

**FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ  
DIRETORIA REGIONAL DE BRASÍLIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA  
ESPECIALIZAÇÃO EM VIGILÂNCIA SANITÁRIA**

**LÚCIO AURÉLIO NOLÊTO JUBÉ  
MUSA MORENA SILVA DIAS**

**O ACESSO A MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL: ALGUMAS ABORDAGENS  
A PARTIR DA ANÁLISE DE DECISÕES DO STJ**

**BRASÍLIA  
2009**

**LÚCIO AURÉLIO NOLÊTO JUBÉ  
MUSA MORENA SILVA DIAS**

**O ACESSO A MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL: ALGUMAS ABORDAGENS  
A PARTIR DA ANÁLISE DE DECISÕES DO STJ**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva da Diretoria Regional de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Vigilância Sanitária.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Silvia Badim Marques

**BRASÍLIA  
2009**

**LÚCIO AURÉLIO NOLÊTO JUBÉ  
MUSA MORENA SILVA DIAS**

**O ACESSO A MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL: ALGUMAS ABORDAGENS  
A PARTIR DA ANÁLISE DE DECISÕES DO STJ**

Esta monografia foi julgada e aprovada para obtenção  
do grau de **Especialista em Vigilância Sanitária no  
Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva** da  
Diretoria Regional de Brasília

Brasília, 16 de setembro de 2009.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Silvia Badim Marques, Mestre  
Fiocruz  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Sandra Mara Campos Alves, Mestre  
Fiocruz  
Parecerista

---

Prof. Carlos Alberto de Matos, Doutor  
Fiocruz  
Parecerista

## Resumo

JUBÉ, Lúcio A. Nolêto; DIAS, Musa M. S; **O Acesso a medicamentos pela via judicial: algumas abordagens a partir da análise de decisões do STJ**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Diretoria Regional de Brasília, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2009.

O artigo 5º, inc. XXXV da Carta Magna assegura o direito dos cidadãos se valerem do Poder Judiciário no caso de violação ou ameaça de lesão aos seus direitos. É, nesse sentido que assegura o acesso ao Judiciário para a garantia do direito à saúde. Assim, na omissão ou mesmo ineficácia do Estado em prestar assistência médico-farmacêutica, o Judiciário, mediante provocação, pode determinar que o Estado cumpra os ditames legais, e garanta ao indivíduo o medicamento ou o insumo pleiteado. O Superior Tribunal de Justiça vem assegurando o direito à vida e à saúde, os direitos sociais e individuais, o bem-estar e a justiça como valores constitucionalmente consagrados.

**Palavras - chave:** Saúde, assistência farmacêutica, judicialização, decisões judiciais.

## Abstract

JUBÉ, Lúcio A. Nolêto; DIAS, Musa M. S; The access to medicines through the courts: some approaches based on the analysis of decisions of the STJ. Completion of Course Work (Specialization) - Regional Directors of Brasília, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2009.

The article 5º, incorporation XXXV of the Great Letter assures the right of the citizens to use the Judiciary Power in the case of breaking or threat of injury to its rights. It is, in this direction that assures the access to the Judiciary one for the guarantee of the right to the health. Thus, in the omission or same inefficacy of the State in giving to assistance doctor-druggist, the Judiciary one, after provocation, determines to the State that fulfills the ditames legal, and guarantees to the individual the medicine or insumo pled. The Superior Court of Justice guarantees the right to the life and the health, assuring the social and individual rights, well-being and justice as values constitutionally consecrated.

**Key-words:** Health, Pharmaceutical Assistance , judicialization , judicial decisions, criticisemes.

## Lista de Tabelas

- Tabela 1.** Corresponde aos tipos de recursos, seus objetos e julgamento dos acórdãos.....70
- Tabela 2.** Corresponde à origem dos processos e julgamentos favoráveis ou desfavoráveis.....72

## Sumário

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>1.1</b>	<b>Objetivo geral.....</b>	<b>03</b>
<b>1.2</b>	<b>Objetivos específicos.....</b>	<b>03</b>
<b>2.</b>	<b>METODOLOGIA.....</b>	<b>04</b>
<b>3.</b>	<b>NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS/DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>06</b>
<b>3.1</b>	<b>Aspectos históricos.....</b>	<b>09</b>
<b>3.2</b>	<b>Algumas premissas doutrinárias.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2.1</b>	A Teoria da Efetividade.....	17
<b>3.2.2</b>	A Teoria dos Princípios.....	20
<b>3.3</b>	<b>Constitucionalismo, Democracia e Papel do Judiciário.....</b>	<b>22</b>
<b>4.</b>	<b>O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL, CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....</b>	<b>25</b>
<b>4.1</b>	<b>Breve Histórico/Direito à Saúde.....</b>	<b>25</b>
<b>4.1.1</b>	Evolução do Direito Sanitário.....	25
<b>4.2</b>	<b>A Constituição e o Sistema Normativo.....</b>	<b>26</b>
<b>4.2.1</b>	A Saúde na Constituição de 1988.....	26
<b>4.2.2</b>	Financiamento das Ações e Serviços.....	28
<b>5.</b>	<b>PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS..... LIMITES LEGÍTIMOS E CRÍTICAS.....</b>	<b>32</b>
<b>5.1</b>	<b>Judicialização e seus significados.....</b>	<b>32</b>
<b>5.2</b>	<b>Judicialização do Acesso à Saúde.....</b>	<b>35</b>
<b>5.3</b>	<b>Política de Distribuição de Medicamentos.....</b>	<b>37</b>
<b>5.4</b>	<b>A Atuação Judicial.....</b>	<b>53</b>
<b>5.4.1</b>	Legitimação Social do Judiciário.....	53
<b>5.4.2</b>	A Atuação do Poder Judiciário e o conhecimento técnico.....	61
<b>5.4.3</b>	Teoria de Robert Alexy .....	62
<b>5.4.4</b>	Críticas à Judicialização Excessiva.....	64
<b>6.</b>	<b>ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>69</b>
<b>7.</b>	<b>RESULTADOS E DISCUSSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>8.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>77</b>
<b>9.</b>	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>78</b>
<b>10.</b>	<b>ANEXO.....</b>	<b>90</b>

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao qualificar a saúde como direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe conseqüências jurídicas, com inúmeros resultados práticos decorrentes de sua força normativa, especialmente consoante a sua efetividade, ora considerada como o desempenho concreto de sua função social.

A Constituição Federal desse modo expressou um compromisso do Estado em garantir a todos o direito à saúde. E nesse direito estão compreendidas também as assistências terapêuticas e farmacêuticas, expressamente estabelecidas na Lei Orgânica da Saúde, em seus artigos 6º e 7º.

Gandini, Barione e Souza (2008) entendem que, por demandar alto custo, por não haver investimentos a contento, e por existir uma pluralidade de normas, que vez por outra gera conflitos e controvérsias, e também pela sua própria extensão e complexidade, o funcionamento da estrutura do sistema público de saúde vem se apresentando ineficiente. Interessam-nos no presente trabalho as falhas na prestação da assistência farmacêutica, o que vem evidenciando ofensa ao direito fundamental à saúde

Conforme se pode constatar, o artigo 5º, inc. XXXV da Carta Magna assegura o direito dos cidadãos se valerem do Poder Judiciário no caso de violação ou ameaça de lesão aos seus direitos. E, neste sentido, assegura o acesso ao Judiciário para a garantia do direito à saúde. Diante disso, a população tem buscado o Poder Judiciário, para a garantia de diversas prestações estatais relacionadas à saúde, como, por exemplo, o acesso a medicamentos. E este poder, ao julgar os



casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pode coagir a Administração pública a cumprir esse dever que lhe foi imposto pela Constituição.

Assim, na omissão ou mesmo ineficácia do Estado em prestar assistência médico-farmacêutica, o Judiciário, mediante provocação, pode determinar que o Estado cumpra os ditames legais, e garanta ao indivíduo o medicamento ou o insumo pleiteado. Segundo Gandini, Souza e Barione (2008) esse atuar do Poder Judiciário vem sendo denominado “judicialização da saúde”, “Judicialização da Assistência farmacêutica” ou “Fenômeno da Judicialização dos Medicamentos”. E ainda segundo os mesmos autores “esse atuar judiciário” acaba por acarretar comprometimento do erário público, podendo inviabilizar a funcionalidade estatal como um todo e não apenas a estrutura do SUS.

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é analisar os principais aspectos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria de fornecimento de medicamentos, principalmente no que tange à sua relação com a política nacional de medicamentos instituída pelo Governo Federal.

### **1.1 OBJETIVO GERAL:**

Analisar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça em demandas relativas ao exercício do direito à saúde, especificamente do direito à assistência farmacêutica, e seus reflexos na Política Nacional de Medicamentos.

### **1.2 OS OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- a) Fazer revisão bibliográfica sobre a garantia do direito à saúde, enquanto um direito constitucional fundamental de todos os cidadãos brasileiros;
- b) Levantar e analisar acórdãos do STJ em matéria de direito à assistência farmacêutica;
- c) Relacionar os dados encontrados à discussão sobre judicialização da política de medicamentos.

## 2. METODOLOGIA

O presente estudo é de natureza descritiva e analítica.

Sua concretização foi baseada na realização de uma extensa revisão bibliográfica proveniente tanto de literatura científica quanto de literatura cinzenta<sup>1</sup>.

Ao considerar o objeto de estudo em referência, “o acesso a medicamentos pela via judicial: algumas abordagens a partir da análise de decisões do stj”, foi feita a opção de realizar uma análise amparada por consulta bibliográfica que se serviu, basicamente, de dados impressos e em meio eletrônico, obtidos de fontes de informação secundárias, notadamente livros, revistas de saúde e artigos científicos disponíveis na internet.

Como fontes de dados específicos, buscaram-se decisões judiciais recentes, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao fornecimento de medicamentos, permitindo assim verificar que os Senhores Ministros têm votado no sentido de resguardar os direitos constitucionalmente indisponíveis.

Por ter se tratado de uma pesquisa documental que faz um recorte na esfera do STJ, foi possível verificar os entendimentos, recentemente, pacificados naquele Tribunal.

Buscaram-se, no sítio eletrônico do STJ, acórdãos julgados por esta Corte, no ano de 2008, que tinham por objeto o fornecimento de medicamentos. A pesquisa foi realizada no período compreendido entre os meses de abril e junho de 2008.

<sup>1</sup> Literatura Cinzenta é composta por materiais produzidos em todos os níveis de governo, institutos, academias, empresas e indústrias, em formato impresso ou eletrônico, não disponibilizados por meios convencionais de distribuição comercial. Incluem relatórios, teses, atas de conferências, especificações técnicas e normas, traduções não comerciais e documentos oficiais não publicados comercialmente (Alberani et al, 1990)

Foi escolhido o período entre 08/04/2008 a 03/06/2008, sendo pesquisados os processos judiciais que tinham por objeto o fornecimento de medicamentos. Buscou-se identificar sentenças proferidas em processos que tinham por objeto o fornecimento de medicamentos e insumos pelo Estado.

Foram analisados 20 (vinte) acórdãos, os quais foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, objetivando verificar os principais aspectos das decisões desta Corte, principalmente em relação à política de medicamentos estabelecida pelo Governo Brasileiro.

Foram as ementas e decisões dos acórdãos transcritos dos respectivos processos, sendo os textos constantes de tais acórdãos, objeto de análise, para que se pudesse, posteriormente, extrair os principais argumentos dos julgados do STJ com relação ao fornecimento de medicamentos.

### 3. NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITOS SOCIAIS

Desde a Revolução Francesa de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Mesmo com as mudanças das relações entre o indivíduo e o Estado, com o advento dos estados de bem estar social e com o surgimento de novos direitos, como os direitos sociais, cujos titulares passam a ser toda a coletividade, o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana não sofreram abalos, permanecendo como uma das metas do Estado Democrático de Direito, garanti-los.

Entende-se por Estado de Direito, aquele que nenhum indivíduo, seja ele presidente ou cidadão comum, está acima da lei, onde os governos democráticos exercem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos impostos pela lei (USINFO.STATE.GOV, 2004) Nas palavras de Canotilho (1999, p. 09), o “Estado de Direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e seguranças públicas”.

Já o Estado Democrático de Direito é entendido pelas autoras Vieira e Inácio (2007) como o Estado que propicia o exercício da democracia e da participação dos cidadãos de maneira plena e clara, onde a população possui também o poder político, participando de forma livre. Para Canotilho (1999) ainda é como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. É o Estado não absoluto, acima do cidadão, mas em situação horizontal, procurando superar as desigualdades sociais e realizar a justiça.

Com o passar dos tempos, o Estado Democrático de Direito se consolidou, sob o enfoque da legalidade, segurança jurídica, princípios esses que o norteiam e que lhe dão sustentação. Conforme os autores, Streck e Morais (2000), o princípio da legalidade, presente no rol dos princípios de Estado Democrático de Direito atua não só como um meio de ordenação racional, com regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência, mas como a busca efetiva de concretização da igualdade social.

Já em relação ao Princípio da Seguridade Jurídica, tomemos a lição de Mello (2004, p.112):

[...] este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

Amaral (2004, p. 85) conceituou segurança jurídica como “o sentimento do estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir um complexo de garantias entendido como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranqüilidade e concórdia”.

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. Reale apud Chacon (1996) discorrendo acerca da obrigatoriedade ou a vigência do Direito, afirma que a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

Com efeito, segundo Delgado (2005, p. 04) “pode-se afirmar que a segurança jurídica é composta pela obrigatoriedade do direito, com vinculação ao valor de justiça de cada sociedade”. Delgado entende que, em um conceito genérico é a garantia assegurada pela Constituição Federal ao jurisdicionado para que uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento judicial.

A grande mudança de rumos dos direitos humanos foi ditada pelas Declarações do século XVIII, coroando as revoluções liberais burguesas.

Conforme registra D’Angelis (2001), é sabido que o impulso inicial se deu na Inglaterra e que na França se situava a maior propagação dessas idéias. Contudo, foi na América do Norte, em 1776, que, ainda colônia, Virgínia, publicou sua manifestação formal de direitos, (“... do Bom Povo de Virgínia”), surgindo daí a primeira Declaração de Direitos. Isso tudo foi após a recomendação de se formar um

governo independente surgida no Congresso Continental, em 1774, do qual participaram as colônias inglesas da América em luta libertária.

O mesmo autor registra que, ainda em 04 de julho de 1776, ocorreu o 3º Congresso da Filadélfia que aprovou a “Declaração de Independência dos Estados Unidos”. Após, vieram a Constituição Federal de 1787 e, a “Bill of Rights” (Declaração de Direitos), aprovada em 1789 e ratificada em 1791, contendo dez emendas à Carta Básica norte-americana. Esses acontecimentos inspiraram, serviram de estímulo às revoluções libertárias da América hispano-portuguesa, inclusive, à França (D’ANGELIS, 2001).

E D’Angelis (2001) continua dizendo que, entretanto, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, aprovada pela Assembléia Nacional francesa, em 26 de agosto de 1789, foi que, com seu caráter universal, soube enunciar direitos individuais como aplicáveis a todas as sociedades políticas e assim instituir um Estado de Direito.

Então, com as revoluções liberais burguesas, nos séculos XVII e XVIII, os direitos e garantias individuais foram sendo construídos. Já os direitos sociais foram se impondo ao longo do século XIX, sendo reconhecidos nas constituições e leis do século XX.

Segundo Bittencourt e Santos (2006), direitos sociais são direitos relacionados à igualdade, que garantem aos indivíduos condições materiais necessárias para a sua sobrevivência digna, consistindo em pressupostos essenciais para o exercício da cidadania.

Dessa forma, todos os direitos e garantias individuais e coletivas assegurados aos cidadãos encontram-se amplamente tutelados pela ordem constitucional, que consagra o Estado Democrático e Social de Direito no Brasil.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe os Direitos e Garantias Fundamentais, servindo de esteio ao Estado Democrático de Direito, em seu preâmbulo:

para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 2000).

Além dos direitos explicitamente nela reconhecidos e enumerados, a Carta Magna em seu art. 5º não exaure esses direitos fundamentais, já que existem direitos implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou mesmo aqueles reconhecidos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil neles se insere.

### 3.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

Em um primeiro momento, faz-se necessário distinguir as expressões Direito Natural - jusnaturalismo - Direito Humano/Direito Fundamental:

A divergência maior na conceituação do Direito Natural está centralizada na origem e fundamentação dessa categoria de Direitos.

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (BARROSO, 2002).

Os adeptos do Direito Natural são conhecidos como **jusnaturalistas** e, durante muito tempo, o pensamento jusnaturalista esteve mergulhado na religião e concebido como de origem divina (pensamento teológico medieval). Teve como principais defensores Santo Agostinho e São Tomas de Aquino (BARROSO, 2002).

Fundamentalmente, o direito natural apresenta-se, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. Buscando fugir do ambiente teológico em que se desenvolveu, o direito



natural moderno inicia-se a partir do século XVI, com ênfase na natureza e razão humanas, consolidando-se a partir do século XVII. Assim, os jusnaturalistas racionais reconhecem como fundamento do direito natural a liberdade, a fraternidade e a igualdade (BARROSO, 2002)

Desta forma, o direito natural, em sua concepção nos séculos XVII e XVIII, passa a subsidiar a reivindicação de direitos individuais perante o Estado, inclusive nas Revoluções burguesas, são proclamados como direitos inerentes ao homem.

O Jusnaturalismo revela-se, assim, no entender de Nader (2003) como um meio ou instrumento a atacar todas as formas de totalitarismo, traçando as linhas dominantes de proteção ao homem, para que este tenha as condições básicas para realizar todo o seu potencial para o bem.

O importante filósofo Hobbes (1651) na obra *Leviathan* concebe o direito natural como um estágio pré-político do homem. De acordo com Streck e Morais (2000), no homem haveria uma permanente situação de tensão ou uma sociedade de relações pacíficas. Com o advento do contrato, os homens autorizaram a um único ou a um grupo deles o direito de governar e decidir pelos demais. Daí surgiu o Estado Civil, que consiste na transferência dos interesses individuais, com exceção da vida, para um soberano, acumulando este as responsabilidades por toda uma comunidade. Na sociedade civil, conforme Locke, o homem traz direitos que estavam presentes já no Estado de Natureza, visto que eles são inerentes à pessoa humana.

Segundo Nader (2003 p. 366):

os direitos naturais “são princípios fundamentais de proteção ao homem, que deverão ser consagrados pela constituição de cada país, objetivando um ordenamento jurídico substancialmente justo, espontâneo, originário da própria natureza do homem.

Ao distinguir regras, dos princípios, diversos critérios são utilizados, Quanto ao grau de abstração, por serem vagos e indeterminados, os princípios carecem de intervenções que os concretizem, já as regras diante de sua precisão, podem ser aplicadas, diretamente, pois têm sua abstração reduzida.

Na visão de Canotilho, 1998:

Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional (CANOTILHO, 1998, p. 1124).

Podemos dizer que os princípios constituem a base ou a razão das regras jurídicas. Ou seja, os princípios são normas compatíveis com graus de concretização, variáveis, enquanto as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa.

“Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se”. (CANOTILHO, 1998, p. 1125).

Em suma, é a existência de regras e princípios que permite a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Contrariamente, estamos restritos a um sistema fechado, sem possibilidade de novas situações serem abarcadas pelo sistema, considerando também o fato de que um sistema somente com princípios seria impossível, pois se apresentaria “falho de segurança jurídica”, face à não existência de regras precisas (CANOTILHO, 1998, p. 1126).

Diante da impossibilidade de se constituir um sistema formulado apenas com princípios *ou* regras, é que se propõe o sistema formado por regras e princípios.

O direito positivo, por sua vez, é o ordenamento jurídico de um Estado, ou seja, um conjunto de leis criadas para serem aplicadas ante os conflitos sociais, sendo passíveis de penalidade a sua desobediência. O Estado é o órgão central que controla todas as leis emanadas em seu ordenamento jurídico, sendo que o poder Executivo exerce principalmente a função administrativa, gerenciando os negócios do Estado, aplicando a lei e zelando pelo seu cumprimento; ao Poder Legislativo cabe a função básica de fazer leis ou legislar e ao Judiciário tem, com exclusividade, o poder de aplicar a lei nos casos concretos submetidos à sua apreciação.

O positivismo é uma corrente filosófica surgida na primeira metade do século XIX e não foram poucos os seguidores dessa corrente: Auguste Comte, na

Filosofia; Émile Durkheim, na Sociologia; Fustel de Coulanges, na História, entre outros.

Segundo Costa (1997, p. 46-47):

o positivismo se originou do "cientificismo", isto é, da crença no poder exclusivo e absoluto da razão humana para conhecer a realidade e traduzi-la sob a forma de leis naturais. Essas leis seriam à base da regulamentação da vida do homem, da natureza como um todo e do próprio universo. Seu conhecimento pretendia substituir as explicações teológicas, filosóficas e de senso comum por meio das quais até então o homem explicava a realidade.

O positivismo reconhecia que os princípios reguladores do mundo físico e do mundo social diferiam quanto à sua essência: os primeiros diziam respeito a acontecimentos exteriores aos homens; os outros, a questões humanas. Entretanto, a crença na origem natural de ambos teve o poder de aproximá-los. Além disso, a rápida evolução dos conhecimentos das ciências naturais – física, química, biologia - e o visível sucesso de suas descobertas no incremento da produção material e no controle das forças da natureza atraíram os primeiros cientistas sociais para o seu método de investigação. Essa tentativa de derivar as ciências sociais das ciências físicas é patente nas obras dos primeiros estudiosos da realidade social. O próprio Comte deu inicialmente o nome de "física social" às suas análises da sociedade, antes de criar o termo Sociologia (COSTA, 1997).

Costa (1997) também entendia que essa filosofia social positivista se inspirava no método de investigação das ciências da natureza, assim como procurava identificar na vida social as mesmas relações e princípios com os quais os cientistas explicavam a vida natural. A própria sociedade foi concebida como um organismo constituído de partes integradas e coesas que funcionavam harmonicamente, segundo um modelo físico ou mecânico. Por isso o positivismo foi chamado também de organicismo.

Ainda conforme a visão de Costa (1997 p. 46-47):

Podemos apontar, portanto, como primeiro princípio teórico dessa escola a tentativa de constituir seu objeto, pautar seus métodos e elaborar seus conceitos à luz das ciências naturais, procurando dessa maneira chegar à mesma objetividade e ao mesmo êxito nas formas de controle sobre os fenômenos estudados.

Conforme Barroso (2002<sup>1</sup>), o positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Direito é norma, é ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A Ciência do Direito como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

A decadência do positivismo esteve associada à derrota dos movimentos políticos e militares - fascismo na Itália e nazismo na Alemanha, que, ao ascenderem ao poder, promoveram a barbárie em nome da lei. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido (BARROSO, 2002).

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo levaram ao *pós-positivismo* que se inicia com a reintrodução de idéias de justiça e legitimidade. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. A partir daí, vislumbra-se a decadência do modelo de Estado Liberal e o surgimento de um novo tipo de Estado: o Estado do Bem-Estar Social (BARROSO, 2002).

Segundo Lima apud Baratta (1970), o termo “direitos fundamentais” apareceu na França de 1770, durante o movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, quando os direitos do homem e do cidadão emergiram em meio à turbulência aristocrática.

No entender de Canotilho (1995, p. 517):

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. São os direitos efetivamente positivados. Os direitos do homem adviriam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Agora, os direitos humanos fundamentais ou, simplesmente, direitos fundamentais, podem ser definidos, segundo Moraes (2002, p.39) como:

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Já Silva (2002, p.178) considera que direitos fundamentais do homem referem - se à:

princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo de fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Para Sarlet (2004) a Constituição Brasileira vigente foi na história do constitucionalismo pátrio a primeira a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. O autor entende que o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.

De acordo com o que reza o artigo 5º. da nossa Constituição, os Direitos Fundamentais são o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Moraes (2002, p. 39) relaciona diversas características destes direitos, como “imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade. Tal rol de indisponíveis prerrogativas do homem pode ser definido como *direitos humanos* ou *direitos fundamentais*”.

Canotilho (1995, p. 369) já afirma que:

Que os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (...), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**.

Cabe registrar que os direitos fundamentais cumprem o que Canotilho (1995, p.369) chama de:

as funções dos direitos fundamentais, quais sejam: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação. O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Observa-se que os Direitos Fundamentais estão inseridos dentro dos princípios constitucionais fundamentais, princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica.

Cardoso (2007) enfoca em seu artigo que os direitos fundamentais foram sendo reivindicados gradativamente, estando agregados à condição humana como indissociáveis, sendo o seu desenvolvimento confundido com a própria consolidação do Estado de Direito. Esses direitos foram sendo ampliados ao longo do tempo e redefinidos, abrangendo hoje os direitos civis, políticos e sociais dos cidadãos.

O mesmo autor ainda entende que a Revolução industrial no séc. XIX e os graves problemas sociais dela decorrentes fizeram com que os trabalhadores exigissem com a atuação do Estado, a garantia de melhorias na qualidade de vida dos cidadãos, como os direitos à saúde, educação, trabalho, assistência social, girando em torno da concepção de igualdade material (CARDOSO, 2007).

Como confirmação do acima escrito, Marques e Dallari (2007, p. 03) afirmam ser

direitos que se ligam ao ideal de justiça distributiva e, assim, vinculam ativamente o sistema político e o sistema jurídico, para a sua garantia, conforme Kuntz. Demandam, portanto, segundo as mesmas autoras uma outra relação entre o sistema jurídico e o sistema político para a sua garantia, diferente da relação até então estabelecida para a proteção dos direitos individuais.

Dessa forma, os direitos sociais afloraram, ganhando especial atenção, exigindo soluções com urgência, frente à longa história de desigualdades e exclusões, as diferenciações produzidas pela reestruturação produtiva, desafiando a

universalização de direitos. E falar dos direitos sociais é falar de dilemas do mundo contemporâneo, é falar sobre uma sociedade mais justa e mais igualitária.

Silva (2002, p. 178) conceitua os direitos sociais, como:

prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Já em outro momento, segundo Cardoso (2007), após as duas grandes guerras mundiais, criou-se o senso comum de proteção do homem enquanto ser humano, provocando-se uma reação global de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana em nível internacional.

Conforme a mesma autora, com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), se estabeleceu parâmetros mínimos de atuação dos Estados com vistas a proporcionar o bem estar econômico e social de todos os indivíduos, firmando-se tratados e convenções internacionais para garantir a aplicabilidade de tais preceitos.

Miranda (2003, p. 365) reforça esse entendimento quando diz que a presente constitucionalização dos direitos sociais tomou força após a segunda grande guerra mundial, onde a proeminência dos direitos fundamentais do ser humano passou a ser a grande preocupação universal, surgindo novos valores éticos e morais a serem tutelados pelos Estados.

No Brasil, conforme Alves (2005) afirma, a discussão de tais direitos demorou a se concretizar. Somente com a redemocratização do país é que se deu o processo de inserir na ordem legal brasileira, direitos sociais que vinham sendo defendidos, internacionalmente.

## 3.2 ALGUMAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

### 3.2.1 A TEORIA DA EFETIVIDADE

A força normativa das normas constitucionais foi uma grande conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, esse reconhecimento se deu no campo de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade.<sup>2</sup> Tal doutrina tem como sua essência tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, superando a ausência de determinação política em dar-lhe provimento.

A efetividade da Constituição conquistou o *status* pleno de normas jurídicas, através das quais se lêem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos, consoante lição de Barroso (2006, p.79):

E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual sederam novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional.

Esse mesmo autor, em breve síntese afirma:

que a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1993, p.79).

Cabe então registrar que essa efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema jurídico. Como todos os Poderes Públicos estão obrigados a respeitar os princípios e as normas constitucionais, qualquer lesão ou ameaça

<sup>2</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987). A expressão "doutrina brasileira da efetividade" foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à



luz do princípio democrático. In: Luís Roberto Barroso (org.), A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003.

outorga ao lesado a possibilidade do ingresso ao Poder Judiciário, que instado a se pronunciar, possui a indelegável missão de manter a unidade da Constituição, mesmo que ele tenha que adentrar o controle do mérito do ato administrativo discricionário.

Nessa linha, o atributo da imperatividade faz parte tanto das normas constitucionais, quanto das normas jurídicas em geral. As normas constitucionais contêm comandos. Ao se descumprir essa imperatividade da norma tanto por ação quanto por omissão, o sistema constitucional e infraconstitucional busca meios de prover a tutela do direito ou bem jurídico, violados, restaurando assim a ordem jurídica (BARROSO, 1993).

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, expressa no parágrafo 1º do art. 5º da Lei Fundamental, estando nelas incluídos os “direitos fundamentais sociais” que são a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, direitos esses que o artigo 6º da citada Constituição elenca como direitos sociais.

Em suma, tal aplicação imediata dos direitos fundamentais gera efeitos jurídicos, já que tem ampla força normativa. Entretanto, isso não significa a adoção de práticas efetivadoras de tais direitos, principalmente dos direitos sociais, que ganham eficácia exatamente com uma atuação positiva do Estado, através da prestação de serviços públicos e da elaboração de políticas públicas (BARROSO, 1993).

Então se verifica que a doutrina da efetividade se firma dentro de uma metodologia positivista, que norteia a criação e aplicação do direito moderno: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para fixar a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido e independentemente de existência de lei infraconstitucional, a eficácia dos direitos e

liberdade constitucionais e as prerrogativas a elas inerentes são concedidas pela própria Constituição (BARROSO, 1993).

Barroso (1993, p. 76), ressalta que:

para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Como bem elucidou Canotilho, de que “a proibição de retrocesso social faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico. Destarte, ao legislador fica proibido instituir políticas discriminatórias” (CANOTILHO, 1998, p. 340).

Sarlet (2004, p. 162.), no mesmo sentido, acrescenta:

negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Com enfoque na dignidade da pessoa humana, o mesmo autor ainda pondera:

[...] não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência. Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. (SARLET, 2004, p.162).

Torna-se primordial reconhecer que todo cidadão tem direito à igualdade e à dignidade, o que equivale dizer que independe de cor, raça, de quem quer que seja. Alcançar a supremacia da dignidade da pessoa humana, enquanto Estado Democrático de Direito, é um exercício efetivo de cidadania e democracia. E mais, refere-se ao cumprimento de um dever constitucional.

### 3.2.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A Teoria dos Princípios, diz que regras e princípios são normas, onde regras são normas cuja medida de aplicação já vem estabelecida previamente - **mandados definitivos** e princípios são normas cuja medida de aplicação deve ser definida, pelo julgador, em cada situação de aplicação - **mandados de otimização**, esses caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e na medida devida do seu cumprimento, o que não apenas depende das possibilidades reais, ou genericamente concretas, como também das possibilidades especificamente jurídicas existentes naquele momento em que se dá a sua aplicação efetiva (ALEXY, 2008).

Conforme Alexy (1999), essa teoria teve o seu desenvolvimento a partir dos estudos de Ronald Dworkin. Segundo Barroso (2005), no Brasil, foram divulgados no final dos anos 80, com continuidade no decorrer dos anos 90.

Observa-se que a atribuição da normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios, são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Segundo Gomes (2005) e Alencar (2006) a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos.

A principal distinção entre regra e princípio está no modo de aplicação. Enquanto as regras não permitem valoração, já que são *comandos definitivos* segundo Alexy (1997), os princípios amparam um direito fundamental, um valor.

Alexy em sua Teoria de Los Derechos Fundamentales (1997, p.28), sustenta que:

as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.

Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Silva (2005, p.51) que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais:

o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.” (SILVA, 2005, p. 51)

Nessa linha, como a Constituição abriga princípios que apontam em diversas direções, levando a eventuais conflitos, e como todas essas normas têm a mesma hierarquia, só podem ser aplicadas de conformidade com a dimensão de peso que assumem em determinada situação. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização segundo Alexy (1997)* e devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.

Sendo assim, à tal norma deve ser conferido o caráter de norteadora das ações estatais (eficácia vertical) e fundamento da atuação, inclusive, dos particulares (eficácia direta ou horizontal), conforme averba Cardoso (2007), sendo observado como limite de exercício de seus direitos o respeito aos direitos dos demais indivíduos.

Aqui nos interessa a primeira perspectiva, estando assente a noção de que os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer restrições por parte do legislador, bem como dos aplicadores do Direito, seja o Judiciário, ou mesmo, a Administração Pública. É a teoria dos limites imanentes dos Direitos Fundamentais sustentada por vários autores, dentre eles, Canotilho (1999) e Andrade (1987).

Esta teoria sustenta que o legislador, ao positivar tais direitos, estaria limitado pelas demais normas constitucionais, não podendo restringir além do

permitido pela carta política, devendo observar os princípios e regras correlacionados.

Contudo, o legislador não teria como prever todas as situações existentes, não havendo como engessar as normas veiculadoras dos direitos fundamentais, delegando ao intérprete o papel de, diante do caso concreto, examinar as possibilidades de agir e optar pela via mais adequada.

Ademais, dentro do rol do art. 5º da Constituição Federal, há normas de eficácia limitada, sem aptidão para serem aplicadas de imediato, necessitando de lei definidora de sua abrangência.

Distinção necessária se faz quanto à natureza da norma em questão, de cunho notadamente principiológico, no sentido de reconhecer a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, vinculando a atuação dos poderes estatais, impondo-lhes o dever de reconhecer e implementar tais direitos.

### **3.3 CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E PAPEL DO JUDICIÁRIO.**

O Estado de bem estar social é uma construção teórica que veio basicamente dos pensadores liberais, e não socialistas. Teve a importância dos movimentos sindicais e operários do século XIX e início do século XX, mas trata-se de uma construção teórica de cunho liberal, destinada a “salvar” o próprio sistema capitalista e de liberdades individuais.

O Estado de bem-estar social, também conhecido como Estado Providência ou *Welfare State* é definido, segundo Howard (2003) como a proteção oferecida pelo governo na forma de padrões de renda mínima, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados a todos os cidadãos como um direito político, e não como caridade. Esse tipo de modelo estatal seria a institucionalização dos direitos sociais.

Conforme explicita Martinez (2004), sua implantação tem início na primeira metade do século XX, a partir do final da década de 1910 e início da década de 1920..

Assim, constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. A democracia procura assegurar que o governo seja baseado no consentimento dos governados e que seja responsável pelo povo. Mas as democracias devem ser também compromissadas com os direitos individuais e a liberdade, com os princípios sustentados pelo filósofo inglês John Locke de que o Estado depende dos indivíduos, e não o contrário. E as democracias devem ser também constitucionais, isto é, deve haver meios de assegurar a aplicação das normas constitucionais, mesmo quando isso signifique a negação do julgamento da maioria. (HOWARD, 2003)

No entender de Barroso (2005), entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição.

Como lembra Dantas (1994, p.25):

passa-se, portanto, da Democracia Política para a Democracia Social, da Ideologia Constitucional Liberal à Ideologia Constitucional Social. O lema do Estado Liberal (...) cede lugar à presença do Estado que assume o papel e a responsabilidade de oferecer ao homem um mínimo de condições para viver com dignidade.

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos (KANT, 2005). O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira (SENADO, 1988). Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época.

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria.

Bonavides (1993, p. 210) bem acentua que:

o recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática a primeira grande abertura para os direitos sociais.

Também, é vital ressaltar que a efetividade das normas programáticas, ou seja, a concretização fático-social dos direitos sociais, econômicos e dos princípios e objetivos constitucionais, não dependem só do Estado, como diz a doutrina clássica da qual fazem parte os filósofos Thomas Hobbes e John Locke.

Deve haver um comprometimento de toda a sociedade, pois o que se discute na realidade, quando se busca a eficácia da maioria das normas programáticas, é a construção de uma cidadania real para cada Estado. Esta cidadania não é construída apenas pelo desenvolvimento eficaz de políticas sociais pelo Estado, mas pela participação da sociedade com a colaboração e atuação concreta no desenvolver da cidadania (SANTOS, 1999).

Na atualidade, o constitucionalismo não cuida mais do Estado ou do indivíduo isoladamente (fase liberal), nem tampouco se preocupa com a sociedade como um todo (fase social-democrática). O constitucionalismo passa a se ater e se preocupar com o indivíduo inserido na sociedade, como um ser humano, que deve ser tratado com dignidade e ter seu espaço privado respeitado (SANTOS, 1999).

## **4. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.**

### **4.1 BREVE HISTÓRICO/ DIREITO À SAÚDE**

#### **4.1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO**

A atuação do Ministério da Saúde, antes do advento do Sistema Único de Saúde (SUS), se resumia quase que exclusivamente às ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, como campanhas de vacinação e controle de endemias. A assistência médico/hospitalar era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), criado pelo regime militar em 1974 pelo desmembramento do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que hoje é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). O INAMPS tinha a finalidade de prestar atendimento médico aos que contribuíam com a previdência social, ou seja, aos empregados de carteira assinada, portanto, não tendo caráter universal.(BRASIL, 2000).

Em meados da década de 70, com o fim do “milagre econômico”, denominação dada à época de excepcional crescimento econômico ocorrido durante a ditadura militar, especialmente entre 1969 e 1973, no governo Médici, ocorreu uma crise do financiamento da previdência social, com repercussões no INAMPS (WIKIEDUCAÇÃO, 2008).

Diante disso, em 1979, ocorreu o I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, culminando, ao longo da década de 80, com sucessivas mudanças no INAMPS com universalização progressiva do atendimento, já numa transição com o SUS (BRASIL, 2000).

No final da década de 70, com a 8ª Conferência Nacional de Saúde, se propagou o movimento da Reforma Sanitária, além da implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais. Contudo, além desses motivos acima mencionados, tal



conferência tornou-se um marco na história do SUS pela formação das bases para a seção "Da Saúde" da Constituição brasileira de 1988. Essa Constituição por sua vez foi um marco na história da saúde pública brasileira, ao definir a saúde como "direito de todos e dever do Estado". Isso equivale dizer que a saúde passou a fazer parte dos direitos sociais da cidadania (BRASIL, 2000).

## **4.2. A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA NORMATIVO**

### **4.2.1. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição Federal de 1988, prevê para toda a população brasileira acesso ao atendimento público de saúde. Do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros (bancos de sangue), além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brazil (WIKIPÉDIA, 2008).

Na Constituição de 1988, diversos dispositivos tratam expressamente da saúde, com uma seção específica dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. O art. 6º informa que a saúde é um direito social.

De acordo com o artigo 196 da Carta Magna, a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Já o seu artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle e o artigo 200 enumera, não exaustivamente, as atribuições do sistema único de saúde.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, expressa no parágrafo 1º do art. 5º da Lei Fundamental, estando

nelas incluídos os “direitos fundamentais sociais” que são a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, direitos esses estabelecidos no artigo 6º da citada Constituição.

Em suma, tal aplicação imediata dos direitos fundamentais gera efeitos jurídicos, já que tem ampla força normativa. Entretanto, isso não significa a adoção de práticas efetivadoras de tais direitos, já que fazem parte de um sistema jurídico que busca concretizar os seus fins e interesses, harmoniosamente (BARROSO, 1998).

Conforme o entendimento de Rocha (1997), o Estado é um dos maiores agressores aos direitos fundamentais, daí a importância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário como “guarda da Constituição”, assegurando a eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

Em 1990, editou-se a Lei n. 8.080 que veio regular as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde em todo o país, fixando normas a serem cumpridas quando da elaboração da política de Recursos Humanos para o SUS, sendo formalizada e executada articularmente pelas diferentes esferas de governo.

A referida lei, mediante seu art. 4º, instituiu o SUS, que se constituiu pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, participando desse Sistema em caráter complementar, a iniciativa privada.

E ainda, no seu art. 7º, a mesma Lei afirma que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS são desenvolvidos de conformidade com as diretrizes estabelecidas no artigo 198 da Constituição Federal vigente, obedecendo ainda princípios organizativos e doutrinários tais como:

- -universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

- - 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;
- - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- - participação da comunidade;
- - 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;
- - 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.

#### **4.2.2. FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

Conforme determina o artigo 194 da Constituição Federal, os recursos federais para o SUS provêm do orçamento da Seguridade Social, juntamente com a Previdência e a Assistência Social. No inciso VI do parágrafo único desse mesmo artigo, observa-se que a Seguridade Social será organizada pelo poder público, observada a "diversidade da base de financiamento".

Já o artigo 195 determina que a Seguridade Social será financiada com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de Contribuições Sociais.

Assim, os recursos federais para o SUS, geridos pelo Ministério da Saúde, são divididos em duas partes: uma é retida para o investimento e custeio das ações federais; a outra é repassada às secretarias de saúde, estaduais e municipais, de acordo com critérios previamente definidos em função da população, necessidades de saúde e rede assistencial.

Em cada estado, os recursos repassados pelo Ministério da Saúde são somados aos alocados pelo próprio governo estadual, de suas receitas, e geridos pela respectiva secretaria de saúde, através de um fundo estadual de saúde. Desse montante, uma parte fica retida para as ações e os serviços estaduais, enquanto a outra parte é repassada aos municípios, de acordo, também, com critérios específicos.

Finalmente, cabe aos próprios municípios destinar parte adequada de seu próprio orçamento para as ações e serviços de saúde de sua população.

Assim, cada município gera os recursos federais e estaduais repassados e ele e os seus próprios recursos alocados pelo governo municipal para o investimento e o custeio das ações e serviços de saúde de âmbito municipal. Os municípios administrarão os recursos para a saúde através de fundos municipais de saúde.

A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde.

De acordo com o art 1º da citada lei, o SUS conta em cada esfera de governo com as seguintes instâncias colegiadas:

- (a) Conferência de Saúde; e
- (b) o Conselho de Saúde.

Os Conselhos de Saúde, obrigatórios por lei nos três níveis de governo (municípios, estados e União), são compostos por representantes do governo (gestores), prestadores de serviço, trabalhadores de saúde e usuários, sendo que a representação dos usuários deverá ser paritária (50%) em relação ao conjunto dos demais (BRASIL, 2005). Tais conselhos atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (BRASIL, 2005).

Todos os Estados têm Conselho Estadual de Saúde e a maioria dos municípios tem Conselho Municipal de Saúde, que funcionam junto às secretarias de

saúde, mas são autônomos e independentes (BRASIL, 2003).

O funcionamento dos Conselhos de Saúde é exigência para habilitação ao recebimento dos recursos federais repassados aos Fundos de Saúde, como prevê a Lei Orgânica da Saúde. É bom lembrar que cabe também aos Conselhos de Saúde a aprovação dos Planos de Saúde nas três esferas e que o Conselho Nacional de Saúde recomenda que a peça orçamentária esteja compatibilizada com os Planos de Saúde (BRASIL, 2003).

As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde têm sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovado pelo respectivo Conselho. As Conferências de Saúde, também asseguradas em lei, acontecem periodicamente, são abertas à sociedade e representam o mais importante espaço de controle social na área da saúde (BRASIL, 2003).

A Lei 8.142/90 em seu art. 4º define que nos estados, Distrito Federal e municípios deverão contar com o que se chama Fundo de Saúde para receber tais recursos (transferência fundo a fundo, repasse dos recursos diretamente ao Fundo Nacional de Saúde e depois para os Fundos Estaduais e Municipais).

Os investimentos e o custeio do SUS são de responsabilidade das três esferas de governo e cada uma deve assegurar o aporte de recursos ao respectivo fundo de saúde. (BRASIL, 1990)

O Fundo Nacional de Saúde (FNS) é o gestor financeiro, na esfera federal, dos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS). Tem como missão "contribuir para o fortalecimento da cidadania, mediante a melhoria contínua do financiamento das ações de saúde" (BRASIL, 1990).

Os recursos destinam-se a prover, nos termos do artigo 2.º da lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, as despesas do Ministério da Saúde, de seus órgãos e entidades da administração indireta, bem como as despesas de transferência para a cobertura de ações e serviços de saúde a serem executados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Os recursos da saúde são transferidos aos estados e municípios por meio das "transferências regulares e automáticas; remuneração por serviços produzidos; convênios; contratos de repasses e instrumentos similares" (BRASIL, 1990).

De acordo com a Lei Orgânica da Saúde, a Lei nº 8.090/90, esses recursos devem ser depositados em conta especial, em cada esfera, e o movimento e fiscalização serão realizados pelos Conselhos de Saúde nas três esferas.

Com o objetivo de garantir recursos estáveis para o setor saúde, foi editada a Emenda Constitucional n. 29 em 13 de setembro de 2000, assegurando a efetiva co-participação da União, dos Estados e dos Municípios no financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Em linhas gerais, a Lei 8.142/90 trata da alocação dos recursos do Fundo Nacional de Saúde, do repasse, de forma regular e automática, para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080/90. Para o recebimento destes recursos, os Municípios, Estados e Distrito Federal devem contar com:

- Fundo de Saúde;
- (b) Conselho de Saúde;
- (c) Plano de Saúde;
- (d) Relatório de Gestão;
- (e) Contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;
- (f) Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS).

## **5. PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS. LIMITES LEGÍTIMOS E CRÍTICAS**

### **5.1. JUDICIALIZAÇÃO E SEUS SIGNIFICADOS**

A expressão judicialização passou a fazer parte do contexto das ciências sociais, mediante o projeto de C.N.Tate e T. Vallinder, no qual se formularam linhas de análise comuns do Poder Judiciário em diferentes países (MACIEL E KOENER, 2002).

Segundo esses autores, Vallinder e Tate apud Maciel e Koener (2002), “a expansão do poder judicial está ligada à queda do comunismo no Leste europeu e ao fim da União Soviética”. O colapso do socialismo real promoveu o capitalismo e suas instituições de mercado, além de os EUA terem-se tornado a única superpotência do planeta. O desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais desse país ficou em evidência. Não seria surpresa para os autores se a inclusão de um Judiciário forte nas novas democracias (Ásia, América Latina e África) tivesse como modelo o caso americano.

Ainda se referindo ao caso americano, esses mesmos autores afirmam:

que outro fator relevante para o desenvolvimento da revisão judicial e conseqüentemente do poder judicial é a recente influência da Ciência Política (teoria) e da própria jurisprudência dos tribunais nos Estados Unidos. Ambas propiciaram a sofisticação dos mecanismos de controle jurisdicional. Seriam os efeitos da expansão desse poder no processo decisório das democracias contemporâneas (MACIEL E KOERNER, 2002, p. 117)

A definição dada por Tatte e Vallinder: é que judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes, conforme registra Carvalho (2004).

Sem a pretensão de um levantamento exaustivo, segue-se um pequeno balanço dos sentidos emprestados ao termo judicialização.

Para Nalini (2002, p.A2), quando se expressa, entende que a:

judicialização da política e a politização da Justiça são fenômeno universal, e o Brasil não escaparia dele. É comum o estranhamento recíproco nestes tempos de abertura de um novo trato relacional. Os prenúncios de intensificação desse contato dão a esperança de uma nova era de transparência. O Judiciário hermético de há dez anos deu lugar a uma instituição pró-ativa. Natural a reação dos interlocutores e mesmo a postura resistente dos magistrados mais conservadores.

A judicialização também é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais (MACIEL E KOENER, 2002).

Na concepção da teoria social sistêmica de Niklas Luhmann, segundo Gomes (2005), o Direito, como subsistema social, trabalha com o código operacional direito/não direito, e o juiz, como observador interno ao sistema, deve atuar de forma condizente a esse código, auto-referencialmente, ou seja, criando o direito baseado no direito, e adotando os critérios do próprio sistema.

Dessa forma, a judicialização implicaria risco de perda das diferenciações funcionais entre os subsistemas do direito e da política (CAMPILONGO, 2002).

O fenômeno social que vem sendo chamado de **judicialização da política**, com decisões de Tribunais de Justiça a decisões do Supremo Tribunal, vem em convergência ao pensar de Tatte e Vallinder (1995) que afirmam existir um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando assim uma transferência do poder decisório do poder Executivo e do poder Legislativo para os juízes e tribunais (TATTE e VALLINDER, 1995).

Oliveira (2005) chamou de judicialização a capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o **status quo** vigente. Todavia, para poder intervir, o Judiciário deve ser acionado. Este processo, independentemente do ator que o promove, se partido político,



organizações da sociedade civil, pessoas físicas, etc. -, foi chamado pela autora de **politização da justiça**, quando se refere ao acionamento desse Poder de modo a interferir em processo político.

Segundo a mesma autora, a judicialização compreende um processo de três fases, que implica primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos, ou **politização da justiça**; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por fim, no julgamento do mérito da ação (não pelo fato de se a ação tiver sido procedente ou improcedente, mas sim se ela foi julgada ou não), que enseja a judicialização da política propriamente dita. Isto é, então, o que a autora denominou de **ciclo da judicialização**.

Já na opinião de Agripa (2000), a judicialização da política como um fenômeno social recente nas sociedades modernas introduz antes de tudo uma nova caracterização para os conflitos sociais. Estes não expressam mais a luta pela institucionalização de direitos. Expressam de novo uma interpretação desses direitos já institucionalizados perante as cortes judiciais nacionais, ou mesmo internacionais..

Para justificar sua análise, o mesmo autor recorre ao filósofo alemão Jurgen Habermas. A partir do que Habermas denomina de juridificação da política ou positivação do direito natural, como sendo uma espécie de adensamento do direito nas esferas da vida social (fato típico do Estado de Bem-Estar Social), tem lugar então a judicialização da política como resultado da interpretação das cortes judiciais sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado. Tais interpretações só têm lugar porque o sistema democrático permite tais provocações interpretativas sobre as leis erigidas. As tarefas de resposta do Estado face aos embates jurídicos crescentes sobre direitos também ganham um aumento de reflexividade, uma vez que os métodos judiciais-padrões de resolução dos conflitos introjetados nas esferas da vida social despertam o interesse de grupos ávidos, por garantir conquistas e demandar novos interesses políticos, tornando assim o mundo da vida (de que trata Habermas) não somente juridificado ou positivado, mas também tensamente judicializado (AGRIPA, 2000).

Assim, diante de uma nova forma de atuação dos poderes do Estado, afirma Agripa (2000), surgiram discussões acerca do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas. De um lado uma política democrática de uma cidadania ativa em formação e do outro um judiciário mais participativo, mais atuante nas questões políticas do Estado.

Em síntese, o referido autor entende que essas discussões demonstram que o nosso sistema democrático permite a atuação de um poder sobre os atos dos outros, ocorrendo assim ampliação dos poderes do Judiciário sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado. Dessa forma, a responsabilidade vem sendo repartida entre os poderes estatais (Legislativo e Executivo) na formação de políticas públicas, com indicação de orientações em suas atuações, objetivando assegurar a integridade da Constituição e dos direitos dos seus cidadãos. Agora, há de se ressaltar que o Poder Judiciário quando atuasse no campo político, deveria apenas garantir a respeitabilidade da Constituição, resguardar os princípios e as instituições democráticas (AGRIPA, 2000).

## **5.2. JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE**

Silva (2005) entende que as grandes desigualdades sociais do Brasil decorrem mais da má distribuição de recursos do que sua escassez em si e que cabe buscarmos possíveis soluções para uma tutela mais efetiva do direito à saúde dentro do sistema jurídico.

Segue o mesmo autor afirmando que se constata um quadro de desigualdade, através da análise das demandas que requerem medicamentos ou até mesmo tratamento hospitalar, uma vez que a maioria dos casos sub judice trata-se de doenças raras / modernas como a Aids, Hepatite C, etc ( SILVA, 2005).

Pondera ainda que, no entanto, ao tutelar o direito à saúde deve o Judiciário atentar para que, ao proteger o referido bem jurídico, não passe a substituir totalmente a competência do poder que possua competência originária para isso. Como assevera também assim o Des. Genaro Baroni Borges, integrante da 21ª Câmara Cível do TJRS:

O sistema de saúde se tornou 'judicializado' porque chegam ao TJ questões que não deveriam chegar." [...] E constata que como consequência: "O Judiciário, tanto quanto o paciente, é vítima da situação carente do Estado e se vê incumbido de administrar a escassez de recursos públicos, quando essa não é a sua função." Ainda registra o mesmo Desembargador: "A saúde é uma obrigação do Poder Executivo, mas as restrições orçamentárias levam esses problemas ao Judiciário, pois o cidadão entende que tem essa garantia (.TJRS, 2004)

Bem registram Marques e Dallari (2007) sobre o tema:

quando a decisão jurídica não considera as políticas públicas, formalizadas juridicamente, que envolvem os direitos sociais, corre o risco de atuar fora dos limites estruturais do sistema jurídico. Disso resulta um Judiciário que decide politicamente – sem a estrutura necessária para atuar com essa lógica – e uma política judicializada, que acaba por incorporar o ritmo, a lógica e a prática das decisões judiciais. É o que a doutrina chama de "judicialização da política". Os prejuízos da "judicialização da política" refletem-se na própria manutenção da democracia (MARQUES E DALLARI, 2007, p 4)

Campilongo apud as mesmas autoras (2007) pondera que a democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico, cada qual perseguindo a sua função específica. Assim, a "judicialização da política" e a sobreposição das decisões judiciais e do arcabouço normativo às opções políticas representam uma ameaça à própria democracia e à complexidade interna desses sistemas.

E ainda afirmam as referidas autoras que, embora o Estado não possa ser indiferente, negligente, face indivíduos que correm risco de vida iminente, é preciso que as necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de medicamentos, passando a justiça distributiva nortear tanto a prestação coletiva quanto à individual, pois o direito à assistência farmacêutica depende de uma política pública para ser garantido (MARQUES E DALLARI, 2007).

Silva (2005) também ressalta que, ao exercer função imprópria sem, no entanto, requerer como condição da ação que, primeiramente, os pacientes intentem ao acesso aos seus direitos mediante as vias administrativas, o Judiciário passaria a exercer não subsidiariamente a função de fiscalizador das decisões dos outros poderes, passando a exercê-las de forma plena. Logo, deixando de atuar dentro da teoria de *checks and balances*, em que um poder é autorizado a fiscalizar a atuação dos outros zelando pelo equilíbrio entre os mesmos e pelo respeito aos direitos fundamentais.

Como bem assevera Schwartz:

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema jurídico caso tais Poderes cumprissem o seu papel (SCHWARTZ, 2001).

Dessa forma, as decisões do Poder Judiciário têm com base unicamente a afirmação do direito à saúde como direito integral e universal dos cidadãos brasileiros contida no arcabouço legal (Constituição Federal e Lei Orgânica de Saúde) (MARQUES E DALLARI, 2007).

### **5.3. POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS**

As explicações para a judicialização da política pública de assistência farmacêutica dos últimos anos não estão suficientemente esclarecidas, mas certamente dois fatores estão associados na sua produção: a insuficiência da assistência farmacêutica prestada tanto no âmbito do SUS como nos dos planos de saúde e o crescimento do reconhecimento do direito à saúde e, no seu âmbito, ao acesso ao medicamento, por parte de segmentos cada vez maiores da nossa população (ROMERO, 2008)

Na opinião de Souza Júnior apud Romero (2008), o controle judicial oferece a possibilidade de que as minorias, sem acesso formal ou real ao centro do poder deliberativo, possam, vislumbrando alguma afronta ao ordenamento constitucional, influir, por via oblíqua, no processo político, retirando-as da posição marginal a que rotineiramente são relegadas. Nesse sentido, a atuação do Judiciário na solução de questões como a concretização de direitos é não só democraticamente legítima como também democraticamente imprescindível.

A opinião, no entanto, não é unânime: para alguns autores. Campilongo apud Romero (2008) entende que a judicialização das políticas e a sobreposição das decisões judiciais e do arcabouço normativo a opções políticas representam – ao contrário - uma ameaça à democracia. Para outros, ao lado de suas “possibilidades democráticas”, também Yepes apud Romero (2008), afirma que a judicialização apresenta riscos, entre os quais a sobrecarga do aparato judicial, o

risco elevado de erro judicial – em especial em matérias de densidade técnica e tecnológica, como é o caso da saúde – e o adiamento de soluções políticas.

Continua ainda registrando Souza Júnior apud Romero (2008) que no Brasil pós-1988, além da evolução do direito de acesso à justiça, ocorreu a instituição de mecanismos assecuratórios do acesso a direitos constitucionais de alguma forma preteridos. Casagrande apud Romero (2008) também sustenta que a Constituição de 1988 promoveu não apenas a criação de um amplo sistema de garantia de direitos como uma série de inovações processuais a seu serviço, somadas à inédita posição de independência do Judiciário em relação aos demais poderes. Entre esses mecanismos ressalta o alargamento de funções e do âmbito de atuação do Ministério Público.

No campo do direito à saúde, Delduque (2006) alega que o texto constitucional de 1988 trouxe considerável inovação ao definir as ações e serviços de saúde como de relevância pública e determinando, assim, a essencialidade de sua prestação para o interesse social.

Em 1998, foi editada a Portaria nº 3.916 que aprovou a Política Nacional de Medicamentos dispondo na íntegra o seguinte:

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a "formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)" (BRASIL, 1998).

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. (Rev. Saúde Pública, 2000)

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2001).

Tal política contempla também as diretrizes e define prioridades relacionadas à legislação - incluindo a regulamentação -, inspeção, controle e garantia da qualidade, seleção, aquisição e distribuição, uso racional de medicamentos, desenvolvimento de recursos humanos e desenvolvimento científico e tecnológico (BRASIL, 2001).

Cabe assinalar, ainda, que outros insumos básicos na atenção à saúde, tais como imunobiológicos e hemoderivados, deverão ser objeto de políticas específicas. No caso particular dos produtos derivados do sangue, esta Política trata de aspectos concernentes a estes produtos, de que são exemplos questões relativas às responsabilidades dos três gestores do SUS e ao efetivo controle da qualidade.

O sistema de saúde brasileiro, que engloba estabelecimentos públicos e o setor privado de prestação de serviços, inclui desde unidades de atenção básica até centros hospitalares de alta complexidade.

A despeito do volume de serviços prestados pelo sistema de saúde, ainda há parcelas da população excluídas de algum tipo de atenção (BRASIL, 2001). Verifica-se, além disso, constantes mudanças no perfil epidemiológico que, atualmente, compreende doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes as doenças crônico-degenerativas, aumenta a morbimortalidade decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Além disso, emergem e reemergem outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS (BRASIL, 2001).

Segundo o Departamento de Formulação de Políticas de Saúde, do Ministério da Saúde, o envelhecimento populacional gera novas demandas, cujo atendimento requer a constante adequação do sistema de saúde e, certamente, a transformação do modelo de atenção prestada, de modo a conferir prioridade ao

caráter preventivo das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde. Sob esse enfoque, a política de medicamentos é, indubitavelmente, fundamental nessa transformação (BRASIL, 2001).

Deve-se considerar, ainda, segundo esse mesmo departamento, que modificações qualitativas e quantitativas no consumo de medicamentos são influenciadas pelos indicadores demográficos, os quais têm demonstrado clara tendência de aumento na expectativa de vida ao nascer (BRASIL, 2001).

Acarretando um maior consumo e gerando um maior custo social, tem-se novamente o processo de envelhecimento populacional interferindo sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas, além de novos procedimentos terapêuticos com utilização de medicamentos de alto custo. Igualmente, adquire especial relevância o aumento da demanda daqueles de uso contínuo, como é o caso dos utilizados no tratamento das doenças cardiovasculares, reumáticas e da diabetes. Frise-se o fato de que é bastante comum, ainda, pacientes sofrerem de todas essas doenças simultaneamente (BRASIL, 2001).

O referido Departamento de Formulação de Políticas da Saúde também aponta que este cenário também é influenciado pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde. Em decorrência, observa-se, por exemplo, a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Some-se a isso a irregularidade no abastecimento de medicamentos, no nível ambulatorial, o que diminui, em grande parte, a eficácia das ações governamentais no setor saúde (BRASIL, 2001).

O processo indutor do uso irracional e desnecessário de medicamentos e o estímulo à automedicação, presentes na sociedade brasileira, são fatores que promovem um aumento na demanda por medicamentos, requerendo, necessariamente, a promoção do seu uso racional mediante a reorientação destas práticas e o desenvolvimento de um processo educativo tanto para a equipe de saúde quanto para o usuário.

Continua ainda o mesmo departamento de que a produção e a venda de medicamentos devem enquadrar-se em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos, além dos aspectos atinentes a custos e preços de venda, em defesa do consumidor e dos programas de subsídios institucionais, tais como de compras de medicamentos, reembolsos especiais e planos de saúde (BRASIL, 2001).

Nitidamente, a análise desse perfil do consumidor indica a necessidade de que a Política de Medicamentos confira especial atenção aos aspectos relativos ao uso racional, bem como à segurança, eficácia e qualidade dos produtos colocados à disposição da população brasileira.

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas por suas diretrizes (BRASIL, 2001).

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva (BRASIL, 2001).

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País (BRASIL, 2001).



O fato de que a RENAME, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo, possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema.

No processo de atualização contínua da RENAME, deverá ser dada ênfase ao conjunto dos medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico.

Nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância.

Para tanto, deverão ser utilizadas comissões técnicas e grupos assessores com a finalidade de respaldar e subsidiar as atividades de regulamentação e as decisões que envolvam questões de natureza científica e técnica.

A promoção do uso de medicamentos genéricos será, igualmente, objeto de atenção especial. Portanto, o gestor federal deverá identificar os mecanismos necessários para tanto, por exemplo, a adequação do instrumento legal específico.

Essa adequação deverá contemplar aspectos essenciais que favoreçam a consolidação do uso dos genéricos, tais como (BRASIL, 2001):

- a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nos editais, propostas, contratos e notas fiscais - bem como de exigências sobre requisitos de qualidade dos produtos;
- a obrigatoriedade da adoção da denominação genérica nas compras e licitações públicas de medicamentos realizadas pela Administração Pública;
- a adoção de exigências específicas para o aviamento de receita médica ou odontológica, relativas à sua forma e à identificação do paciente e do profissional que a prescreve;
- a apresentação da denominação genérica nas embalagens, rótulos, bulas, prospectos, textos e demais materiais de divulgação e informação médica.

As ações de vigilância sanitária serão gradualmente descentralizadas e transferidas à responsabilidade executiva direta de estados e municípios, com exceção do registro de medicamentos e autorização do funcionamento de empresas, que constituem papéis indelegáveis do gestor federal. Em todos os casos, deverá ser garantida a aplicação das normas existentes e a integração operacional do sistema, em todas as esferas.

O modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos. As ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais.

Conforme o Ministério da Saúde, através do seu Departamento de Formulação de Políticas de Saúde, a reorientação do modelo de assistência farmacêutica, coordenada e disciplinada em âmbito nacional pelos três gestores do Sistema, deverá estar fundamentada na descentralização da gestão (BRASIL, 2001):

- na promoção do uso racional dos medicamentos;
- na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público;

- no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos, viabilizando, inclusive, o acesso da população aos produtos no âmbito do setor privado.

A assistência farmacêutica no SUS, por outro lado, englobará as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização - nesta compreendida a prescrição e a dispensação -, o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos.

No tocante aos agravos e doenças cuja transcendência, magnitude e ou vulnerabilidade tenham repercussão na saúde pública, buscar-se-á a contínua atualização e padronização de protocolos de intervenção terapêutica e dos respectivos esquemas de tratamento.

Assim, o processo de descentralização em curso contemplará a padronização dos produtos, o planejamento adequado e oportuno e a redefinição das atribuições das três instâncias de gestão. Essas responsabilidades ficam, dessa forma, inseridas na ação governamental, o que deverá assegurar o acesso da população a esses produtos. Para o Ministério da Saúde, a premissa básica será a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais (BRASIL, 2001).

O processo de descentralização, no entanto, não exime os gestores federal e estadual da responsabilidade relativa à aquisição e distribuição de medicamentos em situações especiais. Essa decisão, adotada por ocasião das programações anuais, deverá ser precedida da análise de critérios técnicos e administrativos.

Inicialmente, a definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, a saber (BRASIL, 2001):

- doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores;
- doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados;
- doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

Após essa análise, a decisão deverá, ainda, observar critérios mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos, de que são exemplos (BRASIL, 2001):

- o financiamento da aquisição e da distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros;
- o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população;
- a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos;
- a necessidade de garantir apresentações de medicamentos, em formas farmacêuticas e dosagens adequadas, considerando a sua utilização por grupos populacionais específicos, como crianças e idosos.

É importante ressaltar que, independente da decisão por centralizar ou descentralizar a aquisição e distribuição de medicamentos, deverá ser implementada a cooperação técnica e financeira intergestores. Essa cooperação envolverá a aquisição direta e a transferência de recursos, bem como a orientação e o assessoramento aos processos de aquisição - os quais devem ser efetivados em conformidade com a realidade epidemiológica, visando assegurar o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo, priorizando os medicamentos essenciais e os de denominação genérica (BRASIL, 2001)

Nesse particular, o gestor federal, especialmente, em articulação com a área econômica, deverá identificar medidas com vistas ao acompanhamento das variações e índices de custo dos medicamentos, com ênfase naqueles considerados de uso contínuo. Ainda com relação à articulação, a atuação conjunta com o Ministério da Justiça buscará coibir eventuais abusos econômicos na área de medicamentos.

Essas decisões e a cooperação técnica referida serão viabilizadas por intermédio da articulação intergestores, concretizada, por exemplo, na instituição de grupo técnico-assessor integrado por representações das três esferas de gestão, responsável, principalmente, pela implementação do modelo de assistência farmacêutica a ser adotado, pactuado e submetido à Comissão Intergestores Tripartite - CIT.

O Conselho Nacional de Saúde terá papel preponderante nesse processo, tendo em vista o acompanhamento da implementação da Política de Medicamentos, especialmente no tocante ao cumprimento das medidas pactuadas.

No que diz respeito à promoção do uso racional de medicamentos, atenção especial será concedida à informação relativa às repercussões sociais e econômicas do receituário médico, principalmente no nível ambulatorial, no tratamento de doenças prevalentes.

Especial ênfase deverá ser dada, também, ao processo educativo dos usuários ou consumidores acerca dos riscos da automedicação, da interrupção e da troca da medicação prescrita, bem como quanto à necessidade da receita médica, no tocante à dispensação de medicamentos tarjados. Paralelamente, todas essas questões serão objeto de atividades dirigidas aos profissionais prescritores dos produtos e aos dispensadores. Promover-se-á, da mesma forma, a adequação dos currículos dos cursos de formação dos profissionais de saúde.

O processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática. Essas atividades, coordenadas em âmbito nacional

pela Secretaria de Vigilância Sanitária, serão efetivadas mediante ações próprias do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, no cumprimento dos regulamentos concernentes às boas práticas de fabricação. Essa sistemática permitirá a concretização dos preceitos estabelecidos na Lei n.º 8.080/90 e em legislações complementares.

Em conformidade com as diretrizes relativas à reorientação da assistência farmacêutica, anteriormente explicitadas, especialmente no que se refere ao processo de descentralização, as três esferas de Governo assegurarão, nos seus respectivos orçamentos, os recursos para aquisição e distribuição dos medicamentos, de forma direta ou descentralizada.

No tocante a essa transferência, atenção especial deverá ser dada aos medicamentos destinados ao atendimento de esquemas terapêuticos continuados, aos que ratificam decisões e compromissos internacionais e àqueles voltados à assistência a pacientes de alto risco, como é o caso dos transplantados e renais crônicos.

A prioridade maior do Ministério da Saúde é a descentralização plena do processo de aquisição e distribuição de medicamentos. No entanto, para que as decisões acerca desse processo possam ser viabilizadas, deverá ser instituído um grupo tripartite, com atribuições específicas, que atuará junto ao setor responsável pela implementação da assistência farmacêutica no Ministério da Saúde.

A aquisição e a distribuição, pelo Ministério, dos produtos componentes da assistência farmacêutica básica serão substituídas pela transferência regular e automática, Fundo a Fundo, de recursos federais, sob a forma de incentivo agregado ao Piso da Atenção Básica. Esses recursos serão utilizados prioritariamente para a aquisição, pelos municípios e sob a coordenação dos estados, dos medicamentos necessários à atenção básica à saúde de suas populações.

O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do município,

e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação.

Atenção especial deverá ser dada, também, a um outro grupo de medicamentos incluídos na composição dos custos dos procedimentos realizados pelos prestadores de serviços ao SUS e faturados segundo tabela definida pelo Ministério da Saúde.

Os procedimentos próprios da Vigilância Sanitária serão periodicamente revisados, sistematizados e consolidados em manuais técnico-normativos, roteiros, modelos e instruções de serviço, viabilizando-se, ainda, ampla divulgação. Nesse contexto, aplica-se, inclusive, a revisão dos procedimentos relativos ao registro de medicamentos de marca e similares. A adoção desses instrumentos concorrerá para a equalização e a agilização das atividades e tarefas a serem cumpridas, quer as de natureza técnico-normativa, quer as de caráter administrativo, de que são exemplos: o registro de produtos, as inspeções em linhas de produção, a fiscalização e a farmacovigilância.

Caberá ao Ministério da Saúde, fundamentalmente, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos, ressaltando-se como responsabilidades (BRASIL, 2001):

- prestar cooperação técnica e financeira às demais instâncias do SUS no desenvolvimento das atividades relativas à Política Nacional de Medicamentos;
- estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de Governo;
- apoiar a organização de consórcios destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- incentivar a revisão das tecnologias de formulação farmacêutica;

- promover a dinamização de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico;
- promover a disseminação de experiências e de informações técnico-científicas;
- implementar programa específico de capacitação de recursos humanos voltados para o desenvolvimento desta Política;
- coordenar e monitorar os sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- promover a reestruturação da Secretaria de Vigilância Sanitária, dotando-a das condições necessárias ao cumprimento das responsabilidades do gestor federal, especialmente no tocante à garantia da segurança e qualidade dos medicamentos;
- promover a sistematização do arcabouço legal da vigilância sanitária, adequando-o aos princípios e diretrizes do SUS e ao atual momento da descentralização da gestão;
- promover a atualização da legislação de vigilância sanitária;
- implementar atividades de controle da qualidade de medicamentos;
- promover a revisão periódica e a atualização contínua da RENAME e a sua divulgação, inclusive via Internet;
- promover a elaboração, a divulgação e a utilização do Formulário Terapêutico Nacional;
- promover a atualização permanente da Farmacopéia Brasileira;
- acompanhar e divulgar o preço dos medicamentos, em especial daqueles constantes da RENAME;
- destinar recursos para a aquisição de medicamentos, mediante o repasse Fundo - a - Fundo para estados e municípios, definindo, para tanto, critérios básicos para o mesmo;
- criar mecanismos que vinculem a transferência de recursos ao desenvolvimento de um modelo adequado de atenção à saúde;



- promover a revisão, atualização e ajuste diferenciado do grupo de medicamentos incluídos na composição dos custos dos procedimentos relativos à assistência hospitalar e ambulatorial faturados segundo tabela;
- adquirir e distribuir produtos em situações especiais, identificadas por ocasião das programações tendo por base critérios técnicos e administrativos;
- orientar e assessorar os estados e municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
- orientar e assessorar os estados e os municípios em seus processos relativos à dispensação de medicamentos.

Conforme disciplinado na Lei n.º 8.080/90, cabe à direção estadual do SUS, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.

Nesse sentido, constituem responsabilidades da esfera estadual (BRASIL, 2001):

- coordenar o processo de articulação intersetorial no seu âmbito, tendo em vista a implementação desta Política;
- promover a formulação da política estadual de medicamentos;
- prestar cooperação técnica e financeira aos municípios no desenvolvimento das suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica;
- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito;
- apoiar a organização de consórcios intermunicipais de saúde destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- assegurar a adequada dispensação dos medicamentos, promovendo o treinamento dos recursos humanos e a aplicação das normas pertinentes;
- participar da promoção de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento

tecnológico, bem como do incentivo à revisão das tecnologias de formulação farmacêuticas;

- investir no desenvolvimento de recursos humanos para a gestão da assistência farmacêutica;
- coordenar e monitorar o componente estadual de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- implementar as ações de vigilância sanitária sob a sua responsabilidade;
- definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado;
- definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3, “Diretrizes” , tópico 3.3. deste documento e destinando orçamento adequado à sua aquisição;
- utilizar, prioritariamente, a capacidade instalada dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do estado;
- investir em infra-estrutura das centrais farmacêuticas, visando garantir a qualidade dos produtos até a sua distribuição;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda;
- orientar e assessorar os municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
- coordenar o processo de aquisição de medicamentos pelos municípios, visando assegurar o contido no item anterior e, prioritariamente, que seja utilizada a capacidade instalada dos laboratórios oficiais.

No âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades (BRASIL, 2001):

- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito;

- associar-se a outros municípios, por intermédio da organização de consórcios, tendo em vista a execução da assistência farmacêutica;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- treinar e capacitar os recursos humanos para o cumprimento das responsabilidades do município no que se refere a esta Política;
- coordenar e monitorar o componente municipal de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- implementar as ações de vigilância sanitária sob sua responsabilidade;
- assegurar a dispensação adequada dos medicamentos;
- definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população;
- assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando sua programação à do estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna;
- adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do município;
- utilizar, prioritariamente, a capacidade dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do município;
- investir na infra-estrutura de centrais farmacêuticas e das farmácias dos serviços de saúde, visando assegurar a qualidade dos medicamentos;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda.

O propósito desta Política Nacional de Medicamentos será objeto de contínua avaliação, mediante metodologias e indicadores definidos em projeto específico, formulado pela Secretaria de Políticas de Saúde, a quem cabe, também, a responsabilidade da implementação do processo de elaboração ou reorientação de programas, projetos e atividades, de modo a adequá-los às diretrizes e prioridades fixadas.

A principal finalidade da avaliação será conhecer a repercussão da Política de Medicamentos na saúde da população, dentro de uma visão sistêmica e intersetorial, verificando, também, em que medida estão sendo consolidados os princípios e diretrizes do SUS.

O processo de acompanhamento e avaliação desta Política implicará, necessariamente, não só o envolvimento dos órgãos do Sistema e dos outros setores aqui identificados, como, também, diferentes segmentos da sociedade que direta ou indiretamente lidam com a questão medicamentos.

## **5.4. A ATUAÇÃO JUDICIAL**

### **5.4.1. LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO**

O novo e atual enfoque sobre o princípio clássico da separação dos Poderes do Estado deve ser entendido mais como uma divisão de funções; controlado, fiscalizado e coordenado pelos diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito (MATTOS, 2005).

De acordo com França apud Faria (1999), o conceito de divisão funcional permite o controle do conceito jurídico indeterminado, entendido como a vaguidade semântica existente em certa norma, com a finalidade de propiciar o ajuste dessa mesma norma a uma realidade não conhecida ou ainda pouco conhecida. Com isso, as normas ficam à margem de livre apreciação e da discricionariedade, sem que um poder afronte ao outro, ou invada o raio de competência alheia. Esta divisão de funções dos Poderes do Estado se fundamenta na ordem democrática estabelecida pela Constituição, ocorrendo uma integração racionalizada e garantindo as condições de maior eficiência da atuação estatal, mas com respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Segundo Schmit (1931) a interpretação pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, não invade, em tese, a esfera

dos demais órgãos políticos, tendo em vista que a constituição visa manter eficazes tais comandos supremos, coibindo abusos ou excessos de poder por parte dos órgãos públicos.

Cabe registrar a decisão no RE 259.335 Agr/RJ-STF, de 2000, do Relator Min. Maurício Correa, em que ratifica o entendimento de que a Constituição conferiu ao Poder Judiciário a função de controlar os excessos cometidos em quaisquer das esferas governamentais, sem a caracterização de afronta de um Poder sobre os outros:

(...) Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido (STF, 2000, p. 22).

Também temos no mesmo STF – Supremo Tribunal Federal, no R nº 158.655-9/PA, 2ª T., de 1997, do Relator Min. Marco Aurélio, o afastamento de uma vez por todas, possível transgressão ao princípio da separação de poderes:

(...) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incide uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. **O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO.** - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. **OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS.** - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) (STF, 1997, p. 16.567).

Assim, na intervenção do judiciário para assegurar os princípios constitucionais não há o que se falar em intromissão de um Poder sobre o outro.

Dessa forma, o direito constitucional que Dworkin (1991) defende como “direito constitucional comum” passa a se concretizar pelos tribunais, se fortificando pela interpretação da norma legal que assumiu dimensão constitucional, com plena eficácia (HESSE, 1998, p. 22).

Essa necessária e constitucional interpretação (art. 5º, XXXV, CF) determina, sempre que solicitado, a intervenção do Poder Judiciário, para afastar lesão ou ameaça a direito, independentemente da qualificação da parte passiva na lide. A ordem jurídico-constitucional assegura a todos o acesso ao Judiciário em concepção integral, sem que tal prerrogativa constitua na indesejada invasão de um Poder sobre o outro.

Habermas (1997) testemunha a insuficiência da ultrapassada construção clássica do princípio da separação de poderes, para defender a irradiação dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito, principalmente para aquelas relacionadas à atuação do Estado:

Esses ‘conteúdos essenciais’ ou ‘limites imanentes’ dos direitos fundamentais, operam, segundo o autor, como parâmetros da atuação do Estado-administrador, no campo onde a lei formal não alcança. Por meio de sua realização pela jurisdição constitucional, servem para superar a insuficiência atual da construção clássica do princípio da separação de poderes, atuando como balizamentos controláveis e aferíveis para a atuação administrativa, sobretudo sob a forma do Estado Social. Trata-se de um efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas do direito e, particularmente, para aquelas relacionadas à atuação do Estado. O direito constitucional, para, assim, assumir o papel de autêntico limite substantivo, e não meramente formal, do direito administrativo (HABERMAS, 1997, p.308-309).

Hesse (1998, p.376-377) mantendo eficaz o atual quadro da ordem democrática, onde o controle de poder estabelece o equilíbrio das forças políticas, em total alteração à construção inicial da divisão de Poderes, estabelece, o Judiciário como o responsável pela manutenção da integridade da Constituição:

Um elemento de equilíbrio dos poderes estatal-jurídico é o controle judicial do poder executivo (art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental), nomeadamente, porém, o controle de todos os poderes estatais pela jurisdição constitucional, dotada com ampla competência na Lei Fundamental. Esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida à tradição

constitucional alemã, do Poder Judiciário no sistema dos refreamentos de poderes e controles. O elemento estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz nele, une-se com o democrático, porque ele abre a possibilidade à minoria de recorrer à proteção do tribunal constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação – em que, naturalmente, o Tribunal Constitucional nenhum outro peso pode lançar no prato da balança senão aquele da sua própria autoridade

Estes efeitos refreadores do poder a que aduz Hesse estabelecem a eficácia da Constituição como uma forma de equilibrar os poderes.

Portanto, está ultrapassada a barreira dos limites dos Poderes, como uma forma de impedir a devida e constitucional fiscalização do Poder Judiciário, responsável pela realização da efetividade das normas e dos princípios contidos na Lei Maior. Fica ultrapassada a assertiva clássica de que quando o Poder Judiciário interfere, ele está ultrapassando a fronteira da separação de poderes, mas ao contrário, está mantendo a unidade da Constituição, de forma que o Estado, em todas as suas ramificações preconize os ditames constitucionais, como uma forma de manter livre e justa toda a sociedade.

Para demonstrar a ausência de uniformidade jurisprudencial no que diz respeito ao direito à saúde, apontamos os posicionamentos enunciados por Amaral (2001) de acordo com os decisórios abaixo descritos:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao decidir o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino entendeu que o direito à saúde, garantido pela Constituição, seria suficiente para condenar o Estado a, liminarmente, custear o tratamento ainda experimental, nos Estados Unidos, de menor, vítima de distrofia muscular de Duchenne, totalizando US\$ 163,000.00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento da doença, de origem genética. Asseverando que *“Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”*.

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a possibilidade de dar o mesmo tratamento para pacientes portadores da mesma doença afastou a possibilidade da liminar, no Agravo de Instrumento nº. 42.530.5/4, de 1997, ressaltando que:

Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do preavalecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias

do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...) (TJSP, 1997).

O terceiro posicionamento também é do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº. 48.608-5/4, de 1998, envolvendo novamente menor vítima de mesma enfermidade genética:

O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evita a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc, mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio de terapia, mas dentro do sistema previdenciário (TJSP, 1998).

Amaral (2001), asseverando o dissenso na exegese do que seja o direito à saúde, relata uma situação insólita ocorrida no processo nº 351/99 na 14ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em que um menor impúbere, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne obteve liminar para que o Estado de São Paulo arcasse com R\$ 174.500,00 equivalentes ao valor em dólares necessários ao tratamento, sob a égide que o direito à vida preponderaria sobre qualquer outro, ao passo que a sentença julgou improcedente sua demanda e revogou a antecipação de tutela, determinado a devolução da quantia levantada, “*sob as penas civis e criminais cabíveis*”, ao argumento de que o direito à saúde, garantido pela Constituição deveria ser cumprido dentro dos limites das verbas alocadas à saúde, devendo o Governante:

(...) segundo critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira ‘universal e igualitária’ para cumprir a norma constitucional. Assim, o benefício a um único cidadão, como no caso do autor, prejudica o restante da coletividade de cidadãos, que vêem as verbas destinadas à saúde diminuir sensivelmente, em detrimento de suas necessidades (AMARAL, 2001, P.71-73).



Assim, diante do exposto, observa-se que há o reconhecimento, de forma subjacente, de uma dicotomia entre direitos positivos (sociais) e negativos (de liberdade) (SILVA, 2005).

Nos julgados em que é negada a tutela à saúde, sustenta-se de que não seria incumbência do judiciário interferir em feitos, quando há necessidade de previsão orçamentária, acarretando elevados riscos econômicos e políticos, em razão da necessidade de criação de uma política estatal adequada a fim de realizar este direito. Portanto, o seu agir seria ilegítimo nesses casos.

A distinção entre tais direitos, é vista, nas palavras de Bobbio (1992, p. 72), da seguinte forma.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

Diante da referida classificação de Bobbio, (1972) são formadas três correntes:

1) a negação da eficácia aos direitos sociais, vez que dependem de meios materiais para serem exercidos (a maioria dos direitos, mesmo os “negativos”, dependem de mediação do legislador. A maioria dos direitos são regulamentados por leis infraconstitucionais – o diferencial dos direitos sociais são as políticas públicas e prestação de serviços públicos, em grande volume. Todos os direitos dependem, em maior ou menor grau, de políticas e serviços prestados pelo Estado, nem que seja o Estado polícia);

2) a segunda, os direitos sociais com o mesmo nível dos direitos individuais, que segundo Marmelstein (2003) todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc) devem ser analisados em todas as dimensões, a saber: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. E mais: exige que seja

abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

3) e os direitos sociais vigendo sob a *reserva do possível*, a ser definida mais adiante, eis que a realização demanda emprego de meios financeiros.

Ocorre, como bem aponta Silva apud Holmes & Sunstein (1999), sentido algum faria existir uma dicotomia entre direitos positivos e negativos, já que para a proteção de todos seria necessária uma atuação estatal forte. O próprio Estado não exerceria sua função se só pudesse proteger os direitos negativos, pois, *in verbis*:

Se os direitos fossem meramente imunidades de interferência pública, a maior virtude do governo (no tocante ao exercício de direitos) seria a paralisia ou sua inépcia. Mas um Estado não ativo é incapaz de proteger liberdades pessoais, até mesmo aquelas que parecem ser inteiramente 'negativas,' como o direito de não ser torturado por policiais ou guardas de prisão. (...) Todos os direitos são custosos porque pressupõem fundos angariados pelos contribuintes a fim de constituir um efetivo maquinário para supervisionar, monitorar e aplicar a lei. (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, p. 17-19).

Com efeito, apesar da existência de argumentos contrários, fica evidente que devemos caminhar no sentido de reivindicar a tutela do direito à saúde, para qual se torna necessária uma prestação estatal (SILVA, 2005).

Por outro lado, com o reconhecimento da efetividade dos direitos positivos ocorre um crescimento de demandas, e conseqüentemente, a proteção à saúde acarreta real dispêndio de recursos.

Cabe aqui registrar o entendimento do Ministro Celso de Mello no RE nº. 811.608/RS:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas..., pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.[....].

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto

da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...].

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [ ] (STF, 2007).

#### Daí a correta ponderação de Barcellos (2002):

Em resumo, 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, 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 possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

Dessa forma, segundo Achoche (2008), não pode assim o Poder Público eximir-se de seu mister constitucional, sob a cômoda alegação de falta de verbas orçamentárias, utilizando-se do princípio da reserva do possível, sob pena de tal atitude caracterizar inconstitucionalidade, ainda que por omissão.

E continua o mesmo autor afirmando que, ademais, não se pode mais utilizar do discurso de que os direitos sociais, notadamente os de saúde, sejam de caráter programático, porquanto pautamo-nos por uma Constituição Dirigente, a qual tem por função impor aos poderes estatais seu cumprimento (ACHOCHE, 2008).

#### 5.4.2. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E CONHECIMENTO TÉCNICO

Como bem salienta Silva (2005), dessa forma, esboça-se a dificuldade dos magistrados decidirem acerca de casos sem possuir conhecimentos médicos, eis que nem mesmo os próprios médicos sabem precisar a concretude dos efeitos destas drogas. O judiciário decide com base em pareceres técnicos e precisa buscar conhecimento técnico, por meio de perícia. Isso deve ocorrer em todos os processos que envolvam questões técnicas, quaisquer que sejam.

Comprovando este quadro, Andrei Netto apud Silva (2005) verificou que há atualmente a concessão judicial de medicamentos de custos altíssimos e que, após pesquisas realizadas, se chegam à conclusão de que seria uma pílula ineficaz (placebo). Há também os casos que, por indicação médica, pacientes movidos pelas promessas de cura, solicitam à Justiça tratamentos com medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e fora dos protocolos brasileiros, lhe sendo o Judiciário favorável. Há também que mencionar o fato de que muitas vezes, o governo é obrigado pelo Judiciário a importar remédios que se encontram nessa situação acima descrita.

Amaral (2001, p. 71-73) bem ressalta alguns questionamentos:

(...) os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais são os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, por exemplo)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não outra.

O que também se vislumbra na problemática do Direito à Saúde, segundo Silva (2005) é o fato de que o Judiciário ao decidir, o faz em casos concretos, lides específicas que lhe são postas, com a concepção de que a verdade é o que está contido no processo, além do que, quando analisa os requerimentos judiciais para a proteção à saúde o faz individualmente, e ante um pedido de um

cidadão e os cofres públicos não há que se falar em escassez, em ausência de recursos suficientes.

No mesmo sentido também é a percepção de Gouveia (2003) quando diz que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, não tendo como avaliar, mesmo munido de laudos técnicos, se determinado medicamento é efetivamente indispensável para se promover a saúde e a vida. A análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença.

## **5.5. TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Silva (2005) também salienta que a ausência de uma estruturação judicial adequada que considere a complexa problemática concernente à efetivação da saúde, nos leva ao posicionamento adotado por Robert Alexy, para atender uma maior gama de indivíduos no contexto de micro-justiça.

Ressalta o mesmo autor que a teoria adotada por Alexy foi sintetizada em um artigo de Bigolin (2004) o qual leciona, que Alexy visa harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos sociais numa concepção calcada na idéia da ponderação entre princípios, ressaltando que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes, que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar -, pois identificar os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação (BIGOLIN, 2004).

No entender do constitucionalista, ainda sob a ponderação de Silva (2005), em matéria orçamentária, por não ser absoluto o princípio da reserva parlamentar, os direitos sociais corresponderiam a um padrão mínimo de existência,

de um padrão mínimo de atendimento na área da saúde, contrapondo as razões de política financeira.

Ou seja, estabelecendo como condição para sua efetivação a fundamentalidade, assim abordada por Alexy (1999, p. 203-214):

A segunda concepção é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentalidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca o núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial.

Ainda Silva (2005) alega que na esfera de um padrão mínimo em prestações sociais, também mínima será a restrição na esfera dos princípios conflitantes com a realização dos direitos sociais, afirmando ainda Alexy (1999) que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer, no caso concreto, quando em conflito com o princípio da reserva do possível e o princípio democrático, igualmente fundamental, mas não absoluto.

Sobre o princípio da reserva do possível vale assinalar uma breve consideração.

Ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Os elementos constitutivos desse mencionado binômio devem se configurar de modo afirmativo e cumulativamente para o encargo governamental se tornar efetivo com a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Caso contrário, a eficácia desses mesmos direitos fica comprometida e assim se justifica a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para viabilizar, a todos, o acesso aos bens injustamente recusado pelo Estado.

O mesmo autor conclui dizendo que a saúde é um direito subjetivo fundamental e, portanto, exigível, consistindo em um avanço, com a superação do pensamento retrógrado, que negava eficácia aos direitos sociais. Que urge ao judiciário considerar em seus julgados, as repercussões que deles virão, quando tiver implicações sejam de natureza orçamentária, financeira, material ou de outra espécie, já que exercem papel de agentes de mudança social quando exigem cumprimentos dos outros poderes aos ditames constitucionais. (SILVA, 2005)

## **5.6. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA**

A efetividade das disposições da Constituição Federal propiciou uma maneira nova de praticar o direito constitucional, pois permitiram a intervenção do judiciário em situações que envolvam direitos sociais, direito à saúde e mesmo assistência farmacêutica, no fornecimento de medicamentos.

Canotilho frisa esse entendimento textualmente: “as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 26).

Contudo, segundo Barroso (2005), o ativismo judicial vem sofrendo críticas severas nessa matéria. Ora no sentido de que a garantia do direito à saúde se faria mediante políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais, ora que a competência para tomar decisões foi conferida ao Poder executivo, detentor de visão geral acerca da disponibilidade de recursos, das necessidades a serem suprimidas.

O referido autor também afirma que há a objeção que envolve a questão da legitimidade democrática, cujo entendimento se respalda de que o povo é quem deveria decidir por voto popular de que modo os recursos públicos deveriam ser gastos, já que é quem paga os impostos. O próprio povo priorizaria as demandas,

fossem eles no campo da saúde, fossem no da educação, ou seja, em todos os campos de governo (BARROSO, 2005).

No mesmo sentido, Holz (2005) faz comentário sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº. 45/DF:

De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa (HOLZ, 2005, P. 05).

Sem o objetivo de graduar, a crítica mais acirrada está no campo da reserva do possível, vez que os recursos públicos seriam insuficientes para atendimento das necessidades sociais, com imposição ao estado de tomada de decisões com grau de grande dificuldade.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Krell (2002, p. 22-23):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Temos que a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de



reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Barcellos (2002, p.245-246), sob esse assunto, também pondera:

Em resumo: 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, 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 possível. (BARCELLOS, 2002).

Vale registrar a opinião do Ministro Celso de Mello, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF nº. 45/2004, quando assevera:

a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência [...]...que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de

exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade ( STF, 2004).

Contrariamente Gouvêa (2003) sintetiza sua crítica dizendo que uma ordem judicial que imponha a entrega de remédio a um determinado postulante acarreta a ausência de assistência farmacêutica a outro doente cadastrado em algum programa.

E esclarece o mesmo autor:

Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegessem uma delas (GOUVEIA, 2003, p.113).

De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.

É essa a opinião de Amaral (2001, p. 71-73) "Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los".

De acordo com esse mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível 1994.001.01.01749, mediante a Relatoria da Desembargadora Carpena Amorim decidiu que:

dada à carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população (TJRJ, 1994).

Nessa mesma linha, é o pensar de Nunes e Miranda Coutinho:

A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: 'não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.' E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jufundamental.(NUNES E MIRANDA COUTINHO, 2004, p.455-456).

Esclarecendo, Gouvêa, (2003, p.113) ensina:

Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegessem uma delas.

E ainda acrescenta o mesmo autor:

Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário (GOUVEIA, 2003, p.113).

Weintraub (2005) também concorda com a afirmação acima:

O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, sancta simplicitas: é melhor prevenir que remediar. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. (...) Estas diretrizes [as do art. 200 da CF/88] confirmam o alcance de um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, v. g., são interesses difusos, pois causam impacto social[.]. São questões intrínsecas à saúde, que deveriam ser essência da atuação estatal. (WEINTRAUB, 2005, p. 20-58).

Tavares (2002) sustenta também a mesma tese quando diz:

Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são 'seletivas' no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário (TAVARES, 2002, p.109-110).

## **6. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Foram selecionados 20 acórdãos do Superior TRIBUNAL de justiça, de acordo com a metodologia descrita no presente trabalho. Os 20 (vinte) documentos analisados se referiram à manifestação do STJ nos seguintes recursos interpostos em processos que objetivavam o fornecimento de medicamentos pelo Estado: recurso especial (10); agravo regimental no recurso especial (6); agravo regimental na medida cautelar (1); agravo regimental no agravo de instrumento (1); agravo regimental no conflito de competência (1) e embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial (1).

Assim, foram prolatadas decisões com o intuito de assegurar o fornecimento de medicamentos, inclusive reconhecendo a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos.

Tabela 1 Corresponde aos tipos de recursos, seus objetos e julgamento dos acórdãos.			
Nº do Recurso	Tipo de recurso	Objeto	Julgamento do acórdão/Data
REsp 784241/RS 2005/0160324- 8	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Art. 461, do CPC. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial.	Parcialmente conhecido, por unanimidade. 08/04/2008.
AgRg no REsp 1.023.180/RS 2008/0010487-0	Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos não integrantes da lista da Port. 238/06 da SES/RS ou da Port. 2.577/06 do MS. Súmula n. 283/STF. Incidência da Súmula n. 07/STJ.	Negado provimento ao agravo, pela Turma, por unanimidade. 17/04/2008
AgRg no REsp 936.011/RS 2007/0058680-4	Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Art. 461, CPC. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial	Desprovido por unanimidade 17/04/2008
REsp 1030887/RS 2008/0023153-4	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Súmula 07/STJ	Não conhecido 06/05/2008
AgRg no REsp 950725/RS 2007/0109230-8	Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Cominação de multa diária contra a Fazenda Pública.	Agravo Desprovido 06/05/2008
REsp 1001305/SC 2007/0258993-6	Recurso Especial	Fornecimento de medicação. Súmula 283/STF. Art. 273 do CPC. Súmula 7/STJ	Conhecido em parte e não provido. 06/05/2008
EDcl no AgRg no REsp 863853/SC 2006/0144063-5	Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamento. Dever do Estado	Rejeitados. 13/05/2008
AgRg no CC 92618/SC 2007/0298249-0	Agravo regimental no Conflito de Competência	Fornecimento de medicamentos. Lei n. 10.259/01, art. 3º, § 1º. Competência do Juízo Especial Federal	Não provido 14/05/2008
AgRg no REsp 879919/RS 2006/0178550-8	Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Fixação de multa. Súmula 7 do STJ.	Negado provimento 15/05/2008

REsp 804779/RS 2005/0209142-2	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Súmula n. 284/STF	Parcialmente conhecido e nesta extensão não provido..  15/05/2008
REsp 1042579/SP 2008/0063251-4	Recurso especial	Fornecimento de medicamentos- Fixação de multa. Súmula n. 284/STF	Conhecido em parte e nesta extensão, provido.  15/05/2008
REsp 1044982/RS 2008/0069735-4	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial	Provido.  15/05/2008
AgRg no Ag 961677/SC 2007/0249944-4	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	Fornecimento de medicamentos. Responsabilidade solidária dos entes federativos	Não provido.  20/05/2008
REsp 1015.253/RN 2007/0305190-7	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Violação do art. 535 do CPC.  Súmula n. 211/STJ	Conhecimento parcial  Provimento negado.  20/05/2008
REsp 904.329/RS 2006/0258148-1	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos pelo Estado  Súmula 7/STJ	Não conhecido, por impossibilidade de reexame fático-probatório dos autos.  20/05/2008
REsp 105.1257/PR 2008/0089434-0	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Violação do art. 535 do CPC. Súmula 7/STJ	Não provido.  20/05/2008
AgRg no REsp 963416/RS 2007/0143883-9	Agravo Regimental no Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública	Desprovimento do Agravo regimental, por unanimidade.  27/05/2008
REsp 868038/RS 2006/0151203-0	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Art. 461 do CPC. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial	Não provido, por unanimidade.  27/05/2008
AgRg na MC 14096/PR 2008/0083007-7	Agravo Regimental na Medida Cautelar	Fornecimento de medicamentos. Litispendência. Ausência de caracterização. Periculum in Mora	Não provido, por unanimidade-  03/06/2008
REsp 1044253/RS 2008/0069078-6	Recurso Especial	Fornecimento de medicamentos. Súmula n. 284/STF. Súmula n. 7/STJ	Não conhecido, por unanimidade.  03/06/2008

Tabela 2- Corresponde à origem dos processos e julgamentos favoráveis ou desfavoráveis

<b>Origem</b>	<b>Acórdãos julgados não providos</b>	<b>Acórdãos julgados procedentes</b>	<b>Acórdãos favoráveis ao bloqueio de verbas públicas</b>
Rio Grande do Sul	11	1	5
Santa Catarina	3	1	0
Rio Grande do Norte	1	0	0
São Paulo	1	0	0
Paraná	2	0	0
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
<b>Percentual</b>	<b>90%</b>	<b>10%</b>	<b>25%</b>

## 7. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise dos acórdãos permitiu verificar que os Senhores Ministros têm votado no sentido de resguardar os direitos constitucionalmente indisponíveis. Assim, têm sido prolatadas decisões com o intuito de assegurar o fornecimento de medicamentos, inclusive reconhecendo a responsabilidade solidária dos entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos.

O entendimento pacífico está sendo no sentido de que é possível ao juiz *ex officio* ou a requerimento da parte, em casos que envolvam o fornecimento de medicamentos ao portador de doença grave, determinar a imposição de multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, objetivando o efetivo cumprimento da determinação judicial.

Tem-se decidido quanto à possibilidade da imposição de bloqueio bancário, com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação de fazer, atestada por decisão judicial, consistente em fornecimento de medicamento pelo Estado, tendo-se observado esse tipo de decisão em 05 (cinco) acórdãos analisados.

A análise dos julgados demonstra que as decisões do Superior Tribunal de Justiça têm sido recorrente no sentido da concessão da tutela judicial para garantir o fornecimento de medicamentos em casos de doenças graves, raras, às pessoas carentes e, de forma ampla, a todos aqueles que necessitem da assistência farmacêutica prestada pelo Estado.

Dos 20 (vinte) casos analisados, (90%) foram a favor da concessão dos medicamentos ou da manutenção da decisão judicial que anteriormente já havia garantido ao paciente o fornecimento dos medicamentos de que necessitava.

Apenas dois casos fugiram à regra, (10%), o AgRg no CC 92618 / SC, que trata de conflito de competência e, mesmo assim, a matéria diz respeito à competência do juízo quanto ao valor da causa nas ações para fornecimento de



medicamentos, e o outro, o REsp 1030887 / RS, não foi conhecido devido ao fato de que o que se pretendia era a substituição de um medicamento que não integra a lista do SUS, por outro que conste dessa listagem, o que só seria possível se fosse garantida a qualidade do tratamento e para isso seria necessário o reexame de provas, que é vedado em sede de recurso especial pela Súmula 7 do STJ.

Nos itens 1, 3, 10, 12 e 18, REsp 784241/RS, AgRg no REsp 936011/RS, REsp 804779/RS, REsp 1044982/RS e REsp 868038/RS, respectivamente, (25%), foram adotadas medidas executivas para a efetivação da tutela, com imposição de bloqueio de verbas públicas, segundo o art. 461, § 5º, do CPC, para assegurar o cumprimento da decisão judicial, que obriga o Estado a prestar assistência farmacêutica gratuita ou mesmo garantir o custeio de tratamento médico indispensável.

No item 12, REsp 1044982/RS, inclusive, essa corte considerou a existência da possibilidade de bloqueio bancário por apresentar-se como medida menos onerosa aos cofres públicos do que a imposição de multa diária, demonstrando preocupação não só com o efetivo cumprimento da obrigação do Estado pelo fornecimento de medicamentos à parte autora como também com a questão econômica.

O STJ vem entendendo que em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não há como postergar a proteção desses bens, que as decisões devem concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

Percebe-se, assim, que aquela Corte Superior com as suas decisões tem assegurado a garantia dos direitos, constitucionalmente previstos, à vida e à saúde. E, também, tem resguardado a continuidade dos tratamentos com qualidade.

As decisões têm sido proferidas dentro dos limites previstos na Constituição da República e em legislação federal. No entanto, na maioria das vezes, esses julgados têm privilegiado de forma singular aqueles que buscaram resguardar os seus direitos através do Judiciário, o que tem deixado margem ao

questionamento de que se realmente existiria uma judicialização do direito à saúde e se esse processo todo poderia ser assim denominado.

Outra questão que tem sido discutida é se tais decisões judiciais não estariam influenciando negativamente no serviço de assistência farmacêutica prestado à população como um todo, pois ao considerar a coletividade, alguns autores são unânimes em afirmar que o grande volume de concessões judiciais tem prejudicado a amplitude da assistência estabelecida, segundo a política nacional de medicamentos, até mesmo pelo fato de que o orçamento previsto estaria sendo comprometido.

No caso do item 19, AgRg na MC 14096 / PR, aquela Corte negou provimento ao agravo regimental considerando a presença do *periculum in mora*, ante a ocorrência de perigo manifesto de lesão irreversível, pois a moléstia que a menor é portadora impõe controle diário da taxa glicêmica, sendo certo que a interrupção do controle, cuja continuidade pretendia com o presente ajuizamento, comprometeria a sua saúde.

Também o STJ manteve o mesmo entendimento na decisão de nº. 20, REsp 1044253 / RS, afirmando que o fornecimento de medicamentos especificamente para menor carente trata-se de matéria constitucional e que é defeso em recurso especial, o revolvimento do conjunto fático probatório constante dos autos, pois a instância ordinária é soberana no exame das provas. E, ainda, foram citados os termos do parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação e reabilitação.”

Essa é a razão da incidência, na espécie, da Súmula 7, do STJ, abaixo descrita:

**STJ Súmula nº 7 - Reexame de Prova - Recurso Especial:**

*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Verificou-se também que aquela Corte tem considerado a possibilidade de bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial. Assim, no

REsp nº 868038 / RS, o entendimento foi de que o bloqueio de valores na conta corrente do Estado, embora possa parecer mais rigoroso, apresenta-se como medida menos onerosa do que a imposição de multa diária.

Não é outro entendimento da mesma Corte quando decidiu dar provimento ao REsp 1044982 / RS e ao REsp 804779 / RS, no sentido de resguardar o cumprimento da decisão judicial quanto à assistência farmacêutica, consistente na obrigação de fazer pelo Estado.

Outrossim, constatou-se que em reiterados precedentes o STJ tem reconhecido a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que diz respeito à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças graves.

Em alguns casos, como ocorreu no REsp 1030887 / RS, não tem sido concedida a possibilidade de substituição de um medicamento que não integra a lista do SUS, por outro que conste dessa listagem, pois tal procedimento demandaria a incursão no campo fático-probatório, a fim de garantir que não houvesse alteração da qualidade do tratamento. Entretanto, o reexame do conjunto fático-probatório é vedado na via especial devido à incidência da Súmula 7 do STJ.

Sobre a assistência a ser prestada aos portadores de doenças graves, a análise do julgado EDcl no AgRg no REsp 863853 / SC, o qual trata-se de ação objetivando a condenação de entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da hepatite c, o entendimento é de que o SUS visa a integralidade da assistência à saúde, devendo atender aos que dela necessitem e a União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas referentes à assistência farmacêutica gratuita.

No mesmo sentido, foi julgado o AgRg no REsp 950725 /RS, que é ação objetivando a condenação de entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de miastenia gravis.

## 8. CONCLUSÃO

Baseando-se nos resultados encontrados da análise dos teores desses acórdãos, permitiu-se verificar que o entendimento o qual vem sendo afirmado no STJ é no sentido de garantir o direito à vida e à saúde, a fim de assegurar os direitos sociais e individuais, o bem-estar e a justiça como valores constitucionalmente consagrados.

O interesse maior do STJ é resguardar direitos indisponíveis como à saúde e, especificamente, nos casos trazidos no presente estudo, garantir a justa e regular assistência farmacêutica em consonância com o previsto na Portaria nº 3.916/1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos.

Essa corte em alguns casos já referidos no presente trabalho adotou medidas executivas para a efetivação da tutela, com imposição de bloqueio de verbas públicas, segundo o art. 461, § 5º, do CPC, para assegurar o cumprimento da decisão judicial, entendendo que em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não há como postergar a proteção desses bens.

Assim, verificou-se que o STJ está tendo o entendimento de que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se a assistência farmacêutica gratuita aos que dela necessitem como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde.

É primordial que o sistema jurídico garanta a existência de uma política pública de medicamentos, é primordial o reconhecimento das políticas públicas, pelo direito, devidamente caracterizado como integrante dos direitos sociais, para que esse mesmo direito seja garantido, adequadamente, a toda coletividade e não só privilegie os interesses, não só atenda às necessidades individuais de quem teve acesso ao Judiciário.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2102, 2008;

AGRIPA, Faria Alexandre. Questão de Política como Questão de Direito: A Judicialização da Política, a Cultura Instituinte das CPIs e o Papel dos Juizes e Promotores no Brasil. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, da Universidade Federal de Santa Catarina, 2000;

ALEXI, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid, 1993, p. 123;

\_\_\_\_\_ 1997, p. 82, 86 a 88;

\_\_\_\_\_Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. Luís Afonso Heck, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 16. 1999. p. 203-214;

\_\_\_\_\_Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90;

ALENCAR, Martsung F.C.R. O sistema jurídico: normas, regras e princípios. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8628>;

ALMEIDA JUNIOR, Elmo Jose Duarte de. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357&p=1>;

ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos Sociais, Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7627>>. 2005;

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.71-73;

AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional – alcance doutrinário. Porto Alegre: Safe, 2004;

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p.220;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995;

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

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996<sup>1</sup>;

\_\_\_\_\_ A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3a ed. atual, Renovar, Rio de Janeiro, 1996<sup>2</sup>;

\_\_\_\_\_ Interpretação e aplicação da Constituição, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998;

\_\_\_\_\_ A doutrina brasileira da efetividade. In: Temas de direito constitucional, 2000, v. 3, p. 76;

\_\_\_\_\_ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, 2002, p. 09;

\_\_\_\_\_ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, 2005<sup>1</sup>. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>;

\_\_\_\_\_Temas de Direito Constitucional, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005<sup>2</sup>, p. 5/6;

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 16<sup>a</sup> edição, 1994;

BERTONE, Arnaldo Agenor. As idéias e as práticas: a construção do SUS. 2002. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografia\\_revisada\\_Arnaldo.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografia_revisada_Arnaldo.pdf);

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais, Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 53, 2004, p. 49-70;

BITTENCOURT, Margarida da Silva e SANTOS, Nivaldo dos, A Efetividade dos Direitos Sociais; ANAIS da 58<sup>a</sup> reunião anual da SBPC - Florianópolis-SC, julho/2006;

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo:Malheiros, 4<sup>a</sup> edição, 1993;

BRANDÃO, Luiz Carlos Kopes. Estado e Justiça. Concepções e correlações. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1852, 27 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11528>>;

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado Federal, 1988;

BRASIL, Agravo de Instrumento. nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997);

\_\_\_\_\_ Agravo de Instrumento. nº 48. 608-5/4, j. 11.02.1998);

BRASIL, Decreto nº. 1.232, de 30 de agosto de 1994 – regulamenta o repasse fundo a fundo;

\_\_\_\_\_Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990 – Lei Orgânica da Saúde;

\_\_\_\_\_ Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990 – Dispõe sobre a participação da comunidade e transferência intergovernamentais;

\_\_\_\_\_ Lei nº. 8.689, de 27 de julho de 1993 – Extingue o Inamps ( Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social);

\_\_\_\_\_ Portaria nº. 3.916, de 30 de outubro de 1998 – Política Nacional de Medicamentos;

BRASIL, Ministério da Saúde, ABC DO SUS – Doutrinas e Princípios, 1990;

\_\_\_\_\_ Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS: Comunicação visual/Instruções Básicas. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, 1991. Acessado em 5 de junho de 2008 em <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/web/ABCdoSUS.pdf>;

\_\_\_\_\_ Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. 44p. il. ISBN 85-334-0325-9;

\_\_\_\_\_ Departamento de Formulação de Políticas de Saúde, Política de Distribuição de Medicamentos, 2001;

\_\_\_\_\_ Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. O Desenvolvimento do Sistema Único de Saúde: avanços, desafios e reafirmação dos seus princípios e diretrizes. 1. ed., 2ª reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. ISBN 85-334-055-8;

\_\_\_\_\_ Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. ISBN 85-334-0871-4. Disponível em PDF e *online*;

\_\_\_\_\_ Recurso Especial 811.608/RS. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Recorrido: Ministério Público Federal. Ministro Relator Luiz Fux. 1ª Turma. Brasília: 15/05/2007;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo versus governo dos juízes, 2000;



\_\_\_\_\_Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002;

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995 .p. 517;

\_\_\_\_\_Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3a edição, Almedina, 1999<sup>1</sup>, p.1189;

\_\_\_\_\_Estado de Direito, 1999<sup>2</sup>, p.09 -10;

\_\_\_\_\_Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra, Livraria Almedina 2001, p. 946;

\_\_\_\_\_Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 26;

CARDOSO, Semiana S. de Oliveira. A efetividade dos direitos fundamentais face à discricionariedade administrativa, 2007;

CARVALHO, Ernani R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de sociologia e política, n. 23, Curitiba, nov/2004;

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, n. 34. 1997;

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>;

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Legislação do SUS. Brasília: CONASS, 2003. ISBN 85-89545-01-6. Acessado em 3 de junho de 2008 em [http://www.aids.gov.br/incentivo/manual/legislacao\\_sus.pdf](http://www.aids.gov.br/incentivo/manual/legislacao_sus.pdf) (Acessível também a partir do DATASUS);

COSTA, Cristina. Sociologia: Introdução á ciência da sociedade. Editora Moderna. São Paulo, 1997, pág. 46 e 47;

D'ANGELIS, Wagner, Os direitos de liberdade (Individuais), in Gerações de Direitos Humanos, no site: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaodh/gerac1.htm>;

DANTAS, Ivo. Constituição Federal - Teoria e Prática. Rio de Janeiro:Renovar, 1ª edição, 1994;

DELGADO, José Augusto. O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional Palestra proferida no XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. O Direito Constitucional do Século XXI, 2005, p. 4;

DWORKIN, Ronald. Law's Empire, The Fontana Press, 1986, Londres, reimp. 1991, caps. 10 e 11;

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 246-247;

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Saúde e Previdência Social: Desafios para a Gestão no Próximo Milênio. São Paulo: Makron Books, 2001;

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e Discricionariedade nos atos administrativos, 1999, no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=346>;

GANDINI, João Agnaldo Donizeti e BARIONE, Samantha Ferreira e SOUZA, André Evangelista. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências, Clube Jurídico do Brasil, 2008;

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>;

GOMES, Rafael Benevides Barbosa. Imparcialidade no judiciário brasileiro: Análise crítica e fundamentos sistêmicos, 2005, no site: [WWW.boletimjuridico.com.br](http://WWW.boletimjuridico.com.br);

GOUVÊA, Marcos Maselli, O controle judicial das omissões administrativas, 2003<sup>1</sup>, p.19, 22-23;

\_\_\_\_\_ O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. Revista forense 37: 108,113, 2003<sup>2</sup>;

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2º v., 1997, p. 308/309;

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. tradução de Luis Afonso Heck, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998<sup>1</sup>, p. 376/377;

\_\_\_\_\_ A Força Normativa da Constituição, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998<sup>2</sup>, Porto Alegre, p. 22.

HOBBS, Thomas, Leviathan. The First Part: Of Man – Chapter XIV: Of the First and Second Natural Laws, and of Contracts, 1651;

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Co. 1999, p. 9;

HOLZ, Fabiano Beserra, Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental nº. 45/DF, Revista de direito social 18:110, 2005;

HOWARD, A .E. Dick Construção da Democracia Constitucional no Mundo: uma perspectiva norte-americana, 2003;  
<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/howard.htm>;

LOSEKANN, Luciano André. *A Hermenêutica Concretista em Peter Häberle e a Jurisdição Constitucional no Brasil*, AJURIS, Porto Alegre, Ano XXXI – n.93, mar. 2004;

KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes, 2005 (edição original de 1785);

KRELL, Andreas Joachim, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, Fabris, p. 22-23, 2002;

KUNTZ R. Estado, mercado e direitos. In: Faria JE, Kuntz R. Qual o futuro dos direitos?: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonard; 2002. p. 1-45;

LIMA, Maria Cristina de Brito. .Limites econômicos dos direitos sociais: site: [www.orbita.starmedia.com/tj.rj.paracambi/paginas/mc5.htm](http://www.orbita.starmedia.com/tj.rj.paracambi/paginas/mc5.htm);

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: Duas análises. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, n. 57. São Paulo, 2002;

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>;

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>;

MARQUES, Silvia Badim e DALLARI, Sueli Gandolfi, Garantia do Direito Social à Assistência Farmacêutica no Estado de São Paulo. Revista da Saúde Pública, Vol. 41, n.1. São Paulo. Fev. 2007;

MARTINEZ, Vinício C. Estado do bem estar ou Estado social, 2004, no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=6623>;

MELO, André Luís Alves de. A judicialização do Estado brasileiro, um caminho antidemocrático. 2001;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. SP: Malheiros, 2004;

MENDES, Moisés. Descaso de prefeitos fragiliza o SUS. *Zero Hora*, Porto Alegre, p.38-40, 26 de junho de 2005;

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.365;

MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 4ª edição. São Paulo: Atlas. 2002, p. 39.

MORAES, Marcelo Estevão. Seguridade Social e Direitos Humanos, AJURIS, Porto Alegre, Ano XXX – n.90, jun. 2003;

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 366,369,370,371.

NALINI, José R. Com as próprias pernas. O Estado de São Paulo, 21/01/02, p. A2;

NUNES, José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível, 2004, p.455-456;

OLIVEIRA, Vanessa Elias de, Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política, Revista de Ciências Sociais, Vol. 48, nº 3, 2005, pp. 559-587;

\_\_\_\_\_ O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

REALE, Miguel, Filosofia do Direito. São Paulo. Saraiva, 1996;

REVISTA DA SAÚDE PÚBLICA, VOL. 34, N.2. SÃO PAULO, 2000;

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais, 1997. Disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>;

ROMERO, Luiz Carlos. Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: O Caso do Distrito Federal. Texto para Discussão 41. Brasília, 2008, p. 8, 10-11;

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2003, p. 110;

\_\_\_\_\_Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2004, p. 162;

SILVA, Francisco Viegas Neves da. Relatividade da Justiça na Jurisdição, Revista da Escola de Direito da Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, v. 5 - n.1, jan./dez. 2004;

\_\_\_\_\_ Monografia. Considerações sobre a judicialização do acesso à saúde; Pelotas, 2005;

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 20ª edição. Malheiros Editores: São Paulo. 2002, p. 178;

SILVA, Luís Virgílio Afonso da , O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeografado, 2005, p. 5;

SOUZA, Marcelo Medeiros Coelho de. A transposição de teorias sobre a institucionalização do Welfare State para o caso dos países subdesenvolvidos. Rio de Janeiro: IPEA, 1999;

SOUZA, Renilson Rehem de. O sistema público de saúde brasileiro. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em <http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>.

\_\_\_\_\_ Construindo o SUS: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo. 2002. Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografia\\_construindo\\_sus.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/monografia_construindo_sus.pdf);

SCHMIT, Carl citando H. Stoll, defende: El pleno derecho de control judicial es el verdadero coronamiento del Estado de Derecho. SCHMIT. Carl., La Defensa de La Constitución, traducido por Manuel Sanches Sarto, Tecnos, 1931, Madrid, p. 59;

SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

STF, R nº. 158.655-9/PA, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2.05.97, p. 16.567);

- STF, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29 de abril de 2004;
- STF, RE nº. 811.608/RS, Min. Celso de Mello, 2007;
- STF, RE 259.335 Agr/RJ, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7.12.2000, p. 22);
- STJ, Súmula nº 7 - 28/06/1990 - DJ 03.07.1990;
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.183;
- TATTE, Neal e VALLINDER, Torbjörn, *A expansão Global do Poder Judicial*, 1995;
- TAVARES, Lúcia Léa Guimarães . *O fornecimento de medicamentos pelo Estado*, *Revista de direito da Procuradoria-Geral* 55: 2002, 109-110;
- TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. Dissertação de Mestrado, Brasília, UnB, 1997;
- THURLER, Lenildo, *SUS - Legislação e questões comentadas*, 1.ª edição. Rio de Janeiro, Editora Campus, 2007. ISBN 9788535223804 <http://www.livrodosus.com.br>;
- TJRJ, Apelação Civil nº 1994.001.01.01749, j.20 set. 1994, Des. Carpena Amorim;
- TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997; Rel. Des. Alves Bevilacqua;
- TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 48. 608-5/4, j. 11.02.1998, Rel. Des. Rui Cascaldi;
- TJRS, 21ª Câmara Civil, *Diário de Justiça/RS*, Porto Alegre, p.1, 24 de agosto de 2004, Des. Genaro Baroni Borges;
- USINFO.STATE.GOV, *Princípios da Democracia*, 2004;
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999;

VIEIRA, Rejane Esther & INÁCIO, Ana Elise Cardoso. Democracia, Participação e Poder Local: Uma Análise da Nova Atuação dos Movimentos Sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista Democracia & Direitos Fundamentais, Curitiba:UniBrasil ,v.2,n.2 ,jun./dez, 2007;

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos, Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social, Revista de direito social 20:58, 2005;

WIKIEDUCAÇÃO, 2008. Disponível no site:  
[http://wiki.educartis.com/wiki/index.php?title=Sistema %C3%9Anico de Sa%C3%BAde \(SUS\);](http://wiki.educartis.com/wiki/index.php?title=Sistema_%C3%9Anico_de_Sa%C3%BAde_(SUS);)

WIKIPÉDIA, 2008. Disponível no site:  
[http://pt.wikipedia.org/wiki/sistema %C3%9Anico de5a%C3%BAde;](http://pt.wikipedia.org/wiki/sistema_%C3%9Anico_de5a%C3%BAde;)

\_\_\_\_\_Direito Natural. Disponível no site:  
[http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito\\_natural.](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_natural.)



## 10. ANEXO

Seguem, abaixo, transcrições das ementas dos acórdãos e explicação do ocorrido nas respectivas decisões.

- .1) REsp 784241 / RS

RECURSO ESPECIAL

2005/0160324-8

Data do julgamento: 08/04/2008

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

Recurso especial parcialmente conhecido, por unanimidade, por entender que em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, não há como postergar a proteção desses bens.

- 2) AgRg no REsp 1.023.180/RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2008/0010487-0

Data do julgamento: 17/04/2008

Ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS. MEDICAMENTOS PLEITEADOS NÃO INTEGRANTES DA LISTA DA PORTARIA 238/06 DA SES/RS OU DA PORTARIA 2.577/06 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEDICAMENTOS FORNECIDOS GRATUITAMENTE PARA A ENFERMIDADE DEBATIDA. FUNDAMENTO NÃO INFIRMADO NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 283/STF. SE FOSSE POSSÍVEL A SUPERAÇÃO DESTA, INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ, VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.

Negado provimento ao agravo regimental, pela Turma, por unanimidade, por entender que não cabe reexame “do substrato fático - probatório dos autos”, em recurso especial. “A análise de suposta violação a dispositivos constitucionais”, esse sim seria pela via do recurso extraordinário e pelo Tribunal.

## 3) AgRg no REsp 936.011/RS

## AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2007/0058680-4

Data de Julgamento: 17/04/2008

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. MEDIDAS EXECUTIVAS. BLOQUEIO DE VALORES DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE ( ART. 461,§ 5º, DO CPC). MEDIDA EXCEPCIONAL. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

Agravo regimental desprovido, por unanimidade, por entendimento pacífico do Tribunal da possibilidade do “juiz – de ofício ou a requerimento da parte -, em casos que envolvam o fornecimento de medicamentos a portador de doença grave, determinar medidas executivas para a efetivação da tutela, inclusive a imposição do bloqueio de verbas públicas, ainda que em caráter excepcional”. Nesse mesmo sentido, há os precedentes: EREsp 770.969/RS/2006 e EREsp 787.101/RS/2006.

## 4) REsp 1030887 / RS

## RECURSO ESPECIAL

2008/0023153-4

Data do julgamento: 06/05/2008.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA MENOR CARENTE. SÚMULA 07/STJ. EXAME. INVIABILIDADE.

Recurso especial não conhecido, tendo em vista o consubstanciado na Súmula 7 do STJ, pois neste caso, o que se pretendia era a substituição de um medicamento que não integra a lista do SUS, por outro que conste dessa listagem, e a fim de garantir a qualidade do tratamento seria necessário o reexame de provas, o que não é permitido em sede de recurso especial.

## 5) AgRg no REsp 950725 / RS

## AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2007/0109230-8

Data do julgamento: 06/05/2008.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM MIASTENIA GRAVIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Agravo Regimental desprovido, pois trata-se de ação objetivando a condenação de entidade pública ao fornecimento gratuito de medicamento específico para o tratamento de miastenia gravis. O STJ reconheceu encontrar-se configurada a necessidade da parte recorrente em ver atendida a sua pretensão por ser constitucionalmente legítima. Considerou, também, a possibilidade de imposição de multa cominatória contra a Fazenda Pública, por tratar-se de obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamentos.

## 6) REsp 1001305 / SC

## RECURSO ESPECIAL

2007/0258993-6

Data do julgamento: 06/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PRESSUPOSTOS. ART. 273 DO CPC. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

Recurso especial conhecido em parte e não provido. A Corte Superior reconheceu que se o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese defendida pelas partes, não incorre na falha de negativa de jurisdição. Conheceu, também, a legitimidade passiva da União para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS.

## 7) EDcl no AgRg no REsp 863853 / SC

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2006/0144063-5

Data do julgamento: 13/05/2008.

Ementa:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. (AGRAVO REGIMENTAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C CRÔNICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO).

Embargos de declaração rejeitados, pois o Tribunal reconheceu encontrar-se comprovada a necessidade do recorrido de ver atendida a sua pretensão, por ser legítima e constitucionalmente garantida, vez que o que se tenta resguardar é o direito à vida e à saúde.

## 8) AgRg no CC 92618 / SC

## AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2007/0298249-0

Data do julgamento: 14/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO. AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 10.259/01. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL FEDERAL.

Agravo regimental não-provido. Cuidam os autos de agravo regimental contra decisão que reconheceu a competência do Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina. O STJ se manifestou em conformidade com o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.259/01, que estabelece: “competete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”

## 9) AgRg no REsp 879919 / RS

## AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2006/0178550-8

Data do julgamento: 15/05/2008.

Ementa:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE MULTA PELO NÃO-CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 7. NÃO APLICABILIDADE.

Agravo regimental a que foi negado provimento, pois a análise da matéria em sede de recurso especial não demanda reexame de provas, conforme determinou a Súmula 7 do STJ. Entretanto, foi reconhecida a possibilidade de imposição de multa cominatória, de ofício ou a requerimento da parte, a fim de fazer cumprir obrigação imposta ao Ente Público.

## 10) REsp 804779 / RS

## RECURSO ESPECIAL

2005/0209142-2

Data do julgamento: 15/05/2008.

Ementa:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DECISÃO JUDICIAL. NÃO-CUMPRIMENTO. BLOQUEIO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão não provido, tendo em vista que o recorrente não apontou, inequivocamente, os motivos pelos quais considerou terem sido violados dispositivos de legislação federal, o que se encontra em conformidade com a Súmula nº 284/STF. No entanto, o STJ, novamente, decidiu ser possível a imposição de bloqueio bancário com o fim de fazer cumprir decisão judicial que obriga o Estado a prestar assistência farmacêutica gratuita.

## 11) REsp 1042579 / SP

## RECURSO ESPECIAL

2008/0063251-4

Data do julgamento: 15/05/2008.

Ementa:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE MULTA PELO NÃO-CUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE.

Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. A presente ação trata de obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento à pessoa carente, pelo Município de Itaquaquecetuba - SP, cuja imposição de astreintes objetiva resguardar tanto o cumprimento de decisão judicial, como o direito à saúde. O STJ reconheceu, de acordo com a Súmula nº 284/STF, que havia deficiência na fundamentação apresentada pelo recorrente, pois o mesmo não apontou, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considerava violados dispositivos de lei federal. No entanto, conheceu mais uma vez a possibilidade de imposição de multa cominatória (astreintes), de ofício ou a requerimento da parte, a fim de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer do Estado.

12) REsp 1044982 / RS

RECURSO ESPECIAL

2008/0069735-4

Data do julgamento: 15/05/2008.

Ementa:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DECISÃO JUDICIAL. NÃO-CUMPRIMENTO. BLOQUEIO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE.

Recurso especial a que se deu provimento, pois o Superior Tribunal de Justiça considerou a existência da possibilidade de bloqueio bancário a fim de resguardar o cumprimento da obrigação de fazer, imposta judicialmente ao Estado e, também, por apresentar-se como medida menos onerosa aos cofres públicos do que a imposição de multa diária. Assim, percebe-se a preocupação daquela Corte Superior tanto com o efetivo cumprimento da obrigação do Estado pelo fornecimento de medicamentos à parte autora, como também com a questão econômica.

13) AgRg no Ag 961677 / SC

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2007/0249944-4

Data do julgamento: 20/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO  
REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO –  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE  
SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – LEGITIMIDADE  
PASSIVA DA UNIÃO.

Agravo regimental não provido. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento a agravo de instrumento para conhecer de recurso especial, mas negar-lhe seguimento, sob o entendimento de que os entes federativos respondem solidariamente pelo fornecimento de medicamentos pelo SUS. No caso, a União sustentava que não tinha legitimidade passiva para figurar no feito, pois considerava ser a responsabilidade do Estado de Santa Catarina.

14) REsp 1.015.253 / RN

RECURSO ESPECIAL

2007/0305190-7

Data do julgamento: 20/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRÉQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DECIDIDO POR FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

Conhecimento parcial do recurso especial. Provimento negado, devido a inviabilidade de reapreciação de matéria, por se restringir a competência atribuída pelo art. 105, III, da CF à uniformização da interpretação da lei federal infraconstitucional. Alguns julgados sobre fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: AgRg no Ag nº 745.807/RJ/2006; AgRg no Ag nº 653.366/RS/2005; AgRg no Ag nº 683.357/PE/2005 e REsp nº 723.105/SC/2005.

15) REsp 904.329 / RS

RECURSO ESPECIAL

2006/0258148-1

Data do julgamento: 20/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE  
MEDICAMENTOS PELO ESTADO – PROVA PERICIAL –  
CERCEAMENTO DE DEFESA – (SÚMULA 7/STJ)

Recurso não conhecido, por impossibilidade de reexame fático-probatório dos autos, nos termos da Súmula 7/STJ.

16) REsp 1051257 / PR

RECURSO ESPECIAL

2008/0089434-0

Data do julgamento: 20/05/2008.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 O CPC. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

Recurso especial não provido. A decisão contrária ao tribunal de origem implicaria no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ, cujo enunciado diz o seguinte: "A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL".

17) AgRg no REsp 963416 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2007/0143883-9

Data do julgamento: 27/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. IDOSO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

Desprovimento do agravo regimental, por unanimidade, com o entendimento assente do Tribunal de que "nos casos em que o Estado não cumpra a sua obrigação, o juiz poderá impor multa cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, objetivando o efetivo cumprimento da determinação judicial". Já ocorreram precedentes no mesmo sentido. (REsp 854.283/RS/2006; REsp 804.107/RS/2006 e REsp 821.033/RS/2006.



18) REsp 868038 / RS

RECURSO ESPECIAL

2006/0151203-0

Data do julgamento: 27/05/2008.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA MENOS ONEROSA – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

Recurso especial não provido, por unanimidade, com bloqueio de valores na conta corrente do recorrente, garantindo assim “o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde”.

19) AgRg na MC 14096 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR

2008/0083007-7

Data do julgamento: 03/06/2008.

Ementa:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. FORNECIMENTO MEDICAMENTO A MENOR HIPOSSUFICIENTE. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS PRESENTES IN CASU.

Agravo regimental não provido, por unanimidade, por estar presente “o periculum in mora, ante a ocorrência de perigo manifesto de lesão irreversível, pois a moléstia de que a menor é portadora impõe controle diário da taxa glicêmica”, sendo que a saúde estaria comprometida com a interrupção desse controle.

20) REsp 1044253 / RS

RECURSO ESPECIAL

2008/0069078-6

Data do julgamento: 03/06/2008.

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ESPECÍFICO PARA MENOR CARENTE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 126 DO STJ. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ.

Recurso especial não conhecido, por unanimidade, por deficiência na sua fundamentação, além de não ser possível pelo STJ reexame de material probatório, face ao disposto no artigo 105, inciso III da CF.

Consideraram-se válidos os argumentos trazidos nos autos pela instância inferior, soberana no exame das provas de que se trata o presente processo.