando a necessidade do estabelecimento de prioridades orçamentárias:

(...) a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços,

³⁴Neste artigo, Gross considera que o consequencialismo traz para o raciocínio jurídico um exame do futuro, uma antecipação das consequências da decisão judicial, valorando resultados segundo critérios de eficiência, utilidade e funcionalidade. A preocupação com a reafirmação dos precedentes judiciais ou com a coerência lógico-formal do ordenamento cede espaço para a aplicação de soluções mais úteis/eficientes para problemas concretos. Assim, o consequencialismo deve ser enxergado como um instrumento de interpretação e aplicação do direito objetivo, que se utiliza da ponderação das consequências para encontrar a solução capaz de concretizar o comando normativo da melhor maneira possível.

³⁵GROSS, Alexandre Felix. Controle judicial de políticas públicas: uma abordagem a partir do consequencialismo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, jan./jun. 2016.p.156.

ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível³⁶.

Acerca desse mínimo existencialq passa a ter significativo relevo os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres que afirma carecer o mínimo existencialqde conteúdo específico e abranger qualquer direito (direito à saúde, à alimentação etc.):

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Nada obstante está impregnado pelos valores e princípios jurídicos os mais relevantes.

O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. Mas o mínimo existencial se deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade.

O mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento.

O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.³⁷

Flávio Martins, em suas reflexões sobre o mínimo existencial, reforça a ideia de que este não se confunde com rol dos direitos fundamentais, sendo mais restrito que cada direito social visto na individualidade:

³⁶BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Renovar, 2002. p. 245-246.

³⁷TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 313-339, 2008, p.316.

Entendemos que o mínimo existencial dos direitos sociais corresponde ao conteúdo essencial desses direitos, ou seja, um núcleo irreduzível das normas definidoras de direitos sociais, que exigem por parte do Estado não apenas omissões, mas também ações. Outrossim, sob pena de transformarmos o mínimo existencial em um mero instituto teórico, sem efeitos práticos concretos, olvidando a força normativa da Constituição e o princípio da eficiência e máxima efetividade, entendemos também, o mínimo existencial dos direitos sociais pode ser jurisdicionalizado, ou seja, exigido dos Poderes Públicos, pela via jurisdicional³⁸

Contudo, ante um panorama de reconhecida escassez de recursos, justifica-se a necessidade de compatibilizar a reserva do possível com o mínimo existencial.

2.6.1 O Mínimo Existencial e a Proporcionalidade

Dessa forma, é imperioso delimitar o mínimo existencial com o princípio da proporcionalidade, de modo que o Estado ao restringir um direito social, o faça de modo legítimo sem que a questão financeira, com os argumentos da reserva do possível, esteja à frente do núcleo essencial do direito fundamental discutido no caso concreto.

Nesse sentido, são valiosas as considerações de Ana Carolina Lopes Olsen:

Portanto, o argumento da escassez de recursos deverá ser investigado a fundo quando confrontado com a realização de um direito fundamental social prestacional. A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência representa um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir a negligência para com prestações determinadas pela Constituição. Portanto, há que se ponderar cuidadosamente o argumento da escassez (bem como o próprio argumento democrático e da macrojustiça) com a realização do direito fundamental social reclamado concretamente, de modo que somente por uma razão extremamente grave a efetividade do direito jufundamental poderá ser temporariamente afastada³⁹.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade oferece elementos ao Judiciário para a proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, permitindo que a máxima extensão da dignidade do ser humano esteja protegida, mas sem que se perca a capacidade de ponderar com a realidade da escassez de recursos.

³⁸Ibidem, 2017. p. 1056.

³⁹OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 310

2.7 A Vedação ao Retrocesso

É preciso levar em consideração que o direito à saúde encontra-se protegido pelo princípio da vedação do retrocesso, impedindo modificações de tal ordem que tendam a diminuir conquistas.

Ingo Sarlet diz que o princípio da proibição de retrocesso social significaria toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais⁴⁰.

Dessa maneira, esse princípio guarda íntima correlação com a segurança jurídica, um dos princípios inarredáveis e essenciais em um Estado de Direito⁴¹.

As conquistas no campo da saúde e, em especial na assistência farmacêutica, não permitem retrocessos, devendo ser preservadas e permanentemente ampliadas.

A judicialização deve servir de instrumento para impedir retrocessos e, mais, pode contribuir para avanços no acesso a medicamentos, desde que haja uma visão alargada por parte do Judiciário, para além dos casos concretos, e a perfeita interlocução com a Administração Pública.

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.p.121.

⁴¹Ibidem, 2017. p. 1066.

3 É A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A JUDICIALIZAÇÃO

3.1 O papel da Administração

Ao Poder Público não é razoável eximir-se da obrigação incontestável de efetivar as prestações de saúde em favor de cidadãos, ainda que individualmente considerados.

Dessarte, a mera alegação de limitações orçamentárias para arcar com o cumprimento da decisão judicial não será suficiente para eximir o Estado do desempenho de seus deveres constitucionais.

Ademais, não apenas a ausência de atos normativos, mas também a inexistência de programas de governo que efetivem as normas de direitos fundamentais torna-se objeto de análise do Judiciário, de modo a verificar se comportamento dos agentes estatais está, ou não, conforme a Constituição⁴².

As omissões no tocante ao direito à saúde quando apreciadas pelo Judiciário quase sempre levam ao acolhimento das demandas.

Nesse sentido:

A implementação dos direitos sociais é uma matéria que guarda conexão estrita com o tema das omissões. A crescente judicialização desses direitos . bem como acolhimento das demandas pelo Judiciário . traz implícita a concepção de que os entes públicos não adimpliram seu dever de materializar os comandos constitucionais, ou seja, pressupõe o reconhecimento de omissões materiais inconstitucionais. Vale destacar, ainda, que o STF tem apreciado um amplo espectro de situações envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro direto normas constitucionais programáticas, rejeitando a visão de que elas demandariam inexoravelmente *interpositivo legislatoris* para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes⁴³

E ainda:

(...) o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual dimanam efeitos de irradiação, deveres de

⁴²PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica E Multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, nº 18, jan-dez.2015, p.144.

⁴³Idem, 2015, p.145.

proteção pelo Estado, bem como o princípio de vedação da proteção deficiente, encerra a ideia de que há um amplo feixe de ações normativas e materiais que a constituição impõe aos poderes públicos, de modo que a superposição e variedade de comportamentos inconstitucionais advêm da própria compreensão do que a ordem constitucional ordena⁴⁴.

No entanto, José Sérgio da Silva Cristóvam, na linha dessa compreensão, ressalta que há que se considerar as políticas públicas e os parâmetros para a intervenção judicial:

No Estado constitucional, pautado pelas teses do novo constitucionalismo, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio de políticas públicas gestadas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas estas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição. Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo . discutindo e aprovando as leis, os planos e os orçamentos necessários a sua implementação . ou na Administração Pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública. . Um dos principais problemas que se colocam quando do estudo da implementação de políticas públicas é a possibilidade do controle jurisdicional. Até que ponto e sob quais parâmetros estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público no implemento de políticas públicas?⁴⁵

Nesse contexto, a atividade jurisdicional deve considerar a existência ou não de políticas públicas, de forma que os possíveis pontos de tensão entre a Administração e o Judiciário importem o aperfeiçoamento dos instrumentos a serem utilizados pelo Estado para a concretização de direitos sociais.

3.2 A demanda crescente por medicamentos

As demandas judiciais crescentes, a complexidade do tema e o ajuizamento de infindável número de ações individuais sem o lastro probatório mínimo apontam

⁴⁴Ibidem, 2015, p.146.

⁴⁵CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7254/breves-consideracoes-sobre-o-conceito-de-politicas-publicas-e-seu-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 23. out. 2018.

para a banalização da prestação jurisdicional nos temas ligados a medicamentos, que não raro se dá pela simples recusa administrativa.

Nesse sentido, ainda que sem cunho pejorativo, Zilá Oliva Roma aplica a esse fenômeno, relacionado ao fornecimento de medicamentos, a expressão %FarmacIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO+⁴⁶ que, por instigante, merece menção nesta abordagem do problema.

A autora empresta especial atenção aos medicamentos não constantes das listas padronizadas pelo SUS, destacando o perigo da substituição das prioridades de investimento estatal. Destaca, ainda, que estes investimentos devem ser estabelecidos por especialistas em saúde pública no âmbito do Poder Executivo e não por juízes e tribunais que acabam, em algum grau, atuando como administradores, promovendo o ordenamento de despesas estatais e riscos à equidade na distribuição dos recursos da saúde.

3.3 Conflitos entre o Poder Executivo e o Judiciário

De um lado, a participação do Judiciário significa a fiscalização de eventuais violações por parte do Estado na atenção à saúde, mas, de outro, o excesso de ordens judiciais pode inviabilizar a universalidade da saúde, que é um dos fundamentos do SUS.

Um importante julgado e, talvez, a primeira importante tentativa, no âmbito do Judiciário, de impor parâmetros para o deferimento ou não de medicamentos é o caso da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175⁴⁷.

Contribuindo para as bases da decisão, uma grande audiência pública foi realizada, a Audiência nº 04⁴⁸, na qual representantes dos diversos setores

⁴⁶ROMA, Zilá Oliva. DA FARMACIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES; **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 270, ago. 2017.p. 279 - 310

⁴⁷União e o Município de Fortaleza buscavam suspender decisão liminar que determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca(Miglustat, medicamento de alto custo, à demandante com fundamento na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde.

⁴⁸Audiência Pública convocada pela Presidência do STF, em 05 de maio de 2009, em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito daquela Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde, com destaque ao fornecimento de medicamentos. A audiência pública com representantes técnicos e jurídicos vinculados à saúde pública, bem como a sociedade civil, auxiliou para que o STF

envolvidos e importantes nomes das áreas da Saúde e Direito trocaram impressões, experiências para além do caso concreto, deixando lições valiosas, merecedoras de muita atenção.

Como fica explícito no fragmento abaixo, restou claro no voto do Ministro Gilmar Mendes que, nas decisões acerca do fornecimento de medicamentos, há necessidade de saber se há política pública estabelecida para o que é pleiteado pela parte, conhecer da existência ou não de protocolos do Sistema Único de Saúde, isto é, diretrizes terapêuticas. Além de manter clara a imperiosa distinção entre omissão legislativa e administrativa:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Assim, o redimensionamento da judicialização envolvendo a assistência farmacêutica deve se dar de modo criterioso, buscando a implementação, desenvolvimento e o fortalecimento das políticas públicas.

julgasse em grau recursal pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA n. 175 AgR/CE, relator Min. Gilmar Mendes, 17.03.2010), intentada contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006.81.00.003148-1), decisão considerada como marco na judicialização de medicamentos e que tem servido de parâmetro para muitos julgados.

3.4 O balizamento técnico

A despeito das importantes considerações e balizas colocadas nesse importante julgado, ficou marcada a posição no sentido de que o Estado deve fornecer as pretensões que assegurem a efetivação do direito social à saúde, mas que devem ser analisadas as peculiaridades do caso de modo a que seja observada a necessidade da adequada instrução das demandas de saúde, *evitando* pedidos e sentenças padronizadas⁴⁹.

A saber, outros importantes parâmetros foram indicados: os tratamentos sem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão nas listas do SUS, a existência de tratamentos alternativos, os experimentais (pesquisas clínicas), os novos tratamentos ainda não incorporados ao SUS e a importância da permanente revisão dos Protocolos Clínicos no âmbito do SUS.

Igualmente lapidares são as considerações acerca da concessão de medicamentos sem registro na Agência Sanitária responsável (Agência Nacional de Vigilância Sanitária . ANVISA), ressaltando que tal registro é uma garantia à saúde pública e que só deve ser afastado em situações excepcionais:

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. (...)

[...] Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA⁵⁰.

O controle prévio da viabilidade sanitária não pode ser desconsiderado e, sob qualquer ângulo, merecem atenção aqueles medicamentos que não integram qualquer lista oficial ou off-label, isto é, em fase de estudos e pendente de aprovação pela agência reguladora. Isso porque há que se considerar também a

⁴⁹No caso concreto, por não vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, o pedido de suspensão foi indeferido pelo Ministro Gilmar Mendes de modo a confirmar a prestação em favor da demandante.

⁵⁰ Suspensão de Tutela Antecipada (STA n. 175 AgR/CE, relator Min. Gilmar Mendes, 17.03.2010)

responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos disponibilizados aos pacientes. Afinal, o Estado também deve cumprir a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos, e isso é feito mediante meticoloso crivo científico.

3.4.1 Os riscos terapêuticos da judicialização: o caso da *Ípílula do câncer*

Nesse ponto, é pertinente discorrer sobre um caso que recebeu grande destaque nos meios de comunicação, trata-se da substância fosfoetanolamina sintética, divulgada como *Ípílula do câncer*, que teve a sua liberação autorizada pela Lei 13.269/2016. Diante do desconhecimento amplo acerca da eficácia e dos efeitos colaterais dessa substância em seres humanos, a ADI (5501) foi ajuizada pela Associação Médica Brasileira (AMB).

A entidade de classe apontou na ação que a fosfoetanolamina sintética fora apresentada como capaz de *tratar todos os tipos de câncer* e, assim, milhares de ações judiciais foram apresentadas, buscando o seu fornecimento até a decisão do STF suspendendo sua distribuição.

No entanto, apesar da ausência de estudos sobre o uso da substância em seres humanos, o legislativo federal elaborou o diploma legal supracitado e houve sanção sem vetos pela Presidência República.

A AMB pontuou que a *Ípílula do câncer* não passou pelos testes clínicos em seres humanos e que a permissão de uso de uma substância cuja toxicidade ao organismo humano é desconhecida, indubitavelmente, caracterizaria risco grave à vida e integridade física dos pacientes, logo, a Lei em questão seria incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6º e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5º, *caput*), e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, deferiu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, concluindo que a autorização para distribuição da droga sem testes clínicos fere a Constituição Federal e, assim, suspendeu os efeitos da Lei.

O relator Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501, Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto vencedor asseverou que não suspenda a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos+.

Como visto, resta evidente que, a depender da decisão proferida, para além dos riscos financeiros, sérios prejuízos à saúde pública podem ser gerados, uma vez que a judicialização da assistência farmacêutica é marcada pelo alto grau de complexidade e sutilezas técnicas.

Afinado com o prestígio às balizas técnicas, Clenio Jair Schulze⁵¹ critica as decisões judiciais que partindo da teoria dos direitos fundamentais deixam de abordar questões atinentes à eficácia e eficiência do produto pleiteado e diz que:

[...] não é porque o direito à saúde é um direito fundamental que toda e qualquer demanda judicial deve ser julgada procedente. Isto porque é indispensável a comprovação de evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo⁵².

Nesse ponto, Clenio destaca que a Lei Orgânica da Saúde tem na Medicina Baseada em Evidências um instrumento necessário para a resolução dos processos sobre direito à saúde e amplia a sua crítica:

(...) Os Tribunais, em geral, aceitam a prescrição médica do médico assistente como suficiente para a procedência do pedido. É preciso, entretanto, que o Judiciário passe a exigir prova de que aquela prescrição médica observa as melhores práticas de evidência científica. Tal providência é indispensável porque há exigência legal no art. 19-Q,§2º, I, da Lei 8080/90, e também porque muitas prescrições não contemplam o melhor tratamento ao paciente, seja em razão da falta de conhecimento do médico, da contaminação do profissional pela indústria farmacêutica ou pela mera tentativa do médico de testar outros tratamentos sem saber se haverá sucesso⁵³.

E, ainda, no tocante ao respeito aos Protocolos Clínicos, Clenio escreveu:

⁵¹ Juiz Federal. Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça . CNJ (2013/2014).

⁵² Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/teoria-da-decisao-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁵³ Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/teoria-da-decisao-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

(...) Outra fonte importante são os PCDTs . Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas que consagram o resultado de consenso técnico-científico e são elaborados observando robustos parâmetros de qualidade e precisão de indicação. Também têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos que podem ser encontrados facilmente no Portal da Saúde⁵⁴.

Dessa forma, é importante considerar que a reverência a parâmetros clínicos e à expertise técnica possibilitam maior segurança, eficácia e efetividade às decisões judiciais relacionadas à assistência farmacêutica.

⁵⁴Disponível em:<<http://emporiiodireito.com.br/leitura/teoria-da-decisao-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

4 - POLÍTICAS PÚBLICAS E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

4.1 A escolha das políticas públicas

Compreendido o direito à saúde como um direito social fundamental gerando, portanto, direitos subjetivos; insta repisar que tal direito, como previsto no artigo 196 da Constituição, será efetivado por políticas públicas e, assim, incumbe ao Estado planejar e implantar tais políticas, com observância dos critérios e parâmetros dispostos na Constituição Federal.

Nessa linha:

Sendo a promoção da saúde um dever do Estado, esta deve ser efetivada através de políticas públicas, por meio de uma gestão responsável e eficiente das verbas públicas. É dever do Poder Legislativo criar as normas que possibilitem uma atuação da Administração Pública em concordância com os fins constitucionais. Ademais, compete ao Poder Executivo dar efetividade e regulamentar tais normas. Assim, não parece ser o caminho juridicamente mais viável relegar ao Poder Judiciário o direcionamento das políticas de saúde do país ⁵⁵.

A política pública pode ser compreendida como programa de ação governamental, isto é, um conjunto de medidas objetivando impulsionar a máquina estatal para cumprir com um objetivo de ordem pública ou para concretizar um direito. Portanto, a política pública constitui programa com finalidades concretas, meios para atingi-las, estruturas, recursos financeiros, formas de atuação, mecanismos de controle e avaliações de resultados⁵⁶.

A escolha das políticas públicas a serem executadas cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, valendo-se do planejamento público, estabelecendo planos e programas governamentais e sem perder de vista as leis orçamentárias, que em regra são a própria expressão do planejamento.

⁵⁵PASCHOALINI, Ivanice Milagres Presot. **O Dilema Entre O Mínimo Existencial E A Reserva Do Possível. A atuação do Poder Judiciário em relação ao direito fundamental à saúde.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=80c94c09453dfe07>>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁵⁶BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

É sabido que a definição de prioridades orçamentárias cabe ao Poder Executivo e, em respeito à separação e harmonia entre os Poderes, não deve o Judiciário se imiscuir nessa atividade discricionária do administrador.

Saulo Lindorfer Pivetta ensina que a relevância das políticas públicas enquanto categoria do direito público é revigorada com a constitucionalização dos direitos sociais, especialmente a partir do momento em que são consagrados como direitos fundamentais⁵⁷

Assim, as políticas públicas são instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular, articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente definidos⁵⁸.

Portanto, há considerável complexidade, sob o viés técnico, político e orçamentário, na elaboração de políticas públicas, que como exposto, em sua essência, é tema afeto aos Poderes Legislativo e Executivo.

4.2 A concretização do direito à saúde e as políticas públicas

Desta maneira, a concretização do direito à saúde, a ser realizado por políticas públicas, é missão daqueles chamados Poderes com voto que não se pode perder de vista o caráter excepcional das intervenções judiciais. É mister a valorização, a deferência às políticas públicas como o canal para se chegar a resultados desejados e afastados de voluntarismo individuais.

Nessa linha, ensina Maria Paula Bucci:

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinação do programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. [...] Cada vez mais os atos, contratos, regulamentos e operações materiais encetados pela Administração Pública, mesmo no exercício de competências discricionárias, devem exprimir não a decisão isolada e pessoal do

⁵⁷PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

⁵⁸Idem, 2014. p. 100.

agente público, mas escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar⁵⁹

Ressaltando a importância das políticas públicas e sem olvidar a escassez de recursos (apontando princípios já abordados neste trabalho, da reserva do possível e mínimo existencial), a professora Maria Sylvia Di Pietro apresenta importantes reflexões acerca da interferência do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais:

(...) as políticas públicas são vistas como o instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, a consequência inevitável é a de que acabam por se colocarem confronto, de um lado, o dever constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a direitos do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos. Daí o princípio da reserva do possível, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis. Surge então o difícil problema de tentar estabelecer critérios para a definição de políticas públicas: quais as prioridades a serem atendidas? Quais as escolhas que melhor atendem às metas constitucionais? Pode o Poder Judiciário (ou outro órgão de controle) interferir nas escolhas feitas pelo legislador ao definir as metas no plano plurianual e distribuir recursos nas leis orçamentárias? Pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública? Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes⁶⁰.

A partir deste ponto, é importante lançar luz sobre os aspectos fundamentais das Políticas Públicas. O ciclo das Políticas é composto das seguintes etapas:

⁵⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 267-268.

⁶⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **R&C Ë Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 52, abr./jun. 2013. p.25

reconhecimento do problema, formação da agenda, formulação da política, escolha da alternativa estratégica, implementação e avaliação de resultados⁶¹.

Assim, a legitimidade das escolhas públicas envolve a formulação de juízos de prioridade que transcendem as áreas de expertise isoladamente, daí a necessidade de uma visão constitucional de controle sob a perspectiva sistêmica e não sob o prisma de agentes tomados isoladamente.

Ademais, a política pública expressa o percurso proposto ao agir do político organizado e submete essa ação a um signo de previsibilidade e transparência expresso no planejamento⁶².

4.3 O ativismo judicial e as políticas públicas

É inegável que a intensa judicialização vem provocando intervenções rotineiras do Judiciário nas mais variadas fases do ciclo de políticas públicas na saúde, com desdobramentos diretos na Administração Pública e suscitando questionamentos acerca de sua legitimidade democrática para tal.

Nessa linha, Ran Hirschl, que em referência a um aristocrático governo de juízes já cunhara a expressão *juristocracia*⁶³; afirma que seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro *governo com juízes*⁶⁴.

Ao explicar o ativismo judicial, Claudio Ladeira de Oliveira classifica como audaciosa a interpretação de princípios constitucionais e a sua concretização:

Assim o *ativismo* exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de *fazer cumprir a lei* em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como *dignidade da pessoa humana*, *igualdade*, *liberdade de expressão* etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a

⁶¹VALLE, Vanice Regina Pereira do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2ª ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.39

⁶²Idem, 2016.p.75.

⁶³HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁶⁴HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. RDA . **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 145, mai. 2009.

competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios⁶⁵.

Oliveira analisa e procura distinguir as posturas judiciais mais ativistas e as mais contidas:

Os casos *difficilis*, juridicamente controvertidos, que importam para uma discussão sobre o ativismo judicial, envolvem matérias sobre as quais há forte controvérsia política, inclusive sobre os impactos que resultam da decisão judicial específica. E de acordo com as definições aqui adotadas, o que permite distinguir posturas judiciais *auto-restritas* e *ativistas* é a intensidade com que juízes e tribunais estão dispostos a revisar decisões dos outros poderes, em especial do legislativo, recorrendo a princípios e teses de elevado grau de abstração, potencialmente controvertidas⁶⁶.

O descrédito dos integrantes do executivo e legislativo pode contribuir para o crescimento da judicialização e da proeminência do Judiciário, mas a interlocução entre os poderes é imprescindível e deve ser permanentemente cultuada em um Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, Oliveira reconhece que decisões ativistas podem ser corretas em casos particulares, mas destaca que comportam riscos:

Por outro lado, mesmo quando a decisão judicial *ativista* pode ser considerada correta para um dado caso particular, ainda assim é importante ter em mente o risco que tal prática comporta: é possível que, no longo prazo, tal prática contribua para disseminar uma imagem de *irrelevância* do processo político eleitoral em benefício de instancias judiciais. Se isso ocorre, então ainda tais decisões contribuam para sanar injustiças no curso prazo, elas podem gerar o efeito indesejado de esvaziar progressivamente a autoridade das instituições políticas sobre as quais os cidadãos podem aspirar efetivos controle e participação, em benefício da autoridade de instituições judiciais sobre as quais, ao contrário, os cidadãos possuem reduzida (se alguma) influência⁶⁷.

⁶⁵ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.16, p. 192-193, jan./jun. 2015

⁶⁶ Idem, 2015. p.196.

⁶⁷ Ibidem, 2015. p.210.

Em outra perspectiva, Barroso apresenta a ideia de ativismo judicial associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Ressaltando que em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios⁶⁸.

E ao fazer o contraponto entre o ativismo exercido de modo legítimo e a autocontenção do Judiciário, ensina:

[...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos⁶⁹.

Com relação à possibilidade de o Judiciário interferir, controlar as políticas públicas indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República, é lapidar o teor da decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ressaltando os parâmetros no sentido da efetivação de direitos sociais:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas, a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria

⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**, Brasília, v. 11, p. 69, 2011. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf.

⁶⁹BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**, Brasília, v. 11, p. 70, 2011. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf.

sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado . e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF. ADPF 45, Relator: Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004).

Os dilemas da atuação judicial, inevitavelmente interferindo em políticas públicas de responsabilidade dos Poderes, exigem a máxima atenção a critérios e balizas técnicas. Afinal, o Judiciário, no respeito à sua missão constitucional de efetivação de direitos sociais, não pode avançar sobre as competências e atribuições dos demais Poderes.

4.4 A judicialização e a separação de poderes

A falta de representatividade do Poder Judiciário para interferir nas escolhas daqueles que representam democraticamente o povo vem sendo contraditada no sentido de que a legitimação do Judiciário é fruto da própria Constituição e do ordenamento jurídico.

Nessa direção, Di Pietro expõe que os adeptos da interferência judicial nas políticas públicas argumentam que, ao interferir em políticas públicas, o Judiciário não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição⁷⁰.

Nas palavras de Lenio Streck, na realidade brasileira, as constantes tensões entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo contribuem para o crescimento do protagonismo do Judiciário, pois esses tensionamentos são direcionados para o Poder Judiciário⁷¹.

⁷⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. A&C . **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013, p.26

⁷¹STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo, o contramajoritarismo e o Í Pomo de ouroÍ**. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>]. Acesso em: 31.07.2018

É de Streck também a crítica ao que o autor classifica de decisionismo que se vale dos princípios para resolver toda e qualquer situação, uma espécie de pan-principiologismo⁷².

Nessa linha, Daniel Sarmiento critica o emprego exagerado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade nas decisões judiciais:

O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias⁷³.

Ao seguir nesta temática, é primordial o balizamento pelo princípio da separação de poderes, de modo que a atuação do Judiciário siga estritamente pautada em sua missão constitucionalmente confiada, propiciando uma participação efetiva na construção das soluções e não haja ingerência abusiva.

Retomando as lições de Di Pietro, é salutar guardar que, na realidade, a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas não pode transformar-se em regra e não pode implicar substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade do juiz. E em seu juízo crítico:

Para atuação judicial, ainda que com o objetivo de obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do poder público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração. É relevante observar que, quando o Judiciário analisa políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes, ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo

⁷²STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. ConJur . Consultor Jurídico, 2012b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 01.08.2018.

⁷³SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. p. 15. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em: 01.08;2018.

existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do poder público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais inseridas no capítulo da ordem social e econômica⁷⁴.

Já o professor Barroso ao falar da interferência judicial nas políticas públicas, cita a autocontenção como oposto do ativismo e assim explica:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas⁷⁵.

Portanto, é válido repisar que o equilíbrio e a cooperação entre os Poderes devem ser permanentemente perseguidos e nessa direção deve caminhar o Judiciário no que se refere ao fornecimento de medicamentos, combinado ao fortalecimento das políticas públicas nessa área.

4.5 A Teoria dos Diálogos Institucionais

O controle judicial das políticas públicas é uma realidade a ser enfrentada em consonância com a valorização da harmonia entre os poderes⁷⁶, buscando pelo que a doutrina abalizada chama de **Diálogos institucionais**. Essa teoria sinaliza para uma atuação equilibrada e dialógica entre os poderes, afinal, na democracia os poderes se controlam mutuamente.

⁷⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. A&C . **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013, p.30

⁷⁵BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

⁷⁶Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. In: BRASIL, 1988.

É incontroverso que o controle judicial da atividade administrativa e legislativa é necessário e contribui para equilíbrio entre as funções do Estado, representando um legítimo mecanismo do sistema de freios e contrapesos, em que cada Poder deve fiscalizar o outro, de modo a impedir o autoritarismo e abusos.

Segundo Marçal Justen Filho, a independência se manifesta pelo fato de que cada Poder, ao desempenhar as atribuições que lhes são próprias, não precisa consultar ou pedir autorização ao demais, podendo se organizar, observadas as disposições e as regras constitucionais; com relação à harmonia diz respeito à busca pelo equilíbrio, em que cada um dos Poderes funciona como importante engrenagem no sistema de freios e contrapesos, a fim de que cada um possa realizar seus objetivos sem arbítrios e desmandos de um em detrimento de outros. Ressaltando que embora eles sejam independentes entre si, essa independência não é absoluta; pois cada função é exercida de forma preponderante por cada um dos poderes, e não de forma exclusiva ou estanque⁷⁷.

Assim, no desempenho de seu papel constitucional, cabe e interessa ao Judiciário auxiliar na construção de mecanismos hábeis e se dotar de ferramentas para que essa judicialização seja cada vez mais racional e com desdobramentos positivos ao aperfeiçoamento das políticas públicas, mas com total respeito à harmonia entre os Poderes.

Por evidente, o Judiciário não deve fazer o controle judicial da formulação das políticas públicas quando a sua determinação envolver critérios de discricionariedade legislativa ou administrativa. Portanto, deve ser comedido no tocante às políticas públicas, corrigindo ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas sem substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes⁷⁸.

As construções dialógicas devem ser sempre ambicionadas para que as partes sejam atendidas, pondo fim ao litígio e propiciando ganhos reais à coletividade com soluções efetivas mesmo nos casos mais controvertidos.

A Teoria dos Diálogos Institucionais traz a noção de que não deve existir supremacia judicial, devendo-se privilegiar uma construção conjunta dos poderes

⁷⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.

⁷⁸Idem, 2013. p. 29.

estatais, um mecanismo que possibilita a interação entre Legislativo e Judiciário. A adoção desse procedimento dialógico possibilitaria, inclusive, a superação do estigma de poder contramajoritário, atribuído ao Judiciário, pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo voto popular, uma vez que as decisões seriam construídas em conjunto, por meio do consenso entre os poderes⁷⁹.

4.6 Decisões estruturantes

A construção de alternativas que viabilizem a mais ampla efetivação de direitos exige mobilização em torno do que vem sendo classificado de decisões ou medidas estruturantes. Esses provimentos estruturantes se dão de modo a conferir às decisões judiciais, além da entrega do bem reclamado ao jurisdicionado, a condição de influenciar a deliberação pública acerca do tema.

As denominadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana⁸⁰, são instrumentos que vão além de decisões simples a respeito de relações entre as partes, pois demandam respostas difusas, com determinações ou medidas que se imponham de maneira gradual.

Portanto, tais provimentos possibilitam decisões judiciais com maior alcance, isto é, para além do(s) demandante(s), de modo a conciliar a proteção dos direitos com a melhor atuação dos demais agentes de outros Poderes. Tudo em um contexto em que se possa atuar sobre o caso concreto, mas em consonância com o contexto social, político e econômico, algo que se alinha à complexidade que envolve o tema saúde e, em especial, a assistência farmacêutica.

Humberto Dalla e Victor Côrtes expõem a seguinte questão:

⁷⁹FONSECA, 2013. p. 50-51.

⁸⁰Um dos casos mais emblemáticos da utilização de um instrumento decisório mais maleável e dialógico de solução de controvérsias, é o julgamento pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education*, quando em razão de uma ação coletiva ajuizada contra o município de Topeka (Kansas), treze pais reclamavam contra a política de segregação racial permitida nas escolas da cidade. A Suprema Corte, em decisão unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, por afronta à 14.^a Emenda à Constituição dos EUA. A decisão indicava o fim à prática até então autorizada da doutrina dos *separados mas iguais*. Pouco tempo depois, diante de queixas de várias escolas quanto às dificuldades em implantar a nova política de não discriminação, a Suprema Corte norte-americana viu-se forçada a reexaminar a questão, e com a decisão *Brown v. Board of Education II* considerando as dificuldades em satisfazer de imediato o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais; determinou que implementação da ordem de não segregação de crianças negras em escolas deveria fazer-se pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais.

O Poder Judiciário é alvo, diariamente, de demandas cada vez mais complexas, e os cidadãos brasileiros clamam por decisões mais eficazes.

O que se busca com as medidas estruturantes nada mais é que o melhor atendimento das necessidades da sociedade. Como já se observa o poder de uma decisão judicial é imensurável. Não seria melhor que o judiciário brasileiro pudesse contribuir de forma efetiva para a modificação da sociedade, tornando o Brasil melhor a cada sentença? Não, isto não é utopia. Através do estudo das decisões estruturais torna-se claro que esta é uma realidade, basta implementá-la.⁸¹

Portanto, o que se depreende é que as medidas estruturantes ambicionam a solução da questão de modo a propiciar uma repercussão mais ampla, extrapolando o caso concreto. Para Sérgio Cruz Arenhart, são medidas com uma perspectiva futura, objetivando a solução da controvérsia de modo amplo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio do caso concreto⁸².

Por ampliado, o alcance desse tipo de decisão exige extenso conhecimento do problema, troca de informações e de expertise entre todos os envolvidos de modo a que alterações substanciais nas práticas institucionais se irradiem a partir da decisão, mas dimensionando as consequências sociais e os seus impactos econômicos.

Dessa forma, mostra-se imprescindível - e determinante para conferir maior legitimidade - que a decisão tenha consistente fundamentação, justificativas e a mais minuciosa explicitação de razões.

Assim, o fornecimento de medicamentos e, de modo mais amplo, a própria assistência farmacêutica, uma vez judicializadas, ganhariam sobremaneira com provimentos estruturantes, capazes de efetivar o direito constitucionalmente posto, mas incentivando a criação, a reestruturação ou o aperfeiçoamento das políticas públicas e, portanto, evitando o casuísmo.

Nas lições do professor Sérgio Cruz Arenhart:

⁸¹PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual É REDP**, Rio de Janeiro, volume XIII. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>>. Acesso em 22. ago. 2018

⁸²ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 225/201, nov. 2013. p.389

Não se trata aqui, simplesmente, de verificar se alguém tem um direito que merece ser atendido em detrimento de outra pessoa, que não tem direito algum. Trata-se, ao contrário, de compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, de modo a otimizar a sua convivência e a conferir a melhor proteção possível para a sociedade como um todo e para os valores públicos por ela abraçados. Por isso se exige do juiz outra postura no trato dessas questões. Impõe-se um juiz que tenha a criatividade necessária e o arrojo suficiente para sair do esquema vencedor-perdedor. É preciso um juiz que, consciente de seu papel e prudente no exercício da jurisdição, tenha condições de oferecer à sociedade uma solução factível e razoável, no sentido de refletir da melhor maneira possível os valores públicos que devem ser o fim último da jurisdição⁸³.

A concretização do direito pleiteado nas decisões ou provimentos estruturantes depende da troca de informações entre os agentes públicos envolvidos, em claro destaque dos diálogos institucionais. Afinal, a melhor judicialização é aquela que verdadeiramente possa auxiliar para uma saúde pública melhor, isto é, uma participação efetiva e não abusiva do Judiciário de modo a garantir direitos em compasso com a isonomia e a universalidade das ações.

Assim, as decisões estruturais têm espaço nas políticas públicas relacionadas à Assistência Farmacêutica, afinal, nesta área as respostas nem sempre são imediatas, sendo necessárias múltiplas imposições ou indicada a concretização gradual das imposições.

4.7 A soberania popular

Nesse ponto do trabalho, é fundamental lançar luz sobre a participação popular em todos os temas inerentes à efetivação dos direitos fundamentais e não é diferente no tocante ao direito fundamental à saúde e nas questões acerca da assistência farmacêutica.

Nesse sentido, é inescapável o chamamento à reflexão acerca do papel da judicialização na concretização de direitos sociais, mas sem que a atuação do Poder Judiciário leve ao enfraquecimento da efetiva participação popular nas escolhas administrativas, na elaboração e fiscalização das políticas públicas de saúde. Nessa direção, mostra-se válida a reflexão estimulada pela professora Jane Reis:

De que forma o Judiciário pode impulsionar e sedimentar a revolução dos direitos fundamentais iniciada com a Constituição de 1988? De

⁸³Idem, 2013. p. 389.

um lado, os atores jurídicos nutrem a esperança de que as frágeis armas do Direito . textos normativos, argumentos jurídicos, persuasão . possam ser utilizadas como ferramentas de emancipação e de transformação social. Espera-se que essas armas sejam eficientes contra a opressão e o obscurantismo, e que possam ser invocadas e corrigir rumos nos cenários em que as engrenagens da democracia falham. De outro lado, é justa a apreensão de que a ribalta do Direito ilumine excessivamente o papel dos juízes, que os torne protagonistas aristocráticos da democracia, enfraquecendo os movimentos sociais, desencorajando a participação política e removendo a centralidade das instâncias tradicionais de representação popular . Esse é o grande dilema com o qual a dogmática dos direitos fundamentais precisa conviver⁸⁴.

Portanto, não pode a judicialização, sob a premissa de que o Judiciário é apto a retificar as falhas da democracia, ampliar o poder dos juízes, tendo como efeito o abrandamento das lutas sociais. Há que se evitar que os atores sociais, que devem operar a construção dessas decisões, sejam reduzidos à figura do sujeito de direito, que se limita a exigir o cumprimento de uma decisão emanada do Estado⁸⁵.

Uma série de fatores torna imperioso calibrar o otimismo quanto à judicialização de direitos fundamentais. É preciso ter em conta que o próprio constitucionalismo promove o entrincheiramento de determinadas visões políticas que, a despeito de se apresentarem como universais, são particulares. O Direito promove a tradução dos discursos sociais e de uma série de visões heterogêneas da sociedade para uma linguagem elitizada e homogênea, que, apenas por isso, revela-se muitas vezes excludente. Nesse sentido, deve-se levar a sério o risco apontado pelos críticos à juridicização das liberdades, no sentido de que a redução dos cidadãos à figura do sujeito de direito pode inibir seus impulsos construtivos como agentes democráticos⁸⁶.

Ainda nessa linha, Jane Reis faz considerações acerca do deslocamento dos conflitos sociais para o Judiciário:

Uma proposta bem elaborada no sentido de conciliar judicialização e autodeterminação popular é o modelo de constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel. Segundo esses autores, muitas decisões dadas pelo direito constitucional constituem respostas à mobilização popular. Esse fenômeno não equivale a negar a distinção entre direito e política, mas reconhecer que a

⁸⁴PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O JUDICIÁRIO COMO IMPULSIONADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE FRAQUEZAS E POSSIBILIDADES. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016. p. 128

⁸⁵Idem, 2016. p.128

⁸⁶Ibidem, 2016. p.140

tensão entre estado de direito e autogoverno é negociada e desejável. Dessa forma, certo grau de conflito e discordância é uma consequência natural de reivindicar direitos pela via judicial, de modo que a interpretação constitucional pelas cortes pode funcionar como um incentivo à participação política e ao engajamento do povo⁸⁷.

É certo que muitas decisões judiciais refletem lutas sociais, mas não devem simplesmente ser substituídas por elas. No que diz respeito à assistência farmacêutica, assim como qualquer política de saúde, a participação da comunidade é mais do que desejada e deve ser estimulada.

Nesse diapasão, a Lei 8.142/90⁸⁸ prevê a participação da comunidade, abrindo espaços institucionalizados para a participação popular nos processos de decisão. Nesse campo, a representatividade da sociedade civil pode se dar nas Conferências de Saúde e nos Conselhos de Saúde nos diferentes níveis da federação, com voz no planejamento e controle das políticas de saúde.

⁸⁷Ibidem 2016. p.130

⁸⁸Lei n.º 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. **Diário Oficial da União**, 1990.

5- ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO

5.1 A atuação do Conselho Nacional de Justiça

As questões ligadas à judicialização na saúde vêm merecendo especial atenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2009, quando foi realizada a primeira audiência pública no órgão para debater o tema, a já mencionada no presente trabalho, Audiência Pública nº 04.

A partir das discussões e dos resultados da Audiência Pública nº 4, o CNJ formou grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009). Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação Recomendações n. 31 e n. 36 (de 2010 e 2011, respectivamente), que abordam a adoção de medidas com o fito de auxiliar os magistrados em suas decisões acerca da assistência farmacêutica, por meio da celebração de convênios.

Em 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde . Fórum da Saúde⁸⁹, com atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Em 2014, passou a realizar as Jornadas de Direito da Saúde, em que são aprovados enunciados com informações técnicas para auxiliar os magistrados na tomada de decisões em ações judiciais sobre direito à saúde.

Por palpitante, o tema mobiliza o Judiciário nacional na busca por novos e promissores caminhos e, citando o professor português Boaventura Souza Santos, o ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski classificou como explosão de litigiosidade a grande procura dos brasileiros pelo Judiciário para o atendimento de seus direitos assegurados pelo Estado, levando a uma situação de esgotamento do modelo de prestação jurisdicional. Lewandowski destacou ainda a

⁸⁹O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107.

necessidade de um novo formato a ser construído, prezando pela celeridade e a valorização das formas não litigiosas de solução de controvérsias, como a mediação e a arbitragem⁹⁰.

5.2 Novos métodos de enfrentamento

Este quadro de Judicialização excessiva no tocante à saúde, e mais especificamente no que diz respeito à Assistência Farmacêutica, de fato, exige novos métodos de enfrentamento de modo a propiciar a garantia de direitos pelo jurisdicionado, a harmonia entre os Poderes e o bom funcionamento do Judiciário.

Nessa toada, há que se destacar as iniciativas intencionando a mitigação da judicialização. A criação de Núcleos de Assessoramento Técnico pelos Tribunais, para auxiliar os magistrados, representa em relação à assistência farmacêutica um interessante instrumento de racionalização da temática. Há diversas experiências exitosas de auxílio técnico a magistrados em Tribunais de Justiça no território nacional, numa louvável compreensão multidisciplinar a respeito da saúde e do direito.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no ano de 2009, o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), a priori implantado em apenas duas varas de Fazenda Pública, ampliou o seu alcance às demais, e aos Juizados Especiais de Fazenda Pública, que atualmente processam e julgam todos os processos relacionados à saúde, independentemente do valor da causa, às Câmaras Cíveis e ao Plantão Judiciário Noturno.

O NAT oferece apoio técnico aos magistrados e seus pareceres técnico-científicos descrevem, com base no laudo médico com diagnóstico trazido pelo autor da ação, os contornos da doença, seus sintomas, a adequação do tratamento prescrito e a regulação pública do medicamento, ou seja, se é registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), entre outras medidas - e qual o ente público responsável pelo seu fornecimento.

Outra iniciativa de bastante relevo no TJRJ visando à redução do número de ações ajuizadas foi a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde

⁹⁰Disponível

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280214&caixaBusca=N>>. Acesso em 14 de agosto de 2018

(CRLS)⁹¹, fruto de uma cooperação entre as Procuradorias Gerais do Estado e do Município do Rio de Janeiro, além das secretarias estadual e municipal de Saúde, as Defensorias Públicas estadual e da União, e o Tribunal de Justiça do Estado. A ideia é simples, mas alvissareira: por meio de soluções administrativas para o atendimento de cidadãos que precisam de medicamentos e demandam por serviços de saúde, mitigando a judicialização.

Igualmente interessante e digna de destaque é a prática do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que, em 2014, firmou convênio com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess), a Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais . HC Coop UFMG . e o Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde (Nats), para prestação de assessoramento técnico.

O convênio visa a elaboração de documentos técnicos da área de saúde para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quando da apreciação de questões clínicas apresentadas em ações judiciais envolvendo a assistência à saúde. As respostas às consultas já realizadas pelos magistrados ao Nat são disponibilizadas de modo a possibilitar a disseminação do conhecimento especializado, assim, contribuindo para a melhor atuação do Judiciário. Afinal, é inegável, e compreensível, que a falta do domínio técnico dos juízes seja uma das maiores dificuldades ao julgar ações que envolvem medicamentos, protocolos clínicos e outros casos com afetos à área de saúde.

5.3 A reverência do Judiciário à técnica

A importância de balizas técnicas e a definição de critérios são de grande relevo e devem ser estimulados na melhor atuação do Judiciário no fornecimento de medicamentos e colaboração para aperfeiçoamento da Assistência Farmacêutica.

Nessa direção, há recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se apresenta como mais um alvissareiro sinal para algum balizamento técnico pelo Judiciário no tocante à judicialização envolvendo medicamentos.

⁹¹De acordo com dados do site do TJRJ (www.tjrj.jus.br), com essa iniciativa, entre setembro de 2014 e setembro de 2015, foram realizados 12.101 atendimentos, evitando 4.477 ações judiciais.

A partir do julgamento do Recurso Especial 1657156, a Primeira Seção daquela Corte produziu o informativo 625 estabelecendo critérios, pontos a serem observados quando do enfrentamento de ações envolvendo o fornecimento de medicamentos que não estejam nos atos normativos do SUS.

Informativo n. 0625 Publicação: 1º de junho de 2018.

Direito à saúde. Medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Fornecedor pelo Poder Público. Obrigatoriedade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos. Tema 106.

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; e (III) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Inicialmente cumpre ressaltar que a questão de fornecimento de medicamentos já possui ampla jurisprudência nesta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que o inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1991, incluído pela Lei n. 12.401/2011, permite que seja deferido o fornecimento de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS. Dos julgados existentes é possível extrair alguns requisitos necessários para que o pleito seja deferido. O primeiro requisito consiste na demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, por meio de laudo médico circunstanciado e fundamentado, devidamente 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. Quanto à questão, consta das Jornadas de Direito da Saúde, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, algumas diretrizes sobre a comprovação da imprescindibilidade do medicamento, sendo que no enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde asseverou-se que o laudo médico deve conter, pelo menos, as seguintes informações: "o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI); o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância; posologia; modo de administração; e período de tempo do tratamento; e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica". O segundo requisito consiste na devida comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar. Não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito. Por fim, o terceiro requisito a ser considerado é que o

medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Esta exigência decorre de imposição legal, tendo em vista o artigo 19-T, inciso II, da Lei n. 8.080/1991, o qual dispõe que são vedados, em todas as esferas de gestão do SUS a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Como se vê, o STJ definiu a tese de que "constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) 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; b) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)."

O julgado que gerou o informativo supracitado foi assim ementado:

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.

REsp 1657156 / RJRECURSO ESPECIAL 2017/0025629-7 Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) S1 - PRIMEIRA SEÇÃO 25/04/2018 DJe 04/05/2018

No mesmo sentido de buscar por parâmetros para a decisões, cumpre mencionar os substanciosos votos dos ministros Luis Roberto Barroso e Edson Fachin o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O julgamento foi interrompido por pedido de vista do saudoso ministro Teori Zavascki (consulta em 22 de agosto de 2018, indica que o processo RE 566.471 foi devolvido pelo Ministro Alexandre de Moraes em 01 de agosto de 2018 e foi concluso ao relator em 17 de agosto de 2018).

Até a interrupção do julgamento, os Ministros Marco Aurélio, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin procuraram estabelecer alguns parâmetros para as decisões judiciais. No RE 566.471, Marco Aurélio defendeu que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo que não esteja na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional por parte da Administração Pública está condicionado à comprovação da imprescindibilidade, impossibilidade de substituição do medicamento por outro já constante na lista do SUS, e também da incapacidade financeira do paciente ou membros de sua família.

Por sua vez, o ministro Barroso estabelece parâmetros no sentido de condensar ações judiciais relacionadas a direitos sociais não prestados pelo Estado, considerando que se o medicamento não foi incorporado pelo SUS, não cabe ao Estado o fornecimento.

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS⁹²

O Ministro Fachin considerou que essas ações deveriam ser de natureza coletiva e que prestação individual deveria ser medida excepcional e, assim, propôs os seguintes parâmetros:

1. Prêvio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; 2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou a justificada impossibilidade; 3. Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI . Internacional; 4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; 5. E ainda laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia⁹³.

No RE 657.718, relator Ministro Marco Aurélio destacou a imprescindibilidade do registro do medicamento ou cadastro como condição para concessão, considerando que, na ausência de registro na ANVISA, a inadequação é presumida.

No mesmo sentido, Barroso explicitou em seu voto que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa

⁹²Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-medicamentos-alto-custo.pdf>>. Acesso em 23.ago. 2018.

⁹³Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2018

por decisão judicial. No tocante aos medicamentos experimentais, alega que não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los.

Por tudo quanto foi exposto, o julgado supramencionado do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal abrem interessantes flancos de discussão acerca da maneira parcimoniosa, porém assertiva, como deve atuar o Judiciário no pantanoso terreno da judicialização da assistência farmacêutica.

A informação é uma das melhores ferramentas para a solução, extrajudicial e judicial, dos diversos conflitos de interesse sobre a assistência à saúde. Ademais, o estabelecimento de balizas, parâmetros técnicos e a interlocução com os agentes públicos envolvidos são dos caminhos mais alvissareiros para que se chegue a bom termo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde pública é das áreas de maior litigiosidade atualmente e, decerto, a dispensação / fornecimento de medicamentos representa parcela substancial das demandas da área, sendo imperiosa a construção de mecanismos eficientes com o fito de mitigar a judicialização dos conflitos e entregar ao jurisdicionado justa e adequada solução ao recorrer ao Judiciário.

Com os avanços científicos e a oferta de novas tecnologias, a expectativa de vida dos brasileiros aumentou e os custos relacionados a medicamentos seguem vertiginoso crescimento. Dessa maneira, é imperioso o aumento de investimentos, maior qualificação dos gestores públicos em saúde e cooperação entre as diversas áreas e o Judiciário, compartilhando informações e experiências de modo a satisfazer aos anseios da sociedade sem inviabilizar a Administração Pública.

Todavia, a falta de atuação ou a mora dos outros poderes podem levar ao chamamento do Judiciário, que deve agir com autocontenção, mas de modo fiel ao campo de atribuições a ele confiado pela Carta Magna no tocante à efetivação dos direitos fundamentais.

Neste trabalho mostrou-se a importância da consecução de políticas e programas que levem ao efetivo atendimento das demandas da sociedade e, aqui, com foco naquelas ligadas ao efetivo cumprimento do direito fundamental à saúde com foco na Assistência Farmacêutica integral.

Nesse sentido, ganhou relevo o estímulo às iniciativas tendentes a aprimorar os mecanismos para a solução administrativa dos conflitos de saúde, o incentivo a debates, encontros técnicos e o diálogo entre profissionais do Direito e os diversos setores da saúde pública com vistas a garantir a assistência farmacêutica com interferência judicial mínima e racional.

Assim, ao traçar este painel do fenômeno da judicialização envolvendo a assistência farmacêutica, renova-se a importância das ações administrativas que buscam alinhamento com os resultados constitucionalmente pactuados.

Nessa linha, uma excepcional intervenção judicial na matéria deve ser, em princípio, reverente às políticas públicas.

Por fim, para além de reforçar a necessidade de permanente aproximação entre os Poderes do Estado visando à melhor assistência farmacêutica, este trabalho ressalta a importância da efetiva participação da sociedade com vistas a uma democracia verdadeiramente participativa no tocante às políticas de saúde pública no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARATA, R.; CHIEFFI, A.L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade, **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 25(8):1839-1849, ago. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 52, p.36-65, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018, 15:25:30.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Í Vinte anos da constituição brasileira: o Estado a que chegamos!**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018, 17:50:45.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018, 09:30:25.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde: Dispõe sobre as Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, a Organização e o Funcionamento dos Serviços Correspondentes e dá Outras Providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, v. 128, n. 182, 1990.

BRASIL. Lei nº 8.142. 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. **Diário Oficial da União**, 1990.

Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916 de 10 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União**, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j.17/03/2010, DJe 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.html>> Acesso em: 13 ago.2018, 15:45:18.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais** / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. p. 186. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018, 10:40:35.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 13 ago.2018, 15:50:15.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7254/breves-consideracoes-sobre-o-conceito-de-politicas-publicas-e-seu-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 23 out. 2018, 15:30:20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 52, p. 13-33, 2013.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, n. 15, p. 36-57, jul./dez. 2013.

GROSS, Alexandre Felix. Controle judicial de políticas públicas: uma abordagem a partir do consequencialismo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 41, jan./jun. 2016.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **RDA É Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.16, jan./jun. 2015.

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

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE . OPAS. Organização Mundial de Saúde. Ministério da Saúde. **Avaliação da Assistência Farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados**. Brasília/DF, 2005. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra>>. Acesso em 21 ago. 2018, 10:10:30.

PASCHOALINI, Ivanice Milagres Presot. **O Dilema Entre O Mínimo Existencial E A Reserva Do Possível. A atuação do Poder Judiciário em relação ao direito fundamental à saúde**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=80c94c09453dfe07>>. Acesso em 12 set. 2018, 18:25:10.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Questio Juris**, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 3, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poesis**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual É REDP**, Rio de Janeiro, volume XIII. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>>. Acesso em: 22. ago. 2018, 18:52:50.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROMA, Zillá Oliva. DA FARMACIALIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES; **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 270, p. 279 - 310, ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018, 14:25:10.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. **Direito fundamental à saúde: Tutela de urgência**. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018, 14:20:20.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 01 ago. 2018, 18:25:30.

STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo, o contramajoritarismo e o Í Pomo de ouro**. ConJur . Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 31 jul.2018, 18:50:15.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 313-339, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. **Themis: Revista de direito**, Lisboa, v. 11, n. 20, p. 185-210, 2011.