



RICARDO ALVES SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E
A ENTREGA DE MEDICAMENTOS NO DISTRITO FEDERAL**

Brasília/DF

2015

RICARDO ALVES SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E
A ENTREGA DE MEDICAMENTOS NO DISTRITO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão da pós-graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador:

Brasília/DF

2015

RICARDO ALVES SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E
A ENTREGA DE MEDICAMENTOS NO DISTRITO FEDERAL**

APROVADO EM:10/08/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a.M^a Lara Morais

Prof. Me Hector Vieira

Agradeço

Aos meus pais, Aloysio Alexandre Silva, Teresinha Alves Silva, à minha Irmã, Simone Alexandre Silva, pelo apoio, amor e confiança.

Agradeço, primeiramente, a Deus, que nos deu Jesus, para termos companhia, força e fé para chegar até o fim de nossas árduas missões.

À minha família, participante da minha alegria em concluir este curso de pós-graduação, pelo incentivo transmitido.

Ao Exército Brasileiro, que investiu e me incentivou nesse curso.

Aos meus amigos, pela alegria de sempre.

RESUMO

O trabalho teve por finalidade analisar a questão das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Distrito Federal em relação à entrega de medicamentos, a fim de verificar se as mesmas estão interferindo no orçamento das verbas públicas de saúde do âmbito distrital. Para tanto, são apresentadas algumas decisões jurisprudenciais que implicam na interferência da política pública de saúde levada a cabo pelo Executivo Distrital, bem como dados orçamentários e financeiros a respeito da atual estrutura de saúde, detectando o impacto provocado por essas decisões. Também são abordadas as discussões doutrinárias entre o ativismo judicial e a judicialização numa perspectiva jurídica e pragmática. E assim, a partir das posições doutrinárias e jurisprudenciais ser possível chegar às considerações conclusivas sobre os fatores que estão levando a tais decisões e que tipo de ações práticas o Poder Público vem tomando para minimizar o problema, bem como se existe um horizonte favorável para resolução do problema.

Palavras-chave: Decisões Judiciais - Verbas Públicas - Entrega de Medicamentos - Ativismo Judicial – Judicialização.

ABSTRACT

The work had the purpose of analyzing the issue of judicial decisions handed down by Justiça do Distrito Federal in relation to the delivery of medicines, in order to check if they are interfering with the budget of health public funding of the district framework. To do this, are some jurisprudential decisions that involve the interference of public health policies carried out by Executivo Federal, as well as budget data and financial about the current structure of health, detecting the impact caused by these decisions. Also discussed are the doctrinal discussions between the judicial activism and the judicialization by a legal perspective and pragmatic. And so, from the doctrinal and jurisprudential positions is possible to reach conclusive considerations on the factors that are leading to these decisions and what kind of practical actions the Government is taking to minimize the problem, as well as if there is a favorable horizon for resolution of the problem.

Keywords: Judicial Decisions - Public funds - Delivery of Medicines - Judicial Activism - Judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	11
1.1 A Origem o Conceito e Avanço do Ativismo Judicial.....	11
1.2 A O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes.....	19
1.3 As Opiniões Contra e a Favor da Proatividade do Poder Judiciário.....	24
2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	27
2.1 O Sistema Único de Saúde e a Assistência Medicamentosa.....	27
2.1.1 Do Fornecimento de Medicamentos.....	29
2.2 O Direito à Saúde e a Distribuição Gratuita de Medicamentos	31
2.3 O Fornecimento de Medicamentos que não se encontram Inclusos na Lista do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais	36
2.4 A Responsabilidade Solidária dos entes da Federação	40
3 A POLÍTICA DE SAÚDE E O ORÇAMENTO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL – GDF	44
3.1 A Finalidade da Lei Orçamentária Anual – LOA	44
3.1.1 A LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social	48
3.2 A Política Pública de Saúde no Brasil e o Direito Fundamental à Saúde	50
3.3 A Teoria da Reserva do Possível	54
4 AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL E DISTRITO FEDERAL	64
4.1 O Fornecimento de Medicamentos com o argumento do Direito Absoluto sem análise do caso concreto.....	64
4.2 Apresentação dos dados as demandas judiciais.....	68
4.3 O Grau de afetação das decisões Judiciais na Saúde do GDF	76
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa abordar o ativismo Judicial, a Judicialização e as Políticas Públicas de Saúde com relação à distribuição não planejada de medicamentos no âmbito do Distrito Federal. Considerando-se que a entrega de medicamentos por força de ordem judicial, ou seja, devido às decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros pode vir afetar à sociedade como um todo, por falta de previsão orçamentária. Sendo inegável que a concretização dos Direitos Fundamentais é a essência da evolução social, reconhecendo-se, porém, sua importância a partir das limitações éticas, sociais, políticas e econômicas, bem como o seu papel constitucional de Direitos imprescindíveis à preservação da dignidade humana.

O fato é que o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal vem adotando em suas decisões uma postura que determinados doutrinadores consideram ativistas, ou seja, que há uma judicialização da política, situação que tem interferido nas prerrogativas dos demais Poderes da República. Essa interferência afeta sobremaneira as políticas públicas de saúde previstas e executadas pelo Legislativo e Executivo simultaneamente. Uma vez que, nos últimos anos, muitas das decisões judiciais impõem ao Poder Executivo o cumprimento de uma sentença em questões diversas daquelas delegadas pelo constituinte provocando assim, discussões acirradas entre juristas e operadores do direito.

O ativismo judicial é próprio da elevação institucional do Poder Judiciário nos últimos anos, que advém do modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo assim, este não é um fenômeno isolado ou um simples exercício orientado pela vontade política. Na verdade, ele se funda nas várias mudanças do Direito Constitucional.

O entendimento sedimentado é de que a judicialização é um fato, considerando-se que o Poder Judiciário tem por obrigação agir quando provocado, com o intuito de que não venha incidir o mesmo vício omissivo dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo judicial, como será demonstrado, consiste numa atitude dos juízes, ou seja, é uma faculdade.

No âmbito das políticas públicas, a saúde é a que mais sofre interferência do judiciário, pois quando uma demanda apresentada ao judiciário tem por intuito a entrega de um medicamento não previsto na lista do Executivo Federal, Estadual ou Municipal, o mesmo, por consequência, também não tem previsão orçamentária. Por outro lado, também existem situações em que determinados medicamentos destinados ao tratamento de doenças específicas encontram-se previstos no orçamento dos entes estaduais e federais, porém, outra espécie, com o mesmo princípio ativo e custo mais elevado, tem sua entrega imposta ao demandante devido à decisão judicial.

A escolha do tema se justifica pelo fato de a discussão a respeito do assunto ter sido levantada ao Simpósio em Direito Administrativo ocorrido no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Oportunidade em que os representantes dos governos dos estados de Goiás, Distrito Federal e Acre polemizaram as interferências das decisões judiciais que vêm impactando suas previsões orçamentárias com a imposição da entrega de medicamentos não previstos na Lei Orçamentária Anual – LOA. Essa interferência excessiva do judiciário em questões de saúde, com a imposição da entrega de medicamentos sem a prévia avaliação dos critérios técnicos e orçamentários, afeta o já precário sistema de saúde do Distrito Federal promovendo um impacto significativo no seu orçamento.

O objetivo da pesquisa é provocar maior reflexão a respeito da matéria, já que a mesma tem despertado controvérsias significativas no meio jurídico e político.

A delimitação do tema se dá na medida em que o ativismo judicial e a judicialização da política vem afetando sobremaneira a Política Pública de Saúde com relação à entrega de medicamentos não previstos no orçamento do Governo do Distrito Federal tendo como base o ano de 2013 e 2014.

A problemática é formada pelo fato de que o Poder Judiciário, sob o manto da efetivação dos direitos fundamentais, vir adentrando a seara das questões técnicas e das políticas sociais e econômicas definidas pelo poderes Legislativo e Executivo, ou seja, violando assim, o Princípio da Separação de Poderes. Assim questiona-se: as previsões orçamentárias podem ser alteradas pelo Poder Judiciário, quando este

viabiliza a entrega de medicamento a determinada pessoa priorizando assim o direito individual em detrimento do direito coletivo em sede de ação judicial?

A metodologia a ser utilizada tem sua base na pesquisa dogmática e instrumental, bem como na pesquisa sócio-jurídica, sendo assim, a coleta de dados se presta a orientar a mesma, cujas fontes a serem utilizadas consistem em: livros, artigos, publicações periódicas, textos publicados na internet, jurisprudência, legislação pertinente ou, quaisquer outros meios que possam auxiliar no desenvolvimento do tema proposto.

A relevância do tema, ou seja, o cerne da pesquisa encontra-se no impacto demandado sobre a previsão orçamentária do governo do Distrito Federal provocado pelas decisões judiciais que impõem a disponibilidade de verbas para fins medicamentosos. Comprovando-se que a entrega de medicamentos não pertencentes à Lista da Secretaria de Saúde do DF e que, portanto, não fazem parte do orçamento do GDF e prejudicam os cofres públicos a partir do ativismo judicial. Assim, verificar-se-á o grau de ativismo dos magistrados e o excesso de judicialização.

Para melhor compreensão do tema, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos, sendo que o primeiro trata do instituto do ativismo judicial e a judicialização da política, dispendo a respeito da origem, do conceito e do avanço do ativismo e da judicialização, a separação de poderes e opiniões contra e a favor.

O segundo capítulo versa sobre o fornecimento e a distribuição de medicamentos, quando são abordados: o direito à saúde e o Sistema Único de saúde, a responsabilidade solidária dos entes da federação.

O terceiro capítulo demonstra a política de saúde e o orçamento do Governo do Distrito Federal – GDF, visando abordar a finalidade da Lei Orçamentária Anual – LOA, da Política Pública de Saúde no Brasil e direito fundamental a saúde e a teoria da reserva do possível.

No quarto e último capítulo são apresentados argumentos de fornecimento de medicamentos como direito absoluto, dados de demandas judiciais e o impacto no orçamento da política pública de saúde do Distrito Federal.

1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A partir da nova Carta Constitucional que elevou direitos fundamentais como um dever do Estado e direito de todos os cidadãos residentes no País, o Poder Judiciário vem se deparando com demandas que requerem a concretização desses direitos de forma eficaz e eficiente por parte do Poder Público, mas especificamente o Executivo.

È nessa linha que juristas e doutrinadores tem se debatido, uns alegando que há excesso de ativismo judicial e se está judicializando a política. Com a finalidade de decidir questões de cunho social como saúde, o Poder Judiciário tem sido acusado de intromissão em outros poderes, o que de certa forma abalaria o famoso princípio da separação de poderes.

Nesse mister abordaremos a origem, o conceito, o avanço do ativismo, e a judicialização da política fazendo uma reflexão do princípio da separação de poderes, e as opiniões a favor e contra essa proatividade do Poder Judiciário.

1.1 A Origem o Conceito e Avanço do Ativismo Judicial

O ativismo judicial teve seu aparecimento no ano de 1947, pois foi com o historiador Arthur Schlesinger Júnior, através da matéria publicada na Revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947* que, conforme explica Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas, sobretudo político e popular”.¹ Nesse mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes citado por Cícero Alexandre Granja explica que:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.²

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41-43.

² GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em maio 2015.

Vanice Regina Lírio do Valle, a respeito do surgimento do ativismo judicial, também destaca a publicação do historiador Arthur Schlesinger afirmando que:

(...) o termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte. (...) desde então, o termo vem sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do Poder Judiciário.³

No Brasil, o surgimento do ativismo judicial se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e tem motivado várias polêmicas, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, especialmente no que diz respeito à sua origem e seu alcance.

Nos dias atuais, o Tribunal Constitucional Alemão tem influenciado a Suprema Corte Americana, e vem interpretando os direitos fundamentais da Carta Germana “por meio de modernas e inventivas práticas de declaração de inconstitucionalidade, participando diretamente da criação do Direito no nível legislativo - além da pura declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis”.⁴

Carlos Alexandre Azevedo Campos afirma que tal interpretação criativa do Tribunal Constitucional Alemão é referência para o Supremo Tribunal Federal no Brasil, sendo assim:

Para alcançar o equilíbrio valorativo em casos tão difíceis, o Tribunal desenvolveu sofisticada e inovadora metodologia de concretização constitucional que se tornou referência para diversas outras cortes no mundo, inclusive para o Supremo Tribunal Federal. Independente de qualquer crítica merecida ou não a expansão de seu poder político e ao ativismo judicial, não se pode negar a alta qualidade metodológica das decisões. O Tribunal Constitucional demonstra sempre profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais,

³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9.

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.

máxime a dignidade da pessoa humana, combinada com a consideração técnica e exaustiva dos fatos reais envolvidos.⁵

Na concepção de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.⁶ O autor complementa sua opinião afirmando que o ativismo consiste numa participação mais ampla e com um viés mais veemente do Judiciário na efetivação dos valores constitucionais, mais precisamente os fundamentais ligados aos sociais, interferindo de alguma maneira nas atribuições de outros Poderes.⁷

Eduardo Lopes Júnior cita Neal Tate e Torbjörn Vallinder, entendem que existem determinadas precondições que aumentam o alcance das competências jurisdicionais, entre as quais os autores destacam:

(...) a prevalências de regimes democráticos, a separação constitucional dos poderes (funções), a positivação constitucional de direitos e garantias individuais, a utilização das vias judiciais por grupos de interesse e de oposição política, a ineficácia das instituições majoritárias e das políticas públicas e a delegação de competência às instâncias judiciais pelas instituições majoritárias.⁸

O fato é que nos últimos anos o Judiciário brasileiro tem se manifestado em determinadas situações, com uma posição exclusivamente ativista. Valendo citar um dos exemplos mais conhecido, o da distribuição de medicamentos e da imposição de terapias através de decisão judicial, configurando assim, o ativismo judiciário devido a condutas inadequadas ou de abstenção do Poder Público.

O fenômeno do “Ativismo Judicial” é entendido como uma postura inovadora e criativa dos Tribunais, os quais contribuem com o direito, quando decidem a respeito da singularidade do caso concreto, inserindo precedentes à jurisprudência e, por vezes, antecipando-se, à edição da própria lei.

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 102.

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática**. *Revista do Direito do Estado*, Rio de Janeiro, 2009, p. 6.

⁷ *Ibid.*, p.6.

⁸ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn apud LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 104.

Lênio Luiz Streck observa que após a Segunda Guerra Mundial surgiu uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia, que consistem nos pilares do novo modelo de Direito Constitucional, “proporcionaram um grande avanço aos Textos Maiores, que, até então, eram voltados ao bem-estar de um estado intervencionista”.⁹ Essa novação foi considerada pelo autor como um “*plus normativo*”, considerando-se que o atual Estado Democrático, “não é mais ordenador ou promovedor como na fase liberal quando influenciado pelos ideais igualitários da Revolução Francesa, passando a ser transformador da realidade”.¹⁰

No Brasil, há um reconhecimento do efeito normativo dos princípios, mesmo que estes não se encontrem escritos. Tal qual a norma positiva, eles também ressaltam a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental mais relevante do ordenamento jurídico pátrio, concedendo-lhe caráter norteador aos outros direitos fundamentais.

O vocábulo ativismo pode assumir vários significados, mas na seara do Direito é usado para assinalar que o atuar do Poder Judiciário está indo além dos poderes que lhes foram delegados pela ordem político-jurídica. Nesse segmento, Elival da Silva Ramos conceitua o Ativismo Judicial como sendo:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.¹¹

De acordo com a concepção de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial:

É uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance (...) É

⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008, p. 07.

¹⁰ Ibid., p. 09.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

uma participação mais alargada e com um viés mais veemente do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, mas precisamente os fundamentais ligados aos sociais, interferindo de alguma maneira nas atribuições de outros Poderes.¹²

A doutrina, de uma forma geral, traz conceitos diferenciados a respeito do ativismo judicial. Com as novas necessidades sociais, e com a lei apresentando lacunas ou interpretações errôneas do texto legal, o ativismo judicial, de acordo com Mayra Miarelli e Rogério Lima “é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito”.¹³

Vanice Regina Lírio do Valle conceitua a expressão “ativismo judicial”, utilizada no meio jurídico, afirmando que:

(...) ativismo judicial poderia ser considerado, segundo a autora como a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; estratégia de não aplicação dos precedentes; conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões"; afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; julgamento para alcançar resultados pré-determinados (VALLE, 2009, p. 21).

Fernando Facury Scaff critica as decisões judiciais que impõem o desembolso financeiro imediato por parte do Estado, nas denominadas “sentenças aditivas”, pois de acordo com o autor:

Esta, a meu ver, é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de 'política pública', que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de em um conjunto deles.¹⁴

¹² BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática. **Revista do Direito do Estado**, Rio de Janeiro, 2009, p. 6.

¹³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 16.

¹⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161.

Atualmente, diante da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal - STF tem sido convocado para se manifestar a respeito de determinadas matérias que são de competência do Legislativo. Porém, a citada Corte não está limitada apenas à declaração da omissão legislativa, indo muito além do exercício de seu papel no âmbito do Judiciário, e assim, as alegações doutrinárias são de que existe uma intromissão inadequada do Judiciário nos demais Poderes, não respeitando o Princípio da Separação dos Poderes; a democracia e o Estado Democrático de Direito.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, apesar do Supremo ter aumentado sua interação com os Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário brasileiro, de uma forma geral, vem adotando uma postura que muitos juristas e doutrinadores consideram como ativista. Nesse sentido, Carlos Alexandre Campos afirma que:

O ativismo judicial do supremo foi, inclusive, assumido publicamente, em 2008, por um dos mais importantes ministros da história – Celso de Mello. Censurando posturas de passivismo judicial, o juiz constitucional defendeu que “práticas de ativismo judicial” tornam-se uma “necessidade institucional” diante da conveniente omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição.¹⁵

A partir de então, é possível verificar diversas decisões do Poder Judiciário que corroboram com essa posição que obriga o Estado ao cumprimento de “prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros Poderes”.¹⁶

Existem decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que impõem à União a entrega de medicamentos, internação, prestação de um exame, no sentido de que tal direito não pode sofrer embaraços por parte das autoridades administrativas.¹⁷ Tais posições do Poder Judiciário são criticadas pela doutrina, conforme a posição assumida por Maria Sylvia Zanella de Pietro:

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29-30.

¹⁶ Ibid., p. 252-253.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental-RE 393.175-0, 2º T. Rel Min. Celso de Melo, Brasília, DF, DJ 12.12.2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 869.843/RS, 1ª T. Rel Min Luiz Fux, Brasília, DF, DJ 15/10/2007, p.243.

Rigorosamente, não pode o judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas sociais e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes.¹⁸

De acordo com o raciocínio da autora, não se encontra no texto constitucional, autorização para o Judiciário intervir em questões de políticas públicas. Os recursos nas leis orçamentárias são finitos e dependem da equação receita e despesa, de modo que a decisão de alocar recursos se encontre na competência do Executivo e Legislativo.

Celso Jefferson Messias Paganelli [et al] ressaltam que:

(...) o Brasil tem sido palco do recente avanço do ativismo judicial, mais destacadamente, do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, que vem modificando sua postura hermenêutica, não se confinando ao espaço de pura aplicação passiva de normas constitucionais e legais pré-estabelecidas, mas lançando-se à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica.¹⁹

A observância dos valores constitucionais, em todas as situações que os mesmos são submetidos, trouxe ao Poder Judiciário uma nova feição no âmbito do Estado Constitucional Democrático de Direito. Conforme as explicações trazidas por Karina Denari Gomes de Mattos e Gelson Amaro de Souza:

Vemos que muitas vezes, o Poder Judiciário, no afã de tutelar e garantir o direito a saúde, extrapola suas funções constitucionais e desequilibra todo um sistema de proteção desses serviços, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados que logram êxito em suas medidas de urgência em detrimento dos demais. (...) Por mais que tais situações induzam ao raciocínio da colisão entre princípios orçamentários ou da separação de poderes e princípios relacionados aos direitos humanos, o que se destaca é que os conflitos que se seguem são entre alguns poucos jurisdicionados contra os mesmos direitos e garantias do todo, ou seja, tais medidas

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 832.

¹⁹ SIMÕES, A. G. Ponderações sobre o protagonismo judicial, o Estado Social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, A. G.; IGNÁCIO JÚNIOR, J. A. G. (Org.). **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 114.

judiciais, ao privilegiarem determinados cidadãos, descartam um dos valores basilares do Estado Democrático de Direito: a igualdade.²⁰

Tais decisões judiciais são influenciadas por diversos princípios que devem ser ponderados, como os orçamentários, a separação de poderes e os direitos humanos, trazendo à tona termos como mínimo existencial para proteção da dignidade humana, dentre outros.

Já Mauro Cappelletti citado por Álvaro Luís Ciarlini, defende essa postura mais ativa do judiciário nacional:

Ao se posicionar criticamente em relação à crença da representatividade plena, que decorre dos sistemas políticos de inspiração liberal, CAPPELLETI defende uma expressiva participação dos tribunais na realização da representação política democrática, o que pode ser alcançado com a adoção de um amplo acesso ao processo judicial. Tal assertiva é fruto da percepção do autor no sentido de repudiar a noção de democracia como uma mera ideia majoritária, o que é correlato à proposição segundo a qual a elaboração da lei caracteriza um procedimento substancialmente democrático.²¹

Fábio Konder Comparato também citado por Álvaro Luís Ciarlini, traz uma reflexão a respeito do Judiciário, no cumprimento de suas funções, assegurar direitos subjetivos fundamentais, sendo requisito indispensável num regime democrático “o respeito aos direitos fundamentais, devendo o poder judiciário ser estruturado para cumprir a função de garantir a soberania do povo, dirigida à realização desses direitos”.²²

Pode-se perceber uma mudança de postura do judiciário a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, dividindo opiniões a respeito do assunto, quando alguns se posicionam a favor e outros requerendo cautelas. Os argumentos são os mais diversos, alguns se posicionam no entendimento de que os tribunais devem sim participar das decisões morais e éticas quando provocados e que tal postura não ofende a democracia majoritária em que as leis são postas por representantes do povo legitimamente aprovados por sufrágio universal. Já aqueles

²⁰ MATTOS, Karina Denari Gomes; SOUZA, Gelson Amaro. Ativismo judicial e direito a saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de Medicamentos. **Revista oficial do programa de pós-graduação Stricto Sensu em direito constitucional da Escola de direito de Brasília**, Brasília, v.1, n.1,p.10-11, jul/set.2003.

²¹ CAPPELLETI,1999 apud CIARLINI, 2013, p. 93.

²² COMPARATO, 2004 apud CIARLINI, 2013, p. 103.

que defendem a posição contrária se deparam com a interferência do princípio basilar da separação de poderes.

Conforme destaca Patrícia Mello: “Essas transformações adjudicatórias sugerem a ocorrência, na prática decisória do Supremo, do fenômeno da aproximação entre os sistemas civil law e common law”.²³

Assim, a Constituição Federal passou a ser um diploma normativo e sua supremacia não é somente formal, material e axiológica. No mesmo sentido, os tribunais, por meio de seus juízes, agora desempenham um papel protagonista, pois são eles responsáveis pela concretização dos ditames constitucionais e dos direitos fundamentais.

1.2 A O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes

Os antigos pensadores já apontavam para a grande relevância da limitação do poder político, devendo a mesma ser realizada através de um poder que limitasse o outro poder, pois com isso não se construiria uma autoridade extremamente poderosa, ou seja, sem freios. Platão foi “o primeiro a falar sobre separação das funções da cidade na instituição da cidade, quando este discorreu sobre a *Pólis* perfeita, afirmando que deveria haver uma distribuição de funções dos entes da comunidade”.²⁴ Para ele cada pessoa deveria ter uma função no grupo social, evidenciando tal assertiva quando expôs que a função dos guerreiros era proteger a cidade, a dos magistrados era governá-la e a dos mercadores era a produção e comercialização dos bens de consumo.

Assim, Platão foi o primeiro a defender a ideia de descentralização de poder, fazendo surgir uma corrente doutrinária com fundamento no equilíbrio, através de uma organização política constituída por partes.

²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

²⁴ COUCEIRO, Julio Cezar. **Separação dos Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite,33624.html>>. Acesso em maio 2015.

Platão, tal qual Sócrates, o seu mestre, buscava a verdade real das coisas, àquela que não seria questionada, pelo fato de a mesma não poder ser modificada, para ele essa verdade deveria ser buscada:

(...) além do físico, em algo superior que transcende a lógica real, o pensamento humano. Algo que estava acima de suas percepções, tamanha a sua frustração ao sentenciar que nada sabia, apesar de todas as suas convicções, suas habilidades dialéticas, sua experiência e sua arte de raciocínio. Sócrates reconheceu a existência de limitações que o impediam a responder determinados questionamentos.²⁵

Para Aristóteles, o primeiro poder é o que delibera a respeito dos negócios do Estado, ou seja, o deliberativo. Sendo que a estes eram delegadas funções específicas que deveriam ser realizadas “pela assembléia dos cidadãos, entre elas, decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados”.²⁶

Já Montesquieu ao elaborar sua teoria teve inspiração no sistema político inglês do século XVIII, com a ideia de “conciliar a liberdade política com o exercício do poder estatal”.²⁷

Atualmente, de acordo com a Teoria Geral do Estado, assim atuam os três Poderes constituídos: o Executivo, que cuja atividade é de cunho administrativo; o Legislativo cuja função é legislar; e o Judiciário que tem por objetivo o julgamento das demandas que a ele são direcionadas devido à provocação das partes. No entanto, todos os poderes, não só o Executivo, possuem função administrativa no contexto de suas estruturas internas.

Com o intuito de garantir a separação dos Poderes, o artigo 60, §4º, III da Constituição Federal de 1988 determina: “A Constituição poderá ser emendada

²⁵ COUCEIRO, Julio Cezar. **Separação dos Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite,33624.html>> Acesso em maio 2015.

²⁶ COUCEIRO, Julio Cezar. **Separação dos Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite,33624.html>> Acesso em maio 2015.

²⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

mediante proposta: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a separação dos Poderes”.

Gilmar Mendes [et al] afirmam que o princípio da Separação dos Poderes é de suma importância, tanto que recebeu o status de cláusula pétrea, ou seja, está protegido contra emendas, reformas ou revisões que tenham por intuito eliminá-lo da lei fundamental. Contudo, esse princípio tem sido flexibilizado, mesmo com a devida separação na atuação de cada um dos poderes. Os mencionados juristas comentam que dentro do contexto de "modernização":

(...) esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade dos juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.²⁸

A legalidade/limite e a separação dos poderes são as duas chaves do Estado de Direito. Sendo a legalidade considerada a extensão da teoria da soberania popular que deve se destacar através da representação parlamentar.

A Constituição define a ação do Estado, e qualquer “atentado” à liberdade econômica e à propriedade só pode ser concretizado com a aprovação dos representantes da burguesia, ou seja, por meio de lei. “A legalidade assume desde logo sua dupla face, como supremacia e reserva da lei. (...) à legalidade atribui-se o desempenho de duplo papel: o de instrumento ancilar dessa preservação e o de substituto da legitimidade”.²⁹ A separação dos poderes é “um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal”.³⁰

No Estado Democrático de Direito existe um compromisso com o Princípio da Supremacia Constitucional, através do qual é consagrada a Separação dos Poderes, onde há mecanismos de controles recíprocos.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 173.

³⁰ *Ibid.*, p. 225.

Vale observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16º dispõe: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".³¹

O princípio da Separação de Poderes foi idealizado e incorporado no Estado de Direito por Montesquieu numa concepção não muito nítida, mas a ideia era conciliar a liberdade política dos cidadãos com o exercício do poder Estatal. Conforme destaca Álvaro Luis Ciarlini foi a partir das "revoluções americana e francesa no século XVIII que houve uma radicalização do conceito de separação de poderes em que separava as funções estatais e se expandia o conceito de soberania".³²

No Brasil, anteriormente à Constituição Federal de 1988 e os seus primeiros anos subsequentes de sua vigência, "reinou a "autorestrição judicial" marcada por um passivismo do Supremo e dos demais Tribunais Superiores devido ao ambiente político hostil".³³ Com o passar do tempo este cenário no Congresso Nacional e no Palácio do Planalto pautou-se por um respeito e tolerância com as decisões do Supremo que favoreceu a interferência em assuntos originalmente constitucionais de responsabilidade desses demais Poderes.³⁴

Para Glauco Barreira Magalhães Filho Estado de Direito é "aquele cujo governo está organizado e limitado por uma Constituição elaborada em bases antropológicas, ou seja, sob o paradigma da liberdade e da autonomia do homem".³⁵

O fato é que em muitos Estados Democráticos de Direito modernos tem se observado a relativização do Princípio da Separação de Poderes, em que os Tribunais Constitucionais com interpretações criativas são acusados de interferência ilegítima em questões de competência do Executivo e Legislativo.

³¹ MADRID. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud. FERREIRA Filho, Manoel G. et. all. *Liberdades Públicas*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

³² CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 260.

³⁴ Ibid., p.260.

³⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A reforma Protestante e o Estado de Direito**. São Paulo: Fonte Editorial, 2014, p. 18.

É possível perceber que, no âmbito dos Tribunais brasileiro, o Princípio da Separação de Poderes vem sendo mitigado e, desta forma, vem sofrendo uma nova interpretação em detrimento principalmente na concretização de direitos fundamentais sociais, em especial na área da saúde.

Ao analisar determinadas “ratio decidendi”, Márcio Oliveira Rocha, observa que absolutamente todos defendem que tanto a regra quanto o princípio da Separação de Poderes não podem se tornar um entrave para a concretização dos direitos sociais-direito à saúde, devendo ser superado em relação à possibilidade de o Poder Judiciário interferir ou mesmo promover o gerenciamento das decisões e do controle do mérito das decisões políticos-administrativas no que se refere ao direito à saúde, o que é facilmente verificado nos seguintes julgados:

(...) não se trata de interferência anômala do Poder Judiciário nas atribuições conferidas ao Poder Executivo, mas sim de controle dos atos administrativos no sentido de assegurar aos cidadãos seus direitos constitucionais, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da constituição, como é o caso do direito a saúde, não havendo que se falar em vilipêndio ao princípio da separação dos poderes, mas, sim, em exercício da atribuição conferida pela Carta Magna á função jurisdicional.³⁶

(...) Quanto á alegação do apelante no sentido de que refoge ao Poder Judiciário substituir o juízo técnico da administração Pública, determinando-lhe custear tratamento médico que não é de sua responsabilidade, necessário esclarecer que, dentro da moderna doutrina administrativa, essa visão já se encontra superada, porquanto a Constituição Federal de 1988, ao estatuir o princípio da separação de poderes, conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de corrigir as ações ou omissões administrativas eivadas de ilegalidade. Nesse sentido, embora mantida a ideia de que o julgador não é dado incursionar no juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, também é verdade que estes devem estrita observância aos parâmetros da legalidade, em especial aos princípios constitucionais e aos princípios gerais do direito.³⁷

(...) quanto à afirmação de que é necessário a previsão orçamentária para o fornecimento do tratamento, suscitada pelo apelante, esta não pode prosperar , pois o Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder dos Entes Públicos que se omitem na efetivação das garantias constitucionais, in casu, à saúde. Salienta-se que o Judiciário tem o dever de fazer cumprir as normas toda vez que a

³⁶ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 86.

³⁷ Ibid., p. 87.

este for requerido, não se configurando violação ao princípio da separação de poderes.³⁸

Vale dizer que nos julgados acima citados a tendência é abolir ou mitigar a regra ou princípio da separação de poderes, fazendo com que o magistrado no caso concreto possa adentrar e fazer a ponderação com outras regras e princípios. Há sem dúvida, a partir da Carta de Outubro uma mudança de paradigma da doutrina constitucional, e que evidentemente também gera críticas contrárias de alguns estudiosos. Reforçando a possibilidade dessa mitigação, Andreas Krell aduz:

Na base do acima exposto, torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da separação de poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas “lições” às contradições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.³⁹

Jão Maurício Adeodato ao dissertar a respeito da doutrina constitucional de Andreas Krell afirma que a mesma, na evolução da compreensão da Separação de Poderes, não se pretendia abolir por completo a regra do texto constitucional, e sim fazer uma releitura.⁴⁰

Ao discorrer a respeito do controle das políticas públicas desenvolvidas pelo poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella de Pietro, observa que “as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Judiciário para definição ou implementação dessas políticas”.⁴¹

1.3 As Opiniões Contra e a Favor da Proatividade do Poder Judiciário

A postura proativa do Poder Judiciário é questão polêmica nos dias atuais. Sendo duas as correntes doutrinárias que dividem opiniões a respeito do ativismo judiciário, uma é chamada de Teoria Procedimentalista, que critica a atuação de caráter legislativo do Poder Judiciário e, portanto, a considera inconstitucional, e a

³⁸ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013,p. 87.

³⁹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 91.

⁴⁰ ADEODATO, Jão Maurício. **A retórica Constitucional:sobre tolerância, Direitos Humanos e outros fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 832.

outra, chamada de Teoria Substancialista, que defende a atuação interventiva do Poder Judiciário nas questões de caráter legislativo. Ao comentar a respeito da Teoria Procedimentalista, Janicleide Neri Monteiro observa que:

Não tem qualquer cidadão o direito de exigir do Judiciário, que lhe garanta determinadas faculdades previstas na *Lex fundamentalis* para que possa ser-lhe atendido o princípio da dignidade da pessoa humana cujo é o mesmo, um fundamento da Constituição Federal, através de imposições ao Estado, no afã de que este preste ao cidadão determinados direitos sociais mínimos, porque tal condição e aplicação pelo Judiciário violariam o princípio da separação dos poderes (art. 2º CF/88).⁴²

Já a Teoria Substancialista, que permite a intervenção do Poder Judiciário é defendida por José Octavio Lavocat Galvão da seguinte forma:

Deve sim o Judiciário intervir nestas questões, pois é o Supremo Tribunal o guardião da Constituição Federal, e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve sim este Poder, fazer valer as suas vezes e garantir estes direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade.⁴³

Apesar da divergência doutrinária, Luiz Werneck Vianna citado por Flávia Lima, defende a postura interventiva do Poder Judiciário alegando que é possível perceber a existência de um conflito doutrinário:

(...) sendo o mesmo ferrenho, mas que ousamos em dizer ser mais aplicada atualmente a corrente teórica substancialista, haja vista, não poder ficar o Judiciário de mãos atadas e assistindo de camarote as barbaridades cometidas pelo Executivo ao dizer não ter dinheiro nos cofres públicos para satisfazer as necessidades coletivas e concretizar os direitos fundamentais sociais (...).⁴⁴

⁴² MONTEIRO, Janicleide Neri. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível.** In **Estudos de direito constitucional.** Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011, p. 172.

⁴³ GALVÃO, José Octavio Lavocat; José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). **Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica.** In: **Estado de Direito e Ativismo judicial.** São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 137.

⁴⁴ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate;** In: **Estudantes Caderno Acadêmico.** Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007, p. 230.

O Ministro Celso de Mello, citado por Juliano Ralo Monteiro, na ADPF nº 45 defende a postura proativa do Poder Judiciário através da postura ativista do Supremo Tribunal Federal, afirmando que: “O Supremo não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República (...)”.⁴⁵

Vale observar que os posicionamentos contrários à postura ativista do Poder Judiciário têm fundamentação na ilegitimidade do mesmo em discordar das ações desenvolvidas pelos representantes eleitos pelo povo.

⁴⁵ MONTEIRO, Juliano Ralo; José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.) **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165.

2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

È na obrigação de fornecimento de medicamentos que a demanda por concretização do direito a saúde aparece mais no noticiário jornalístico, em que cidadãos que não tem recursos financeiros e dependem do Estado buscam sua satisfação através de petições ao judiciário.

O elevado valor dos medicamentos e sua imprescindibilidade para a saúde e a vida faz com que a política medicamentosa vem sofrendo interferências pelo Judiciário, demonstrando um descompasso entre as políticas formuladas pelo outros dois Poderes e que não garantem uma satisfação adequada a toda população.

È dentro do Sistema Único de Saúde que se formula quais medicamentos serão postos a disposição da população, quais serão autorizados e concretizados, em que listas de dispensação são elaboradas pela União, Estados e Municípios.

2.1 O Sistema Único de Saúde e a Assistência Medicamentosa

Em nível nacional, a Constituição Federal de 1988 definiu a seguridade no caput de seu artigo 194, o qual dispõe: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Considerando-se que, conforme o artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O legislador constituinte concedeu à saúde pública o *status* de direito fundamental a partir da conceituação de que a seguridade social é um conjunto integrado de ações tanto do Poder Público quanto da sociedade, que tem por finalidade assegurar os direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social de acordo com o já citado artigo 194 da Constituição Federal. Evidentemente que esse foi um grande avanço para a saúde pública no Brasil, a qual passou a ser regulamentada com a observância dos princípios e objetivos constitucionais.

O constituinte, ao inserir também a saúde pública não só no artigo 194, mas também nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal ditou determinações norteadoras para o legislador infraconstitucional regulamentar as matérias de saúde pública e para a criação do SUS – Sistema Único de Saúde. Valendo observar que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, ao definir em seu artigo 6º, I, “d” a respeito da assistência farmacêutica, bem como dispor a respeito do processo para a obtenção de medicamentos promoveu um grande avanço na saúde pública.

Porém, deixa claro que a organização do SUS no tocante à distribuição de medicamentos não pode representar um sistema complementar dos planos privados de saúde nem mesmo uma farmácia aberta.

A assistência farmacêutica deve ser apenas um complemento à terapêutica indicada, ou seja, deve fazer parte do tratamento destinado ao cidadão e não apenas uma atividade à parte, de forma isolada do diagnóstico. Inclusive, o diagnóstico deve ser sempre feito no SUS e por seus profissionais. Assim, o SUS vem concretizar o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, com previsão no artigo 1º da Constituição Federal. Alessandro Saturno [et al] afirma que:

O SUS é um sistema construído com base em princípios de solidariedade social, que assegura a participação da população, a universalidade do acesso, a equidade e a integralidade da atenção. As ações do SUS estão construídas num contexto de preservação das conquistas sociais, fortalecimento da organização da sociedade, em especial dos setores que mais sofrem as consequências da pobreza e da desigualdade social. O SUS tem princípios que, quando aplicados, são capazes de garantir o acesso, a qualidade e a humanização dos serviços de saúde.⁴⁶

Os objetivos do SUS não estão limitados ao tratamento de doenças. Vale observar que a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (...)”. Sobre o direito à saúde no Brasil, mas precisamente sobre medicamentos, Milena Barbosa Melo afirma que é possível citar:

⁴⁶ SATURNO, Alessandro; MELO, Verbena; QUEIROZ, Marionita (Coord.); XIMENES, Alessandra. **Informativo Eletrônico do CNS.** Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Informativo/informativo13.pdf>> Acesso em maio 2015.

(...) a Política Nacional de Medicamentos, formulada pelo Ministério da Saúde brasileiro, através da Portaria nº 3.916/98, que visa, em tese, garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, e a promoção do uso adequado, conseqüentemente, promover o acesso de medicamentos (...).⁴⁷

Então, o SUS tem como pressuposto promover melhores condições de saúde à população, quando deve o Estado possibilitar garantias de acesso universal e em condições de igualdade às ações e aos serviços públicos no contexto da saúde pública.

2.1.1 Do Fornecimento de Medicamentos

A administração de substâncias químicas para atacar as conseqüências das enfermidades é uma das principais formas às quais recorrem os médicos no trato de seus pacientes. Na verdade a medicina se utiliza dos medicamentos em toda espécie de terapia, e de diversas formas.

De acordo com Sergio Cavaliere Filho citado por Otto Licks, “os medicamentos são, a um só tempo, santos e demônios, heróis e vilões, benfeitores e malfeitores; tudo depende de como são produzidos, comercializados e utilizados”.⁴⁸

Há quem entenda que o fornecimento de medicamentos é prestação de seguridade social, e não deveria ser prestado pelo SUS. Em outras palavras, a entrega de medicamentos não é direito à saúde e sim prestação de seguridade social.⁴⁹ Na prática, a prestação do serviço de entrega de fármacos está ocorrendo pelo SUS, em que as leis orçamentárias contêm rubricas para essa finalidade.

Nadia Rejane Chagas Marques cita determinados dados do mercado brasileiro de medicamentos bastante pertinentes:

Segundo dados, o mercado brasileiro de medicamentos está entre os maiores do mundo e é o mais rentável do país, mas cerca de 70

⁴⁷ MELO, Milena Barbosa de; PAULO, Christiane Ramos Barbosa de. **O desequilíbrio entre a função social das patentes de medicamentos e o interesse individual das empresas farmacêuticas.** In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11189> Acesso em maio 2015.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio apud LICKS, Otto. Registro de Medicamentos genéricos na ANVS e infrações de patentes. **Revista da ABPI**, nº 45, p.28 mar-abr 2000.

⁴⁹ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 79.

milhões de brasileiros não tem acesso aos medicamentos. Em contrapartida, 15% da população com renda mensal acima de dez salários mínimos consome 48% do total de medicamentos do mercado e 51% da população com renda entre zero e quatro salários mínimos, consome 16%.⁵⁰

Assim, observa-se que a indústria farmacêutica mundial tem enorme interesse econômico no país, quanto mais o Poder Público investir em aquisições de fármacos, mais lucrativos serão seus negócios. Portanto, é possível perceber a dificuldade na prestação de serviço de saúde, especialmente, o de entrega de medicamentos à população em geral.

O direito à saúde, no âmbito de seu desenvolvimento engloba o direito de acesso aos medicamentos indispensáveis à cura e ao tratamento das enfermidades. Sendo assim, a questão da existência de direito à medicação passa, obrigatoriamente, pelo âmbito dos direitos fundamentais. Contudo, é comum o paciente necessitar de um determinado medicamento para seguir um tratamento e o mesmo se encontrar em falta ou estar no rol daqueles não fornecidos pelo SUS. Assim, aqueles que não possuem condições financeiras de adquirir o medicamento por conta própria ficam vulneráveis às consequências da doença e com isso tem suprimidos seus direitos à saúde e à dignidade e, por vezes, o direito à vida, motivo pelo qual recorrem ao Poder Judiciário em busca dos seus direitos fundamentais.

Norberto Bobbio citado por Aline Machado Weber observa que “(...) a preocupação maior não pode ser com o mero reconhecimento dos direitos fundamentais, senão com os meios disponíveis para sua efetivação. Trata-se, em síntese, de questão de índole material – como implementar tais direitos, residindo aí sua complexidade”.⁵¹

A questão é que a sociedade depende da boa saúde de cada um dos seus membros para que possa se desenvolver e utilizar as potencialidades de cada um deles de forma plena.

⁵⁰ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 75.

⁵¹ WEBER, Aline Machado. **A licença compulsória das patentes como instrumento efetivador do acesso a medicamentos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24102>> Acesso em: maio 2015.

O interesse social faz parte das medidas que asseguram a manutenção e a qualidade da vida dos indivíduos. Por esse motivo, os medicamentos e as essenciais ferramentas para o exercício da medicina, devem ser disponibilizados para todos, independentemente da condição social. Conforme destaca Lúcia Léa Guimarães Tavares:

Assim pensou o legislador constituinte, vez que a Constituição Federal, em seu art. 200, relaciona as atribuições do Sistema Único de Saúde, todas no sentido de organizar, fiscalizar, controlar e incentivar ações na área de saúde, caracterizando-o como sistema unificado, voltado para gerenciar uma política nacional.⁵²

Os tribunais brasileiros são indiscutivelmente favoráveis ao reconhecimento do direito do cidadão ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado, sendo esta, inclusive, uma obrigação deste em relação à tutela social.

A disposição do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 evidencia o fato de que as políticas públicas dependem de políticas sociais e econômicas. Não fazendo, porém, qualquer imposição ao Poder Judiciante em relação a quais espécies de medicamentos devem ser compradas, quais exames devem ser realizados, quais internações e quais os leitos devem ser utilizados, apesar de se saber que a própria Constituição determina que o Judiciário deve apreciar e julgar as demandas que lhes são apresentadas. Sendo assim, inúmeras teorias visam definir até onde o direito constitucional à saúde implica num direito subjetivo público inerente à prestação do Estado, que é passível de garantia pela via judicial.

2.2 O Direito à Saúde e a Distribuição Gratuita de Medicamentos

Anteriormente a Carta de Outubro, os cidadãos proviam suas necessidades de saúde sem qualquer participação do Estado, ou seja, não havia responsabilidade deste com relação ao bem estar da população. Havia alguns Institutos que apoiavam os trabalhadores, mas foi no Regime Militar que os institutos de previdência foram unificados e passaram para o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social, sendo vinculados a este o Serviço de assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de reabilitação da Previdência Social, que atendiam

⁵² TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, p.103, 2002.

os trabalhadores urbanos com carteira assinada que contribuíram e, portanto, eram beneficiários do sistema.⁵³

Com a evolução social passou a ser competência do Estado a garantia à saúde, conforme determinações da Constituição Federal de 1988.

A partir do movimento de redemocratização do país instituído pelo constituinte de 1988 passou a ser debatida a universalização do direito à saúde.⁵⁴ Promulgada a Carta, o seu art. 196 contempla que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, e institui o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁵⁵ Atualmente, todos os cidadãos brasileiros e os estrangeiros residentes no país têm direito à prestação dos serviços públicos de saúde.

Tendo a Constituição Federal em seu artigo 5º, § 1º determinado que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, sendo que quanto à eficácia, o direito à saúde encontra-se na condição de princípio. José Afonso da Silva ressalta que: “O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam”.⁵⁶

Diante desse postulado constitucional, muitos doutrinadores e juristas entendem que qualquer área da saúde deve ser prestada pelo Estado, ou seja, se o cidadão necessitar, por exemplo, de um medicamento de alto custo para um câncer não deve haver qualquer impedimento para o fornecimento do mesmo. Residindo aí, um dos maiores problemas do sistema, a limitação orçamentária, técnica e administrativa, pois todas as ações e serviços prestados a todos que necessitam provocariam um colapso orçamentário e financeiro na estrutura do Estado com comprometimento em outras áreas.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007, p. 98.

⁵⁴ Ibid., p.98.

⁵⁵ Ibid., p.98.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 806.

Ingo Sarlet cita determinados julgados onde o Supremo Tribunal Federal ressalta o princípio da máxima efetividade e da aplicação imediata dos direitos fundamentais, provenientes dos comandos constitucionais, entre eles:

RE nº 271286/RS (assegura a aplicabilidade direta ao art. 196 da CF/1988, garantido a eficácia plena e imediata do direito à saúde, declarando ser dever do Estado fornecer gratuitamente medicamentos às pessoas necessitadas); (...) RE nº 367089-RS, reforçando a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais entre os quais se situam os direitos sociais que englobam o direito à saúde e a previdência social);⁵⁷

No que se refere à assistência a saúde, este se encontra vinculado ao direito à assistência farmacêutica, o qual, em tese, constitui um elemento para o exercício da cidadania, cuja efetivação está intrinsecamente vinculada à atuação do Estado, no que diz respeito à eliminação das estruturas econômicas e sociais que possam impedir seu efetivo exercício.

Mauro Luís Silva de Souza citado por Aline Machado Weber destaca que: “É na perspectiva do direito fundamental do cidadão de exigir prestações públicas, com base no princípio da solidariedade social, que se insere o direito à saúde no âmbito dos direitos sociais e econômicos”.⁵⁸ Ingo Sarlet, por sua vez, explica que:

(...) assume relevo o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada pelo particular perante o Estado. Cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global, abrangendo toda e qualquer prestação na área da saúde e, ainda, qual o nível dos serviços a serem prestados. Trata-se do clássico dilema do Estado Social no que concerne as suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades, ou se deve - a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo - almejar um padrão ótimo nesta seara.⁵⁹

Não há dúvidas de que o direito à saúde e o próprio direito à vida, bem como a dignidade da pessoa humana, uma vez analisados sob uma ponderação de valores, deverão prevalecer sempre. No entanto, a realidade demonstra que a saúde

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 228, 2012.

⁵⁸ WEBER, Aline Machado. **A licença compulsória das patentes como instrumento efetivador do acesso a medicamentos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24102>>. Acesso em: maio 2015.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 314.

ainda é um direito muito longe de superar a simples consagração do texto constitucional, pois o que se vê é o cidadão buscando constantemente o Poder Judiciário para efetivar tal direito. Contudo, o Poder Público se opõe como destinatário precípua da pretensão relativa ao direito à saúde, além do fato de afirmar que o direito à saúde está positivado como norma de eficácia limitada. Então, a saúde, o bem maior da vida humana, passa a ser motivo de controvérsia.

Para equilibrar o postulado constitucional que eleva a saúde ao patamar de direito universal e integral a todos, foi aprovada a Lei nº 8.080/90 (Lei orgânica da saúde - LOS), a qual “estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento”.⁶⁰ Ocorreu a divisão de competências entre os entes federais, estaduais, distritais e municipais, com a participação de entes privados. É possível observar também que a Lei Orgânica da Saúde contempla a assistência terapêutica e farmacêutica como elementos de direitos sociais de saúde. A atual Política Nacional de Medicamentos está definida pela Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que faz uma repartição de competências nas três esferas governamental.⁶¹ “É um marco importante para o setor, mesmo que sua aprovação não tenha sido acompanhada de um conjunto de ações articuladas que viabilizam a sua implementação integral no sistema de saúde do país.”⁶² Sendo que o Governo Federal por através do Ministério da Saúde e com o intuito de atender a critérios técnicos elaborou a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

Assim, os Estados, Municípios e o Distrito Federal - DF, baseados no RENAME estabelecem outra relação com prioridade para atenção básica e outras definidas no plano de cada Ente.⁶³ Os medicamentos de caráter excepcional são adquiridos pela União em parceria com os Estados e o DF, e encontram-se

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 99, jul./dez. 2007.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 100, jul./dez. 2007.

⁶² MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 84.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 101, jul./dez. 2007.

elencados nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº 1.321, de 5 de junho de 2007.⁶⁴

Observando-se que no Distrito Federal, a política de distribuição de medicamentos segue a regra Federal composta pelas listas de dispensação (RENAME) e as Portarias já citadas. Porém, foi elaborado o REME-DF que presta a assistência farmacêutica e contém a lista de todos os medicamentos colocados à disposição da coletividade, numa quantidade aproximada de 1.000 fármacos. Portanto, conforme as informações acima, do ponto de vista normativo, pode-se afirmar que os Entes Federais, e especialmente o Distrito Federal, não estão inertes ou omissos à obrigatoriedade da entrega de medicamentos gratuita. Havendo em determinadas situações, um desabastecimento da rede por inúmeros motivos, a exemplo do ocorrido no final de 2014 no Distrito Federal, pois nessa época, os medicamentos constantes das listas não foram adquiridos em tempo hábil, o que ensejou uma maior judicialização.

Como bem observa Ana Carolina Lopes Olsen citada por Nadia Rejane Chagas Marques:

Se um fornecimento de determinado medicamento ou tratamento oneroso não se encontrar dentro dos limites imanentes à norma do direito à saúde, isto é, se não estiverem albergados pelo âmbito normativo, não poderiam ser exigidos judicialmente. Nesse caso, não haveria direito, e todo o trabalho de abrangência da norma se daria num momento anterior a sua aplicação.⁶⁵

Para a autora o indivíduo só tem direito subjetivo a um fármaco se este estiver contemplado nas portarias e relações nacionais e regionais, não estando previsto nas normas, o judiciário, salvo a alguns casos excepcionais e avaliando o caso concreto, não deve conceder. Apesar de o Poder Público não estar inerte em relação à política nacional de entrega de medicamentos, a sensação é de que a falta de recursos ou sua má gestão, e ainda, a reserva insuficiente de montante, não têm resolvido de forma satisfatória essa entrega medicamentosa. Evidenciando-se essa

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 101-102, jul./dez. 2007.

⁶⁵ OLSEN, 1989 Apud MARQUES, 2012, p. 74-75.

situação a partir do grande número de demandas que são levadas atualmente ao judiciário.

2.3 O Fornecimento de Medicamentos que não se encontram Inclusos na Lista do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais

A criação de política específica e de lista de medicamentos essenciais é um procedimento usual nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento que vem atender à recomendação da Organização Mundial da Saúde – OMS.

Para complementar a Política Nacional de Medicamentos criou-se a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, por meio da Resolução nº 338/04 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) ⁶⁶que, em seu artigo primeiro dispõe:

Art. 1º - Aprovar a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, estabelecida com base nos seguintes princípios:

(...)

III - a Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população;

As políticas de assistência farmacêutica definidas pelo Ministério da Saúde indicam determinadas diretrizes em relação à divisão de responsabilidades entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios quanto ao fornecimento de medicamentos. As demandas por serviços de saúde têm com bastante frequência ao Judiciário, o qual tem decidido sem considerar as políticas públicas formuladas pelo Executivo (Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais, Distrital e Municipais), impondo a entrega de medicamentos (não padronizados) fora dos protocolos de dispensação desses Entes.

Márcio Oliveira Rocha tece algumas explicações a respeito da entrega de medicamentos fora da lista versus a reserva do possível afirmando que a doutrina

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde (CNS). **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html> Acesso em maio 2015.

reinante debateu o assunto alegando que a teoria da reserva do possível foi mal interpretada. A realidade na Alemanha é bem diferente daquela existente no Brasil, e a implementação de políticas públicas deve ser mais efetiva, e que quando o medicamento não constar na lista dos protocolos clínicos não há impedimento quanto a sua efetivação por força de ordem judicial, e o Executivo deve providenciar e, se for preciso, retirando recursos de outras áreas.⁶⁷ O autor faz uma análise de alguns julgados, observando que as decisões são feitas de forma abstratas e com a possibilidade de fornecer medicamentos fora da lista:

Ao analisar os julgados, observa-se que a análise do orçamento público e do gasto inopinado, com a possibilidade de fornecimento de medicamentos fora da programação da Administração Pública-lista do SUS ou do Ministério da Saúde -, é feita de forma bastante abstrata, consoante se verifica, a título de comprovação, do que se extraia da “ratio decidendi” do seguinte julgado:

ACÓRDÃO Nº 2.1116 / 2011. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE NECESSÁRIO CHAMAMENTO AO PROCESSO. REJEITADA. MÉRITO: DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. DIREITOS SUBJETIVOS INALIENÁVEIS, CONSAGRADOS NA CF, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME.⁶⁸

Luís Roberto Barroso, por sua vez, ressalta decisão que envolve a entrega de medicamento que não constava na lista do programa de Dispensação em caráter excepcional do Ministério da Saúde:

(...) A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se

⁶⁷ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 90.

⁶⁸ Ibid., p. 90.

encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões," o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo "(fl. 14).Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado" efeito multiplicador " (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 09 de fevereiro de 2007.⁶⁹

Luís Roberto observa que a Ministra Ellen Gracie, no julgado acima citado, enfatizou que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde.⁷⁰ Sendo evidenciado que a mencionada Ministra se posiciona terminantemente contra a intromissão do Judiciário em matéria de política pública de saúde, argumentando que houve sim uma política estabelecida, no caso sobre medicamentos, e que o Poder Executivo no caso concreto está fazendo seu papel, ou seja, dando tratamento ao paciente, inclusive fornecendo medicamentos que consta da lista. O que o impetrante requer é outro medicamento de alto custo que não consta no protocolo clínico. A jurisprudência tem caminhado nesse sentido, conforme é possível perceber na decisão abaixo citada:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EXCEPCIONAL E DE ALTO CUSTO, NÃO INCLUÍDO NO PROGRAMA OFICIAL. ATESTADOS E EXAMES MÉDICOS PARTICULARES E UNILATERAIS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO. - O fornecimento de medicamento excepcional, de alto custo, não incluído na lista de dispensação pelo Ministério da Saúde - o qual, inclusive se posiciona de forma contrária à incorporação do fármaco no SUS - embasado em prova unilateral, não submetida ao crivo do contraditório e sem confirmação quanto à imprescindibilidade e impossibilidade de substituição por outro já incluído no programa oficial, não pode ser objeto de mandado de segurança - Hipótese em que não configurado o direito líquido e

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114,jul./dez. 2007, p. 109.

⁷⁰ Ibid.,p.109.

certo a ser protegido, como ponderado nos precedentes do STJ citados na decisão ora combatida, o que inviabiliza o acolhimento do agravo interno interposto pelo Ministério Público (grifos aditados).⁷¹

No ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da SL 47 AgR/PE fez algumas considerações e traçou parâmetros delimitando a atuação do judiciário, dentre os quais, o fornecimento de fármaco não constante nas lista de dispensação do SUS.⁷² Na oportunidade o relator entendeu que obrigar a rede pública a fornecer fármaco que não está na lista e não é registrado na ANVISA não é garantia de melhora de saúde do paciente. Alegando ainda, que o registro na autarquia é condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo este o primeiro requisito para que o SUS programe sua inclusão na lista. Ademais a ANVISA faz a regulação econômica e técnica dos fármacos, e obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde podendo tal situação levar a grave lesão à ordem administrativa – orçamentária - financeira e comprometimento do SUS. Assim, se manifesta a jurisprudência pátria:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷³

Portanto, admitir a interferência do judiciário sem avaliar o mínimo de parâmetros necessários, principalmente obrigando o Executivo a entregar medicamentos fora das listas e que não sejam registrados na ANVISA⁷⁴, é, na concepção de Márcio Oliveira Rocha “chancelar um possível modelo de democracia

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo Interno em Mandado de Segurança nº 10024121292437002 MG - Relator(a): Alberto Vilas Boas, Belo Horizonte, MG, 28/01/2014, 1ª CÂMARA CÍVEL - Publicação: 06/02/2014.

⁷² ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 94.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental nº SL: 47 PE , Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Brasília, DF, 17 de Março de 2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

⁷⁴ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 98.

aristocrática”.⁷⁵ O fato é que não se está “impedindo” que as pessoas demandem junto ao judiciário uma pretensão subjetiva amparada na Constituição Federal, pois é admissível a intervenção desse Poder, desde que sejam utilizados parâmetros razoáveis como aqueles estabelecidos na citada SL 47 AgR/PE e na doutrina de Luís Roberto Barroso , principalmente com a devida avaliação do caso concreto e dos medicamentos que estão na lista dos protocolos clínicos e registrados na ANVISA.

2.4 A Responsabilidade Solidária dos entes da Federação

Os Tribunais Superiores – STF e STJ - têm entendido que a responsabilidade para atender uma demanda na saúde é solidária, sendo imposto a qualquer ente da federação o custeio de qualquer procedimento clínico ligado à efetivação do direito a saúde com o pressuposto de que o artigo 196 c/c o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garantiu o direito a saúde de todos⁷⁶. Nesse mesmo contexto, os Órgãos jurisdicionais pátrios, dentre eles os do Distrito Federal, independente de onde reside o demandante ou em que lista de dispensação um determinado medicamento venha figurar decide que o Poder Público é responsável solidário, podendo ser a União, os Estados, Municípios ou DF.⁷⁷ Luís Roberto Barroso também ressalta que o Judiciário vem responsabilizando solidariamente os entes da federação com o argumento de que se trata de competência comum.⁷⁸

O Código Civil de 2002 em seu artigo 266 dispõe: “A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro”. Ari Pedro Lorenzetti, por sua vez, entende que a responsabilidade solidária pode ser definida como: “a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor escolher de qual ou quais deles pretender obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito”.⁷⁹ Detentora de igual clareza é a explicação de Rodolfo Pamplona e

⁷⁵ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 98.

⁷⁶ ROCHA, Op. Cit., p. 76.

⁷⁷ ROCHA, Op. Cit., p. 76.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114,jul./dez. 2007.

⁷⁹ LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas**. São Paulo, LTR, 2003, p. 22.

Pablo Stolze a respeito das nuances da responsabilidade solidária, quando afirmam que “existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva)”.⁸⁰ São várias as decisões no sentido de afirmar que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Sendo assim, qualquer um destes entes federados possui legitimidade *ad causam* para compor o pólo passivo da demanda. A jurisprudência assim se manifesta quanto à responsabilidade solidária:

MANDADO DE SEGURANÇA. DOENÇA GRAVE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CIDADÃO À SAÚDE E À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO PELO ESTADO. DEVER CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, disponibilizando o necessário tratamento àqueles que não possam arcar com seus custos, efetivando, assim, o que a CF e a LODF expressamente asseguram (art. 196 da CF e 207 da LODF). Provado o direito líquido e certo, eis que demonstradas a enfermidade, a necessidade de tratamento e a impossibilidade de custeá-lo, impõe-se a concessão da ordem com a determinação de disponibilização do medicamento prescrito ao paciente. O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária entre todos os Entes da Federação – União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, o fato de o tratamento ser realizado em outra unidade da Federação não pode servir de entrave à efetivação do direito subjetivo à saúde e à própria vida. Precedentes do c. STF e o e. STJ, quanto à possibilidade de o cidadão exigir o cumprimento da obrigação quanto à efetivação do direito fundamental à saúde em face de qualquer um dos Entes da Federação. (grifos aditados).⁸¹

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à

⁸⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - MSG: 20140020064143 DF 0006451-84.2014.8.07.0000, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 26/08/2014, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/09/2014 . Pág: 54.

segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (grifos aditados).⁸²

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. I - Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas que objetivem assegurar, àqueles desprovidos de recursos financeiros, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos. II - Agravo de instrumento a que se dá provimento. Veja também: AMS 0008882-42.2008.4.01.3803, TRF1 AC 0012002-21.2006.4.01.3300, TRF1 AGRG NO RESP 1.159.382, STJ AGRG NO AG 1.107.605, STJ. (grifos aditados).⁸³

De acordo com a posição dos julgados acima citados, verifica-se que a obrigação pode recair sobre qualquer ente da federação, mesmo que na sua lista de dispensação não conste o medicamento pleiteado. Como ocorre muitas das vezes, em que o fármaco é de alto custo e de caráter excepcional e consta apenas na lista do Ministério da Saúde (União) e outra esfera federada é obrigada a fornecer.

Márcio Oliveira Rocha entende que esse procedimento judicial prejudica um ente estatal que não tem responsabilidade segundo as regras do Sistema Único de Saúde e “contraria a doutrina constitucional que menciona um critério específico quanto à forma de ingresso no Judiciário”.⁸⁴ Já Luís Roberto Barroso propõem certo parâmetro para se saber de quem é a responsabilidade, indicando que no caso de medicamentos, se o ente estatal inclui na sua lista de dispensação um determinado fármaco, eles se vinculam a fornecer a população.⁸⁵ Aceitando-se tal entendimento dos órgãos judiciais, de que qualquer órgão do Executivo é parte legítima e figura no pólo passivo, é possível exemplificar a partir da hipótese de que um morador de cidade limítrofe de Goiás se desloque para o DF e solicite seu medicamento pela via

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada em Agravo Regimental nº 175, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo nº 13076 MG, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 11/11/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.516 de 28/11/2011.

⁸⁴ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 79.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114,jul./dez. 2007.

judicial perante o governo distrital por entender ter essa esfera governamental uma maior capacidade financeira.

A doutrina constitucional raramente se contrapõe ao argumento dos juízes em elevar o direito à saúde como direito de todos e a responsabilizar solidariamente o Poder Público, preocupando-se com o formalismo de teorias e discussões em abstratos.⁸⁶ Vanice do Valle destaca que tais decisões em responsabilizar solidariamente os entes federados agrava o planejamento da política pública:

Acrescente-se que muitas vezes, à falta de uma indicação explícita de quem seja o destinatário da correspondente obrigação, afirma-se a existência de uma obrigação solidária entre os entes federados, o que agrava a situação de obscurecimento das esferas de responsabilidade e a subversão dos programas de ação de cada ente público.⁸⁷

Logo, para o Judiciário, existe a obrigação de fornecimento de medicamentos por parte do Estado *lato sensu*, havendo necessidade da constituição do litisconsórcio passivo entre os entes federados no que se refere à judicialização da matéria. Então, esses Poderes irão responder de maneira solidária pelas ações que têm por finalidade garantir o direito à saúde, especificamente em demanda que tratem do fornecimento de medicamentos, vindo muitas das vezes desestruturar orçamentos definidos nas leis.

⁸⁶ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 80.

⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro**. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo3.doc> Acesso em jun 2015.

3 A POLÍTICA DE SAÚDE E O ORÇAMENTO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL – GDF

Abordaremos nesse capítulo como é formulada a atual política pública de saúde do Distrito Federal, como está organizada e quais os órgãos responsáveis pela sua execução. Mostraremos como está disposto o orçamento distrital relativo ao direito fundamental a saúde, mas particularmente relativo as aquisições de fármaco.

Será também abordado como está organizado a política de saúde no Brasil e o direito fundamental a saúde, e como a doutrina e jurisprudência vêm se debatendo sobre a teoria da reserva do possível.

3.1 A Finalidade da Lei Orçamentária Anual – LOA

A Lei Orçamentária Anual (LOA) prevê as receitas e as despesas que o governo federal, estadual e distrital pretendem realizar. Conforme disposição do artigo 165, I, II e III da Constituição Federal: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias; os orçamentos anuais”.

O Orçamento Público é um documento que autoriza o recebimento e gastos com recursos financeiros. O artigo 1º da Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964 estabelece: “Esta lei estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XV, letra b, da Constituição Federal”. O Orçamento Geral do Distrito Federal (OGDF) é idêntico ao da União (OGU), e se forma através do Orçamento Fiscal, da Seguridade e do Orçamento de Investimento das empresas estatais federais e distritais. Contudo, existem princípios que devem ser observados para elaboração e controle do Orçamento, os quais se encontram definidos na atual Constituição, na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, no Plano Plurianual, na Lei Orçamentária Anual (LOA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Antônio Almeida Junior observa que “o

governo define no Projeto de Lei Orçamentária Anual, as prioridades contidas no PPA e as metas que deverão ser atingidas naquele ano”.⁸⁸

Os instrumentos orçamentários mencionados são utilizados para a realização do planejamento das ações que o Governo pretende executar a cada exercício financeiro. A LDO é a base para a elaboração da LOA, mas precisa estar de acordo com o PPA, que consiste no instrumento de planejamento para quatro exercícios financeiros.

Nos últimos anos o governo distrital tem ultrapassado as metas de arrecadação para o exercício financeiro, no entanto, algumas lacunas têm sido deixadas na aplicação de recursos. Com o fim do mandato do governador Agnelo Queiroz em 2014, ficou constatado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) e pelo atual governo que o gasto foi maior que a arrecadação, deixando um rombo nas contas públicas. Assim, provocou atraso no pagamento de salários dos servidores, a inadimplência para com as empresas contratadas, tais como aquelas que prestam serviço na área de saúde, a falta de medicamentos e insumos básicos para atender os hospitais, entre outras deficiências da atuação do Poder Público, o que vem sendo evidenciado com a veiculação pela mídia.

De acordo com Francisco Mota, “o orçamento Público é um documento que dá autorização para se receber e gastar recursos financeiros. (...) Como trata de recurso financeiros públicos, é necessário que a aplicação desses recursos esteja previsto em lei”⁸⁹ Vale observar que dentro da estrutura do Governo do Distrito Federal a Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão⁹⁰ é a responsável pela

⁸⁸ ALMEIDA JÚNIOR, Antônio. **Como é Feito o Orçamento Público**. Disponível em: <http://almeidajuniiorpa.blogspot.com.br/2009_06_01_archive.html> Acesso em: jun 2015.

⁸⁹ MOTA, Francisco Glauber Lima. **Curso Básico de Contabilidade Pública**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055712.PDF>> Acesso em: jun 2015.

⁹⁰ A estrutura da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal (Seplag-DF) foi reformulada pelo Decreto Nº 36.236, de 1º de Janeiro de 2015, e pelo Decreto Nº 36.313, de 27 de Janeiro de 2015. Com esse documento, a Seplag reforçou sua função de órgão central de planejamento do Governo, destacando-se no estudo e monitoramento das políticas públicas governamentais. Ademais, a secretaria ganhou novas atribuições relacionadas à Gestão Estratégica e de Projetos, embora tenha passado a ter um quadro de servidores mais enxuto. As áreas de logística, tecnologia da informação, contratos e compras (licitações) foram transferidas para a Secretaria Gestão Administrativa e Desburocratização. Como órgão central do planejamento, a Seplag continua a ser responsável por orientar e coordenar todo o processo de elaboração e acompanhamento do planejamento anual, plurianual e da execução orçamentária do governo. Segue ainda na coordenação e articulação de ações para subsidiar a formulação, implementação e avaliação de programas e projetos voltados para resultados e para o cumprimento das metas

elaboração do orçamento, da gestão, execução, e pela elaboração das leis orçamentárias que são enviadas a Assembléia Legislativa Distrital. Sendo que a competência e a atuação desta implicam no orçamento público, no planejamento governamental, na captação de recursos, na gestão de programas, nos projetos estratégicos, e na gestão da estratégia.⁹¹

A política pública de saúde é formulada pela Secretaria de Saúde do DF através de documentos técnicos e administrativos que geram um valor de despesas que são consubstanciadas em planilhas orçamentárias e enviadas para consolidação na Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, e aprovação do Governador antes de ser enviado ao Poder Legislativo.

O Poder Legiferante após debater junto às diversas forças políticas aprova total ou parcialmente e, posteriormente é submetido à sanção do Governador. Depois desse trâmite as secretarias distritais começam a executar as políticas públicas definidas nos diplomas orçamentários. Pode-se definir política pública, numa concepção *lato sensu*, como “todos os instrumentos de ação dos governos para atender às necessidades sociais”.⁹², ou seja, um determinado governo levanta as necessidades sociais em uma área, realiza estudos técnicos e administrativos e verifica sua viabilidade, para materializar em um instrumento de ação que vai gerar as chamadas leis orçamentárias.

No Distrito Federal, nos anos de 2013 e 2014 foram alocados inicialmente e autorizado para a política pública de saúde, os valores constantes das tabelas a seguir:

estratégicas definidas pelo governo. Sua atuação e competência abrangem as seguintes áreas: orçamento público; planejamento governamental; captação de recursos; gestão de programas e projetos estratégicos; gestão da estratégia. Além disso, a Seplag também é responsável pelo relacionamento do Governo do Distrito Federal com o Terceiro Setor e detém relação de vinculação com a Companhia de Planejamento do Planalto Central (Codeplan) e com o Conselho de Gestão das Organizações Sociais.

⁹¹ BRASIL. Governo do Distrito Federal. SEPLAG - **Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão**. Disponível em: <<http://www.seplag.df.gov.br/sobre-a-secretaria/a-seplan.html>>. Acesso em: jun 2015.

⁹² ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: judicialização das políticas públicas. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n.28, p.141-166, 2010.

Tabela 01 - Orçamento e Valores Iniciais

Orçamento inicial Total do Fundo de Saúde	Valor inicial de todas as fontes	Valor inicial para aquisição de medicamentos	Percentagem inicial em relação ao total
LOADF2013	R\$ 2.310.683.500,00	R\$ 176.795.542,00	7,65 %
LOADF2014	R\$ 2.556.475.731,00	R\$ 122.479.308,00	4,79 %

Fonte: Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal.⁹³

Tabela 02 - Orçamento e Valores Autorizados e Executados

Orçamento inicial Total do Fundo de Saúde	Valor autorizado de todas as fontes (R\$)	Valor autorizado para aquisição de medicamentos (R\$)	Executado (R\$)	Percentagem autorizada em relação ao total
LOADF2013	3.255.175.352,00	210.190.202,00	202.549.058,00	6,45 %
LOADF2014	3.740.744.168,00	243.623.369,00	155.895.156,00	6,51%

Fonte: Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal.⁹⁴

Dos dados apresentados pela Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal, nas tabelas 01 e 02, verifica-se que houve um aumento em relação ao valor inicialmente proposto pelo Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo, tanto em relação ao montante total inicial como em relação à aquisição de medicamentos. Sendo possível observar que o percentual inicial de aquisição de medicamentos em 2013 era de 7,65% quanto ao montante total inicial e, posteriormente foram autorizados valores em torno de 6,45%. Já no ano de 2014 o percentual inicial de aquisição de medicamentos era de 4,79 % em relação ao

⁹³ BRASIL. Governo do Distrito Federal. **Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG**. Disponível em: <www.seplag.df.gov.br>. Acesso em: abr 2015. OBS: Local: normas regulamentares, relatórios de execução orçamentária, projetos e leis orçamentárias e confirmados pessoalmente em visita exploratória aquela Secretaria.

⁹⁴ BRASIL. Governo do Distrito Federal. **Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG**. Disponível em: <www.seplag.df.gov.br>. Acesso em: abr 2015. OBS: Local: normas regulamentares, relatórios de execução orçamentária, projetos e leis orçamentárias e confirmados pessoalmente em visita exploratória aquela Secretaria.

montante total inicial e, posteriormente foram autorizados valorem no patamar de 6,51% , ou seja, houve um considerável aumento.

Quando se analisam as duas leis orçamentárias, verifica-se que 82% do orçamento da saúde são para encargos de pessoal, 1% investimento e 17% para manutenção (incluindo as aquisições de medicamentos e demais materiais médicos).⁹⁵

O governo local, ao trabalhar com grande parte dos recursos para despesas de pessoal, os de custeio e investimento ficam com seus orçamentos muito limitados. Como a demanda é ilimitada, e devido à maior parte da população carente não ter condições de adquirir os medicamentos receitados pelos médicos, a judicialização se torna uma alternativa viável e que de alguma maneira impacta a parcela destinada a essas aquisições, podendo ser um fator que venha desestruturar a política pública de saúde.

No capítulo 4 verificar-se-á em que medida as decisões judiciais têm impactado o orçamento inicialmente autorizado e executado em relação às aquisições de medicamentos, e a partir do valor percentual se há alguma solução a curto e longo prazo.

3.1.1 A LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social

A Assistência Social visa garantir o mínimo de dignidade para as pessoas necessitadas, as quais por si só, não têm condições de prover o básico para sua sobrevivência e de sua família. Sendo um sistema não contributivo, integra a assistência da Seguridade Social brasileira, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prove os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de

⁹⁵ BRASIL. Governo do Distrito Federal. **Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG**. Disponível em: <www.seplag.df.gov.br> Acesso em: abr 2015. OBS: Local: normas regulamentares, relatórios de execução orçamentária, projetos e leis orçamentárias e confirmados pessoalmente em visita exploratória aquela Secretaria.

iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Por outro lado, as diretrizes da assistência social estão previstas no artigo 203 da Constituição Federal e o seu inciso V tem claramente um caráter assistencial, considerando-se que, independentemente de ter contribuído com os cofres da Seguridade Social, o idoso e o deficiente possuem essa garantia assistencial.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

No entanto, foi preciso a regulamentação dessa determinação constitucional através do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 alterado posteriormente pela Lei nº 12.435/2011, para que a norma adquirisse sua total eficácia:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

O objetivo dos benefícios previdenciários é minimizar ou eliminar o estado de necessidade social em que se encontra o beneficiário. Sendo assim, pode-se dizer que tais benefícios são de caráter alimentar. O direito previdenciário é respaldado pelos princípios constitucionais que se referem à Seguridade Social. A Constituição Federal no seu artigo 6º define os direitos sociais, e entre eles, destaca-se o direito à previdência social: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Verifica-se que a saúde faz parte da seguridade social, e de alguma forma se une a assistência social, sendo um direito essencial posto pela atual Carta Constitucional.

Foi nesse complexo sistema inaugurado pelos constituintes de 1988 que se inseriu a saúde como um direito fundamental a ser prestado pelo Poder Público aos cidadãos que necessitar.

3.2 A Política Pública de Saúde no Brasil e o Direito Fundamental à Saúde

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a criação do SUS, quando a saúde passou a ser um direito a ser assegurado pelo Estado, fundado nos “princípios de universalidade, equidade, integralidade e organizado de maneira descentralizada, hierarquizada e com participação da população, posteriormente regulamentado pelas Leis Orgânicas da Saúde (LOS) 8080/90 e 8142/90”.⁹⁶

Assim, a saúde, pela primeira vez na história brasileira, passou a fazer parte dos atos jurídicos e dos princípios constitucionais. De acordo com Silva, o Sistema Único de Saúde:

É um sistema que vai à contramão ao neoliberalismo, constituído a partir do movimento sanitário que critica o modelo da época e propõe um novo aparelho visto pelos ângulos da conquista do direito universal ao acesso e o da organização do sistema de serviços de saúde.⁹⁷

Contudo, observa-se, que as políticas públicas de saúde, evidenciam o momento histórico de suas criações, bem como os avanços científicos e a capacidade das classes sociais interferirem na política.

O sistema previdenciário público adota a forma de repartição, na qual os ativos contribuem para os inativos receberem, com base no princípio da solidariedade, ou seja, há uma solidariedade entre os mesmos no custeio do sistema, pois os valores arrecadados irão suprir futuros benefícios. Conforme as observações de Nadia Rejane Chagas Marques:

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **A aderência dos cursos de graduação em enfermagem, medicina e odontologia às diretrizes curriculares nacionais**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

⁹⁷ SILVA, S. F. Sistema Único de Saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v.33, n.81, p. 38-46, jan/abr, 2009.

O direito à saúde, além de qualificar-se como condição fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional no plano da organização da federação, não pode ficar indiferente às necessidades atinentes à saúde da população, sob pena de grave comportamento inconstitucional.⁹⁸

Não havendo dúvidas que a saúde dos habitantes de uma nação soberana é o termômetro de sua capacidade de desenvolvimento com relação às condições elementares de sobrevivência, para que se busque o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana, sempre com o foco no Sistema Único de Saúde.

No artigo 195, § 5º, da Constituição Federal está contido o Princípio da Preexistência da Fonte de Custeio, o qual determina que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.⁹⁹

O desvio de finalidade que ataca o sistema de saúde configura total falta de responsabilidade e um ato de improbidade administrativa.

De acordo com o Princípio da Precedência da Fonte de Custeio que é vinculado ao princípio do equilíbrio financeiro, só pode ocorrer aumento de despesa para a reserva previdenciária quando, por outro lado, haja receita que sustente os gastos advindos de tal alteração legislativa, cuja finalidade é exatamente evitar o estrangulamento das contas do regime. Apesar do avanço no campo da saúde ainda se tem um abismo de desigualdade no que se refere à distribuição de renda, ao acesso a serviços de saúde de qualidade, entre outros fatores.

Para garantir o direito à saúde através de políticas públicas o legislador constituinte inseriu o Sistema Único de Saúde – SUS no texto constitucional, o qual teve sua regulamentação por meio de leis e outros instrumentos normativos, ficando definido que a política de saúde pública seja definida com a participação da sociedade. Especialmente quando se trata de problemas sociais relativos às populações vulneráveis.

⁹⁸ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 44.

⁹⁹ LEGISLAÇÃO brasileira: Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em maio de 2015.

No âmbito do Distrito Federal, a política pública de saúde é formulada pela Secretaria de Saúde através de documentos técnicos e administrativos que geram um valor de despesas que são consubstanciadas em planilhas orçamentárias, as quais são enviadas para consolidação na Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, e aprovação do Governador antes de ser enviado ao Poder Legislativo.

Com a evolução social a garantia à saúde passou a ser competência do Poder Público, conforme determinações da Constituição Federal de 1988. Conforme explica Rodrigo Zouain da Silva:

O direito à saúde esta tutelado na Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196 deve ser efetivado por meio da integralidade de assistência: diretriz prevista no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e o princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080 de 1990.¹⁰⁰

Pode-se definir política pública, a partir de uma concepção *lato sensu*, afirmando que “todos os instrumentos de ação dos governos para atender às necessidades sociais”,¹⁰¹ ou seja, um determinado governo levanta as necessidades sociais em uma área, realiza estudos técnicos e administrativos e verifica sua viabilidade, para materializar em um instrumento de ação que vai gerar as chamadas leis orçamentárias.

José Afonso da Silva observa que: “O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam”.¹⁰²

A Constituição Federal impõe que as normas que tratam dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata e quanto à eficácia, o direito à saúde é colocado na condição de princípio.

¹⁰⁰ SILVA, Rodrigo Zouain da. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível.** In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912> Acesso em jun 2015.

¹⁰¹ ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: judicialização das políticas públicas. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 17, n.28, p.141-166, 2010.

¹⁰² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 806, abr 2002.

Valendo destacar as palavras de Silvia Waltrick Bernardi citada por Nadia Rejane Marques que se referem à questão da proteção à saúde:

A proteção social à saúde decorre, também, da importância que o constituinte atribui aos direitos sociais, através dos arts. 6º e 7º da Carta Magna, inseridos no rol dos direitos fundamentais e que se traduzem em prestações positivas a serem ofertadas pelo Estado, possibilitando, assim, melhores condições de vida, precipuamente aos mais necessitados.¹⁰³

Contudo, a realidade demonstra que a saúde ainda é um direito que se encontra muito longe de superar a simples consagração do texto constitucional, pois o que se vê é o cidadão buscando o Poder Judiciário para efetivar tal direito.

O direito à saúde se constitui num elemento inerente à cidadania, cuja efetivação está intrinsecamente vinculada à atuação do Estado, no que diz respeito à eliminação das estruturas econômicas e sociais que possam impedir seu efetivo exercício.

O Estado, ao assumir a responsabilidade do direito à saúde, se viu diante da dificuldade de concretizar tais direitos, assegurados pela Constituição Federal. No fim do século XX, houve um notório retrocesso estatal quanto à responsabilidade individual pela saúde, conforme afirmam Pedro Dallari e Deisy Ventura citados por Mariana Figueiredo:

O Estado figuraria apenas subsidiariamente na prestação de cuidados à saúde das pessoas, obliterando-se, com isso, o questionamento das estruturas sociais e econômicas subjacentes ao problema sanitário. Já as políticas públicas não seriam mais estabelecidas em função de dados epidemiológicos, mas se conformariam a análises econômicas de custo-benefício – o que, “por vezes, acaba implicando a ausência de prevenção, elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública”, e sabidamente menos custoso.¹⁰⁴

O fato é que o Estado se exime de parte dessa responsabilidade quando resume o atendimento à saúde às restrições dos cofres públicos, pondo em risco o direito fundamental à saúde.

¹⁰³ BERNARDI, 1999 apud MARQUES, 2012, p. 45.

¹⁰⁴ DALLARI e VENTURA, apud FIGUEIREDO, 2007, p. 80.

Discorrendo a respeito dessa realidade José Joaquim Gomes Canotilho citado por Mariana Figueiredo, observa que “os direitos sociais às prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos às prestações financiadas pelos cofres públicos”.¹⁰⁵

Assim, percebe-se que a partir de tal situação onde um direito fundamental é defendido por muitos à mercê dos recursos financeiros do Estado que se encontram disponíveis, impossibilitando assim muitas das vezes sua efetividade.

3.3 A Teoria da Reserva do Possível

Os direitos sociais, como qualquer outro, para ser concretizado e entregue à população demanda um custo ao poder Público. Stephen Holmes e Cass Sunstein argumentam que os direitos têm certo dispêndio financeiro para os cofres estatais, e isso deve ser levado em conta na hora do julgamento por parte dos magistrados.¹⁰⁶ Na mesma linha de pensamento, Álvaro Luis de A. S. Ciarlini mencionando Dworkin, menciona os direitos sociais e seus custos afirmando:

Essa questão, que supõe o imperativo de se levar a cabo uma necessária ponderação por parte do juiz, nos induziria à afirmação de que os direitos sociais, estando contingenciados pela realidade financeira do Estado, não podem ser considerados absolutos e que, embora prescritos na Constituição, não poderiam ser atendidos, todos, ao mesmo tempo. Nessa medida, considera-se que os direitos tem custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado. Assim, as considerações de HOLMES e SUNSTEIN pretendem, em verdade, chamar a atenção dos juristas justamente para esse viés da efetiva possibilidade de atendimento aos direitos constitucionais, inclusive mediante a ponderação acerca de seu alcance para a sociedade como um todo, ou, pelo menos, para a maioria de seus integrantes.¹⁰⁷

Atualmente há uma manifestação entre os juristas brasileiros em interpretar o direito a saúde “como um direito a atendimento à saúde, terapêutico e farmacêutico

¹⁰⁵ CANOTILHO, 2004 Apud FIGUEIREDO, 2007, p. 131-132.

¹⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights-Why Liberty depends on taxes**. New York: W.W.Norton & Company, 1999, p.128.

¹⁰⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-34.

ilimitado”¹⁰⁸, e que vem sendo aceito por quase a totalidade do Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos judiciários, e sem levar em conta a capacidade orçamentária e financeira do poder público envolvido.¹⁰⁹

A partir de tais decisões, o SUS é obrigado a cobrir tratamentos e adquirir medicamentos não contemplados pela política de saúde estabelecida pelos órgãos responsáveis.¹¹⁰

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha com decisões da Corte Constitucional “em que ficou assente que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”.¹¹¹

Na decisão da Corte Alemã fica assente que as prestações positivas dos direitos sociais fundamentais do Estado estão sujeitos a sua capacidade orçamentária, chegando à conclusão de que a disponibilidade dos recursos estaria no campo discricionário das decisões políticas, não cabendo ao Judiciário deliberar sobre o assunto.¹¹² É nessa linha que muitos doutrinadores brasileiros argumentam que não cabe aos juízes a intromissão na efetivação dos direitos sociais fundamentais por se tratar de disponibilidade orçamentária.¹¹³

Há quem defenda que não pode o Poder Público se esquivar de efetivar um direito social fundamental como o da saúde alegando falta de orçamento, sendo esse o pensamento de Nadia Rejane Chagas Marques ao afirmar que:

Condicionar o limite da atuação do Estado à efetivação de direitos sociais à necessidade de previsão orçamentária é um pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentaria para a realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao

¹⁰⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Supino. **Direito a saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>> Acesso em fev 2015.

¹⁰⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Supino. **Direito a saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>> Acesso em fev 2015.

¹¹⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Supino. **Direito a saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>> Acesso em fev 2015.

¹¹¹ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos. **Revista de Direito do IDP**, Brasília, p. 219.

¹¹² Ibid.,p.219.

¹¹³ Ibid.,p.219.

administrador, não ao juiz. Houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo poder público, mas isso não impede que o juiz determine que se realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional.¹¹⁴

No julgamento da ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45¹¹⁵, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello assim explicitou:

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”.¹¹⁶

Para o magistrado, essa teoria não deve prosperar com a finalidade do Estado em se esquivar de cumprir suas obrigações constitucionais. Fernando Facury Scaff, trazendo ensinamentos de Ana Paula Barcelos e Andreas Krell, observa que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação

¹¹⁴ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 96.

¹¹⁵ ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). 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. Cumpre 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..Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

¹¹⁶ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45, Advogado Geral da União-Presidente da República, PSDB, Ministro CELSO DE MELLO, Brasília, 29 de abril de 2004, DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

popular, recebam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.¹¹⁷

O autor até admite ser invocada a teoria da reserva do possível, desde que haja comprovação de que “os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados”.¹¹⁸

Sendo certo que há menos recursos do que o necessário para efetivar o direito a saúde, e implementá-los depende da capacidade de arrecadação estatal através dos tributos. Não consistindo apenas nos financeiros, mas também pela necessidade de pessoal especializado, equipamentos, e as decisões que concretizam esses direitos que podem gerar uma desorganização nas próprias finanças do poder envolvido.¹¹⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que os recursos são finitos, e implementar direitos sociais demanda custos que nem sempre podem ser concretizados em um determinado tempo e local, sendo lícito o Ente estatal alegar a teoria da reserva do possível quando há uma política compatível, planejada e sua execução está sendo realizada de forma regular.¹²⁰ Contudo, a citada autora não elimina a hipótese de o Judiciário analisar a política pública, ele pode fazê-lo, mas se identificar que as escolhas são razoáveis, estão sendo cumpridas, ele não pode alterá-las ou determinar sua alteração.¹²¹

Até nas sociedades mais modernas do mundo como os Estados Unidos e Alemanha, os recursos de toda ordem são limitados, e o Poder Público responsável deve escolher aloca-los com o intuito de procurar atender a universalidade de seus cidadãos.¹²² Há ainda quem defenda ser lícito o judiciário determinar o

¹¹⁷ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos. **Revista de Direito do IDP**, Brasília, p. 222-223.

¹¹⁸ ¹¹⁸ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos. **Revista de Direito do IDP**, Brasília, p. 225.

¹¹⁹ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 99.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 832.

¹²¹ *Ibid.*, p. 835.

¹²² FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. **Direito a Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>> Acesso jun 2015.

contingenciamento e remanejamento dos recursos, conforme afirma Márcio Oliveira Rocha:

Nessa mesma linha, ainda há quem defenda que o poder judiciário pode determinar o contingenciamento e o remanejamento de recursos do Poder Executivo, com a imposição de coerção indireta- art. 461, parágrafo 5º, cumulado com o art. 14, V e parágrafo único, ambos do CPC-, ou, “demostrada a exaustão orçamentária, poderá obrigar o ente público a incluir, na próxima lei orçamentária, recursos suficientes para atender ao direito fundamental violado”.¹²³

Assim, além de não atenderem ao postulado da teoria da reserva do possível nos casos em que há uma política razoável em execução, os juízes ainda mandam contingenciar e remanejar o valor postulado, desorganizando o já precário sistema de saúde. O mesmo autor acima citado ainda adverte:

Instituir um contingenciamento e remanejamento do orçamento público, descaracterizando a discricionariedade do gasto e a implementação de políticas públicas, sem uma justificativa motivada e constatada nos autos do processo, constitui um ativismo judicial não salutar para o desenvolvimento social; pelo contrário, promove uma repartição um tanto quanto desigual dos direitos relacionados à saúde, pois efetiva tais medidas somente aos que se socorrem do judiciário.¹²⁴

Luís Roberto Barroso fazendo uma crítica à judicialização excessiva, ressalta que a desestruturação orçamentária e financeira provocada pelas decisões é a mais frequente, e que os gestores nos três níveis de governo, alegam a falta de orçamento para atender a todas as demandas, assim:

Talvez a crítica mais freqüente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros,

¹²³ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 90.

¹²⁴ Ibid., p. 97

bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública”.¹²⁵

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, informa que o Superior Tribunal de Justiça tem determinado o bloqueio de contas públicas, com a finalidade de prestar medicamentos ou tratamento médico, destacando como principal fundamento o princípio da dignidade humana em detrimento do princípio orçamentário.¹²⁶

Deve haver por parte dos juízes uma análise criteriosa nos julgamentos dos casos concretos e o argumento da reserva do possível pode até ser aceito, desde que seja demonstrado que a política pública está sendo executada conforme planejada e dentro dos parâmetros razoáveis. Se o judiciário deferir todas as demandas que chegam para sua apreciação a respeito da entrega de medicamentos, ou internação em UTI, por exemplo, há grande chance de o orçamento ficar comprometido e, por consequência, prejudicar uma outra parte da população que não tem como recorrer ao judiciário. Assim, o princípio da universalidade e da equidade, inseridos na Constituição Federal se tornarão letra morta.

Mesmo tendo sido incluído no rol dos direitos fundamentais, o direito à saúde sempre esteve restrito às políticas públicas, estando, portanto, submetido à reserva do possível. Como um meio de assegurar o acesso a tal direito, o Judiciário passou a ter um relevante papel nesse contexto, pois lhe foi delegada a responsabilidade por impor a aplicabilidade das determinações constitucionais, fazendo com que o Estado cumpra a sua função. Valendo observar que a reserva do possível implica num tipo de limite jurídico dos direitos fundamentais, ainda que possa atuar, em algumas circunstâncias, para assegurar esses direitos.

Conforme as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet que ressalta a questão do “mínimo existencial” a partir dos direitos fundamentais afirmando que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana “relacionam-se ao tema da efetividade dos direitos sociais, na medida em que são utilizados pela doutrina como parâmetro

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

¹²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

para verificar o padrão mínimo desses direitos a ser reconhecido pelo Estado”.¹²⁷ Valendo transcrever também as palavras de Paulo Bonavides, o qual entende que a implementação da igualdade vai além da isonomia “passando à exigência de tratamentos distintos para tornar os indivíduos iguais, ou ao menos, oferecê-los acesso proporcional às oportunidades para que possam, segundo seu mérito, progredir dentro da sociedade”.¹²⁸ Sendo que as políticas públicas não podem depender única e exclusivamente das iniciativas governamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet que, na Teoria da Reserva do Possível, tal qual acontece com os conflitos de direitos, devem ser “resguardados os princípios da proporcionalidade e garantia do mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos com o escopo de proteger o núcleo essencial de outro direito fundamental”.¹²⁹ Nesse sentido, destaca Ingo Sarlet que é “imperioso se entender a formulação da ‘reserva do possível’. Tal expressão foi consolidada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1972”.¹³⁰

No âmbito dos direitos sociais destaca Ingo Sarlet que estes “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”.¹³¹ Portanto, a expressão “reserva do possível” aponta para o fato de que não há possibilidade de se conceder tudo aquilo que os indivíduos requerem, uma vez que existem demandas em que as exigências são classificadas como impossíveis. Gilmar Ferreira Mendes [et al] observam que:

Respeita-se, contudo, em princípio, a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece discricionariedade na opção normativa tida como mais oportuna para a proteção dos direitos fundamentais. Cabe aos órgãos políticos, e não ao Judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. A dimensão objetiva cria um direito a prestação associado a direito de defesa, e esse direito a prestação há de se sujeitar à liberdade de

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 183.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 374.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 288

¹³⁰ Ibid., p. 287.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benti Timm, Ana Paula de Barcellos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23.

conformação dos órgãos políticos e ao condicionamento da reserva do possível.¹³²

Inúmeras são as polêmicas que envolvem os poderes Executivo e Judiciário, já que, quase sempre, o Executivo se apresenta incapaz de assegurar as determinações constitucionais, tanto pela falta de recursos públicos, quanto pela ineficiência na entrega dos serviços mais basilares.

Acontece que, apesar da edição da LC nº 141/2012, a qual dispõe “sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde”, o Estado ainda não está capacitado para atender com eficiência e presteza todas as demandas sociais. Conforme as explicações de Caroline Leal Ribas:

Sabe-se que, mesmo se o Executivo reservar tais percentuais, eles ainda serão insuficientes tendo em vista, principalmente, o contexto atual em que várias ações individuais são ajuizadas em desfavor do Ministério da Saúde pleiteando medicamentos e procedimentos cirúrgicos caros, cujo valor ultrapassa em muito tais percentuais. Com efeito, mesmo que a Administração Pública planeje seus orçamentos na tentativa de garantir o mínimo existencial, não há recursos suficientes para financiar tratamentos de alto custo, bem como para cumprir todas as decisões judiciais de caráter mandamental.¹³³

Luís Roberto Barroso ressalta que, nesse contexto, a Administração tem invocado a “cláusula da reserva do possível” que tem sua fundamentação na ausência de recursos públicos para o atendimento às necessidades sociais, e alega que o orçamento se encontra bastante aquém da demanda social para assegurar direitos, individuais e sociais.¹³⁴ A ausência de recursos orçamentários suficientes para assegurar todos os direitos sociais do indivíduo faz surgir inúmeros conflitos e a alocação dos recursos prevê “a difícil decisão política de ratear os poucos recursos

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301.

¹³³ RIBAS, Caroline Leal. **O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. In: Âmbito Jurídico**. (2013). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001> Acesso em jun 2015.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados”.¹³⁵ Ana Paula de Barcellos observa que:

(...) 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 (...) O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.¹³⁶

A jurisprudência assim se manifesta com relação à reserva do possível:

ECA. MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DIREITO A SAÚDE. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. Legitimidade passiva e Solidariedade. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontra na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. Direito à Saúde, Separação de Poderes e Princípio da Reserva do Possível. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento à criança e ao adolescente, encontra respaldo na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Do ponto de vista constitucional, é bem de ver que em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à saúde não representa ofensa aos princípios da separação dos poderes, do devido processo legal, da legalidade ou da reserva do possível. NEGARAM PROVIMENTO.¹³⁷

Contudo, Andreas Joachim Krell entende que, a cada dia, se faz mais necessária a revisão da Separação dos Poderes quanto “ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.420.

¹³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70058070640, Oitava Câmara Cível, Porto Alegre, RS. Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/03/2014.

Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”.¹³⁸

Assim, como é possível perceber, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, a cláusula da reserva do possível é mencionada. Assim como, reconhecem que, comprovando a Administração que, efetivamente, há falta de recursos orçamentários para atender a uma tutela, o Judiciário não pode adentrar na seara das políticas públicas, já que, se o fizer, estará violando o princípio da Separação dos Poderes.

¹³⁸ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22-23.

4 AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL E DISTRITO FEDERAL

Nesse capítulo abordaremos o cerne do referido trabalho, qual seja: os argumentos de fornecimento de medicamentos como direito fundamental e absoluto, muitas das vezes concedido pelos magistrados sem analisar a fundo o caso concreto, alguns dados sobre decisões judiciais e se há grau de afetação dessas decisões no orçamento distrital.

A ideia central é verificar se há impacto das decisões judiciais mandando conceder um medicamento no orçamento destinado na lei orçamentária, e se a alegação do Distrito Federal que a judicialização excessiva prejudica os demais usuários uma vez que desvia recursos da coletividade para atender alguns que tem acesso privilegiado, infringindo o princípio da isonomia.

4.1 O Fornecimento de Medicamentos com o argumento do Direito Absoluto sem análise do caso concreto

Os Tribunais e os juízes brasileiros têm elevado o direito à saúde (e a própria vida) à condição de caráter absoluto, já que foram erigidos com o status de direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988.¹³⁹

Conforme explica Jair Nilson Paim citado por Nadia Rejane Marques, são três subsistemas que compõem o sistema de serviços de saúde no Brasil:

O Sistema Único de Saúde, destinado a toda a população e corresponde à única possibilidade de atenção à saúde para mais de 140 milhões de brasileiros com baixos rendimentos, empregos precários ou desempregados, com natureza pública e é integrado por serviços dos Municípios, Estados e União, além dos contratados (filantrópicos e lucrativos); o Sistema de Assistência Médica Suplementar, com caráter privado e dispendo de diversas modalidades assistenciais que utilizam, em grande parte, a mesma rede de serviços privados, filantrópicos e universitários vinculados ao Sistema Único de Saúde (...)¹⁴⁰

¹³⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. **Direito a Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>> Acesso jun 2015.

¹⁴⁰ PAIM, 200 apud MARQUES, 2012, p. 122-123.

Partindo-se desse pressuposto todos os demais aspectos ficam em segundo plano, não sendo ponderadas a quantidade finita dos recursos financeiros do Ente público envolvido (princípio orçamentário), a teoria da reserva do possível, os princípios da equidade, igualdade e universalidade do SUS. O argumento utilizado é de que se trata de interesse financeiro do Estado irrelevante, de menor monta, e que não podem sobrepor os bens jurídicos da saúde e da vida.¹⁴¹ Assim, Álvaro Luis Ciarlini destaca que o direito à saúde depois de sua positivação em nível constitucional, passou a ser interpretado como autoaplicável e absoluto, afirmando que:

É importante notar que essas diretrizes firmadas na jurisprudência do STF e do STJ acabaram por ganhar a adesão imediata e incondicional de tribunais e juízes de primeira instância. O direito à saúde a partir de sua positivação no rol dos direitos fundamentais sociais, passou a ser afirmado, em um primeiro plano, com um caráter autoaplicável e absoluto, o que se deduz de uma retórica sedutora, pois seus elementos de convencimento são, em um primeiro plano, indenes de questionamento.¹⁴²

Se a promoção da saúde depende de políticas sociais e econômicas, a mesma não pode ser interpretada como absoluta, uma vez que em nível nacional e mundial, manter esse serviço implica em vultosos recursos financeiros.

Octávio Luiz Motta e Fabiola Supino Vieira observam que “as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-los não o são, e a saúde, apesar de um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir”.¹⁴³ Numa análise que envolveu várias ementas proferidas pelo STF e STJ percebe-se que os magistrados entendem que as normas constitucionais que garantem o direito à saúde possuem aplicação imediata, são autoaplicáveis, e privilegiam o princípio constitucional da dignidade da

¹⁴¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. **Direito a Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>>. Acesso jun 2015.

¹⁴² CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

¹⁴³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. **Direito a Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>>. Acesso jun 2015.

pessoa humana. Sendo assim, eleva à condição de direito subjetivo absoluto e que se demandado deve ser prestado pelo Poder Público.¹⁴⁴

A decisão do STJ (RMS 23184/RS, recurso ordinário em mandado de segurança 2006/0259093-6, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO) relativa à entrega de medicamentos assim definiu:

(...) 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. (...) 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. (...). 10. Recurso provido.¹⁴⁵

Numa pesquisa realizada nos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, percebe-se que a grande maioria dos juízes também fundamenta suas decisões como direito fundamental absoluto, como no julgado abaixo:

(...) 3. A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E É DEVER DO ESTADO GARANTIR OS MEIOS NECESSÁRIOS À SUA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO, TAL COMO PROCLAMA O ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 4. O FATO DE O MEDICAMENTO NÃO SER PADRONIZADO, NÃO OCASIONA A REJEIÇÃO DO PEDIDO, SOBRETUDO PORQUE A ESCOLHA DO REMÉDIO E DO MELHOR TRATAMENTO AO PACIENTE É TAREFA DO MÉDICO ASSISTENTE. APENAS SE SUJEITA O CIDADÃO AO FATO DE O MEDICAMENTO PRESCRITO SE ENCONTRAR REGULARMENTE INSCRITO NA ANVISA (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA). 5. RECURSO PROVIDO.¹⁴⁶

¹⁴⁴ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Mandado de Segurança nº 23184/RS, da 1ª turma, Brasília, DF. Relator: Ministro José Delgado - Data de Julgamento: 27/02/2007.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do DF e Territórios. Apelação Cível 20100112149040, 3ª Turma cível do TJDF, Brasília, DF, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 28/05/2014.

O medicamento em questão não é sequer padronizado pelos protocolos médicos do Ministério da Saúde e da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, mas mesmo assim o judiciário a despeito de análises técnicas feitas antes pelo Executivo e confirmadas pelo Legislativo autoriza a entrega. A alegação é que o direito a saúde é absoluto e não deve ser negado pelo Poder Público mesmo havendo outro remédio para aquela enfermidade. Porém, numa postura contrária que vem decidindo o STF e o STJ, a Ministra Ellen Gracie ao apreciar o Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/2007, analisou o caso concreto e não entendeu que o direito à saúde é absoluto, argumentando que o Estado de Alagoas não estava se recusando a prestar tratamento ao associado. Assim dispõe o julgado:

(...) Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)" (fl. 11).⁶ Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde.¹⁴⁷ (grifo aditados).

Em julgado mais recente, em medida cautelar na suspensão de tutela antecipada (STA 748 MC/AL-Alagoas), o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que nem todo tratamento deve ser prestado pelo Poder Público, devendo o Poder Judiciário intervir quando as políticas públicas forem inexistentes, ou insuficientes:

Não é razoável, subentender-se que todo e qualquer tratamento/recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, sendo necessário que o Poder Judiciário apenas intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexisterem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população, em caráter geral, e, excepcionalmente,

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, Brasília, DF, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167.

por uma questão de ponderação entre princípios, quando ocorrer o iminente risco de vida ou de dano irreversível à saúde do paciente.¹⁴⁸

Nesse julgado, a alegação do Município de Maceió foi de que a antecipação de tutela provoca grave lesão à ordem e a economia pública, inclusive que o tratamento requerido não se insere nos protocolos clínicos do Sistema único de Saúde (SUS).

Evidencia-se, portanto, que não prosperou o argumento de que sempre a saúde é absoluta e deva ser prestada, independente de estar nos protocolos clínicos do Ministério da Saúde ou das Secretarias estaduais, municipais e distritais. Percebe-se que o próprio Supremo tem posição distinta com relação à interpretação em fornecer um medicamento ou tratamento sempre quando for judicializado, em posição contrária à maioria dos juízes de primeiro e segundo grau que veem a saúde positivada na Carta Magna como absoluta sobrepondo os demais interesse do Estado.

No Distrito Federal as decisões, em sua grande maioria, se fundamentam como dever do Estado amparado no artigo 196, ou seja, é um direito absoluto do cidadão que necessita de um fármaco.

4.2 Apresentação dos dados as demandas judiciais

Com a finalidade de observar se há impacto das decisões judiciais relativo a área de saúde do Distrito Federal, mas precisamente na entrega de medicamentos a população, houve a necessidade de realizar uma pesquisa exploratória nas dependências dos Órgãos envolvidos.

De acordo com os dados coletados referente as demandas judiciais dos anos de 2013 e 2014, os quantitativos são apresentados na tabela a seguir:

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 748, Brasília,DF Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 28/02/2014, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 06/03/2014 PUBLIC 07/03/2014.

Tabela 03 – Demandas Judiciais Contra a Secretaria de Saúde

DEMANDAS	2013	2014
PROC. CIRÚRGICOS	400	539
MEDICAMENTOS	310	524
MATERIAIS	150	117
EXAMES	150	121
INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA	85	84
CONSULTAS	64	75
OUTRAS	124	101
TOTAL	1.283	1.561

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde¹⁴⁹

Observa-se na tabela 03 que em 2013 e 2014 foram demandados judicialmente em relação à entrega de medicamentos pela Secretaria de Saúde 310 e 524 ações judiciais, respectivamente, havendo um aumento de 59% em relação ao ano anterior. Os dados dos relatórios de processos adquiridos para atendimento a demanda judiciais emitidos pela assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde do GDF nos anos de 2013 e 2014, foram os apresentados na tabela a seguir:

Tabela 04 - Processos Empenhados em 2013

PROCESSOS DE AÇÃO JUDICIAL EMPENHADOS EM 2013		
CATEGORIA	Nº DE PROCESSOS	%
Medicamento	78	29
Material médico-hospitalar padronizado	03	1,11
Órteses e Próteses	69	25,65
Fórmulas Nutricionais	0	0
PAD-JUD	90	33,46
Importação	29	10,78
TOTAL	269	100 %

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵⁰

¹⁴⁹ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

¹⁵⁰ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

Tabela 05 - Processos Empenhados em 2014

PROCESSOS DE AÇÃO JUDICIAL EMPENHADOS EM 2014		
CATEGORIA	Nº DE PROCESSOS	%
Medicamento	172	44,33
Material médico-hospitalar padronizado	11	2,83
Órteses e Próteses	47	12,12
Fórmulas Nutricionais	0	0
Internação Compulsória	90	23,19
Exames e procedimentos	26	6,70
Home Care	03	0,77
Importação	39	10,06
TOTAL	388	100 %
PROCESSOS DE AÇÃO JUDICIAL CONCLUÍDOS PELO PAD-JUD EM 2014		
CATEGORIA	Nº DE PROCESSOS	%
Medicamentos Manipulados	17	19,11
Material médico-hospitalar padronizado	01	1,12
Cosméticos	04	4,49
Medicamentos	67	75,28
TOTAL	89	100 %

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵¹

Nos dados constantes da tabela nº 04, referentes ao ano de 2013 foram 269 processos concluídos por dispensa de licitação ou pelo Programa de Atendimento às Demandas Judiciais em Saúde – PAD-JUD, sendo:

- 78 processos para aquisição de medicamentos;
- 03 processos para aquisição de material médico-hospitalar;
- 0 processo para aquisição de fórmulas enterais;
- 69 processos para aquisição de órteses e próteses;
- 90 processos pelo PAD-JUD;
- 29 Processos para aquisição de importados.

Nos dados constante da tabela nº 05 referentes ao ano de 2014 foram 388 processos empenhados por meio de Dispensa de Licitação, sendo:

¹⁵¹ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

- 172 processos para aquisição de medicamentos;
- 11 processos para aquisição de material médico-hospitalar;
- 0 processo para aquisição de fórmulas enterais;
- 47 processos para aquisição de órteses e próteses;
- 90 processos para contratação de clínicas para internação compulsória;
- 26 processos para contratação de exames e procedimentos;
- 03 processos de Home Care.
- 39 Importação (grande maioria de medicamentos)

Ainda em relação ao ano de 2014, no tocante ao PAD-JUD foram 89 processos concluídos pelo Programa de Atendimento às Demandas Judiciais em Saúde – PAD-JUD, sendo:

- 17 processos para aquisição de medicamentos manipulados;
- 4 processos para aquisição de cosméticos;
- 1 processo para aquisição de material médico hospitalar;
- 67 processos para aquisição de medicamentos.

Os processos das tabelas nºs 04 e 05 se referem apenas àqueles em que a compra foi concluída, portanto, não representam a totalidade dos processos de ação judicial recebidos pela Assessoria nos anos de 2013 e 2014. Ainda existem processos autuados, alguns que se encontram pendentes de providências em áreas técnicas e outros em trânsito. É possível verificar que na tabela nº 03 as demandas contra a Secretaria de Saúde nos anos de 2013 e 2014 foram bem mais, consistindo num total de 1.283 e 1.561, respectivamente.

Quanto à execução orçamentária, o custo total dos empenhos concluídos no ano de 2013, foi de R\$ 11.288.370,14 (onze milhões, duzentos e oitenta e oito mil, trezentos e setenta reais e quatorze centavos). E a dispensação dos insumos que foram adquiridos pelo Programa de Atendimento às Demandas Judiciais em Saúde

– PAD-JUD, foi de R\$ 44.353,99 (quarenta e quatro mil trezentos e cinquenta e três reais e noventa e nove centavos), totalizando R\$ 11.332.724,13 (onze milhões, trezentos e trinta e dois mil, setecentos e vinte e quatro reais e treze centavos). Para melhor visualização e entendimento consta abaixo, na tabela nº 06, o detalhamento dos gastos por categoria.

Tabela 06 – Processos Empenhados da Categoria 2013

CATEGORIA	VALOR
Medicamentos (empenhados por DL)	R\$ 1.436.068,38
Material Médico (empenhados por DL)	R\$ 20.282,23
Órteses e Próteses (empenhados por DL)	R\$ 2.590.753,31
Insumos adquiridos pelo PAD-JUD	R\$ 44.353,99
Importação	R\$ 7.241.266,22
TOTAL	R\$ 11.332.724,13

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵²

Deve-se ressaltar que os valores da tabela nº 6 não contemplam os processos judiciais que foram adquiridos pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG, por meio de Atas de Registros de Preços ou por Dispensa de Licitação. Apenas as primeiras aquisições e descumprimentos são realizados nesta Assessoria. Com relação ao ano de 2013, não foi possível levantar a quantidade de medicamentos empenhada pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG, logo, o valor total gasto oriundos de demandas judiciais não refletirá a realidade. Contudo, observa-se que no caso de aquisição de medicamentos, a assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde empenhou R\$ 1.436.068,38 (um milhão quatrocentos e trinta e três mil e sessenta e oito reais, e trinta e oito centavos) por dispensa de licitações e ainda importou R\$ 7.241.266,22 (sete milhões, duzentos e quarenta e um mil, duzentos e sessenta e seis reais e vinte e dois centavos) boa parte deles de insumos medicamentosos.

No que se refere à execução orçamentária, o custo total dos empenhos concluídos no ano de 2014, foi de R\$ 18.356.836,35 (dezoito milhões, trezentos e

¹⁵² Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

cinquenta e seis mil, oitocentos e trinta e seis reais e trinta e cinco centavos). E a dispensação dos insumos que foram adquiridos pelo Programa de Atendimento às Demandas Judiciais em Saúde – PAD-JUD, foi de R\$ 66.769,19 (sessenta e seis mil, setecentos e sessenta e nove reais e dezenove centavos), totalizando R\$ 18.423.605,54 (dezoito milhões quatrocentos e vinte e três mil, seiscentos e cinco reais e cinquenta e quatro centavos). Para melhor visualização e entendimento consta abaixo, na Tabela nº 07, o detalhamento dos gastos por categoria.

Tabela 07 - Processos Empenhados por Categoria 2014

CATEGORIA	VALOR
Medicamentos (empenhados por DL)	R\$ 4.852.074,99
Material Médico (empenhados por DL)	R\$ 236.874,92
Órteses e Próteses (empenhados por DL)	R\$ 1.552.638,69
Insumos adquiridos pelo PAD-JUD	R\$ 66.769,19
Internação Compulsória	R\$ 6.613.200,00
Exames e Procedimentos	R\$ 78.851,00
Home Care	R\$ 628.174,20
Importação	R\$ 4.395.722,55
TOTAL	R\$18.423.605,54

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵³

Destaca-se que os valores da tabela nº 07 não contemplam os processos judiciais que foram adquiridos pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG, por meio de Atas de Registros de Preços ou por Dispensa de Licitação. Somente as primeiras aquisições e descumprimentos são realizados nesta Assessoria de judicialização. Diferentemente de 2013 foi possível verificar que os processos adquiridos pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG através do Sistema Trakcare observou-se que a diretoria adquiriu no ano de 2014 medicamentos não padronizados (subgrupo 0936) R\$ 13.403.748,94 (treze milhões quatrocentos e três mil setecentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos). Assim, é possível observar que no ano de 2014 a Secretaria de Saúde do Distrito Federal adquiriu por ordem judicial, em medicamentos, o somatório das aquisições feito pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições –

¹⁵³ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

DAPA/SUAG e pela assessoria de judicialização, totalizando R\$ 18.255.823,93 (dezoito milhões, duzentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e vinte e três reais e noventa e três centavos). E ainda se tem os medicamentos adquiridos através de importação que consistiram em R\$ 4.395.722,55 (quatro milhões, trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e vinte e dois reais e cinquenta e cinco centavos). Já no ano de 2013, observa-se que não foi possível quantificar os valores empenhados para aquisição de medicamentos pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG, tendo somente os valores empenhados da assessoria de judicialização, que totalizam R\$ 1.436.068,38 (um milhão, quatrocentos e trinta e seis mil, sessenta e oito reais e trinta e oito centavos).

Para simplificar os cálculos e tentar chegar a um número aproximado de custo de demandas judiciais em relação a medicamentos foi realizada a soma do ano de 2013 medicamentos (empenhados por DL) - R\$ 4.852.074,99 e Importação - R\$ 7.241.266,22, ficando prejudicado o valor da Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG, o qual tem um total de R\$ 12.093. 341,21 (doze milhões, noventa e três mil, trezentos e quarenta e um reais e vinte e um centavos). Já em relação a 2014 o custo de demandas judiciais em relação a medicamentos somado (empenhados por DL) - R\$ 4.852.074,99 mais Importação- R\$ 4.395.722,55 mais os Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG- R\$ 13.403.748,94 (treze milhões quatrocentos e três mil setecentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos) totalizaram R\$ 22.651.546,48 (vinte e dois milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, quinhentos e quarenta e seis reais e quarenta e oito centavos). Também há que se destacar a quantidade de requerimentos extrajudicial oriundos da Defensoria Pública do DF, do Ministério Público do DF, da Procuradoria Geral da República, e ofícios administrativos diversos, e que, devido à mediação não viraram demandas judiciais, conforme pode ser observado na tabela 08.

Tabela 08 – Requerimento Extrajudicial em 2013 e 2014

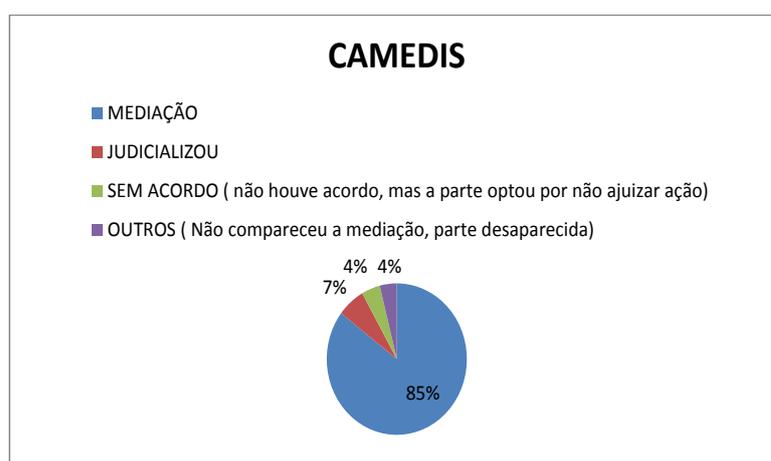
ANO	DEMANDA
2013	4250
2014	7250

Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵⁴

¹⁵⁴ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

Quando se compara as tabelas 03 e 08 verifica-se que a mediação tem dado resultado, ou seja, tem impedido um maior número de pedidos a serem propostos por ações judiciais. Antes a Defensoria Pública e o Ministério Público do DF, a PGR, ou até mesmo o cidadão com advogado constituído para ajuizar uma ação era solicitado à Secretaria de Saúde através da assessoria de judicialização, informações sobre a demanda. Os questionamentos mais comuns eram: se o medicamento solicitado é constante da lista de dispensação da Secretaria, se tem em estoque, o porquê do desabastecimento, se é registrado na ANVISA, se é de alto custo, dentre outros. Muitas das vezes o problema é resolvido, conforme se observa na tabela nº 09.

Tabela 09 – Mediação Judicial



Fonte: Assessoria de judicialização da Secretaria de saúde¹⁵⁵

A Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS) foi instituída pela Portaria Conjunta nº 01, de 26 de Fevereiro de 2013, através de ato emanado do Secretário de Saúde e do Defensor Geral do Distrito Federal, e que tem como principal atribuição fazer a mediação relativa às demandas por serviços de saúde oferecidos pelo Sistema Único de saúde (SUS) no Distrito Federal. A citada Portaria em seu artigo 3º enumera os representantes de cada Órgão e suas funções, que se reúnem frequentemente para analisar as propostas de melhoria do sistema e o andamento dos trabalhos.

¹⁵⁵ Dados não publicados obtidos pessoalmente em relatórios da assessoria de judicialização da Secretaria de Saúde entre os meses de março a maio de 2015.

A CAMEDIS tem apresentado excelentes resultados na consecução dos objetivos que foram propostos, remediando as demandas da população em geral, principalmente as mais carentes de recursos, e veem no poder judiciário a solução para seus problemas.

4.3 O Grau de afetação das decisões Judiciais na Saúde do GDF

Como foi possível verificar no decorrer da pesquisa, o judiciário nacional tem apresentado uma postura que muitos denominam como ativista, ou seja, que a tendência é judicializar a política através de decisões positivas obrigando o Poder Executivo a prestar uma obrigação na área de saúde.

Essa postura, muitas vezes, se concretiza com decisões em abstrato em que o argumento preponderante é de que o direito a saúde é absoluto e deve ser prestado pelo Estado independentemente da capacidade orçamentária. Não importando para os magistrados se o medicamento, por exemplo, não consta nas diversas listas de dispensação ou se não está registrado na ANVISA, se é de alto custo, se é importado. A Carta Magna assegura a todos o direito a saúde sendo este um dever estatal, logo, sua concretude deve ser prestada a todos aqueles que necessitarem.

Mas esse direito fundamental, como qualquer outra demanda da coletividade tem um custo que é rateado por todos. O poder Executivo junto com o Legislativo atribui uma política pública de saúde, estabelecendo prioridades, uma vez que os recursos são finitos.

No caso do Distrito Federal, a Secretaria de Saúde é a responsável por elaborar a política pública de saúde em todas as suas dimensões, efetuando estudos técnicos e administrativos para então elaborar o orçamento. No caso de fármaco, é levada em consideração a Relação de Medicamentos Nacional elaborada pelo Ministério da Saúde, e aí o Distrito Federal elabora a sua lista de dispensação (REME-DF).

Ocorre que, muitas vezes, o cidadão que necessita de um determinado fármaco ajuíza uma ação alegando que o Poder Público não está prestando a medicação de que precisa, e o judiciário, quase sempre, concede. Isso tem um custo

para a sociedade, o qual a seguir será verificado qual foi o valor despendido pelo Distrito Federal em relação às demandas judiciais obrigando a entrega de medicamento.

Tabela 10 - Orçamentos de Medicamentos Autorizado e Executados

Orçamento	Orçamento inicial R\$	Orçamento autorizado R\$	Orçamento executado R\$	Gasto com demandas de medicamentos R\$
LOADF2013	176.795.542,00	210.190.202,00	202.549.058,00	12.093.341,21
LOADF2014	96.434.309,00	243.623.369,00	155.895.156,00	22.651.546,48

Como já abordado o valor gasto com medicamentos em 2013 de 12.093.341,21(doze milhões, noventa e três mil, trezentos e quarenta e um reais e vinte e um centavos), não contempla aqueles adquiridos pela Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG e inclui os de importação que na sua grande maioria é medicamento. Já o valor gasto com medicamentos em 2014 R\$ 22.651.546,48 (vinte e dois milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, quinhentos e quarenta e seis reais e quarenta e oito centavos), contempla os de importação e da Diretoria de Análise, Prospecção e Aquisições – DAPA/SUAG. Logo, sendo os dados de 2014 mais fidedignos verifica-se que há um relativo impacto de 14,53% em relação ao orçamento executado.

CONCLUSÃO

Ao incursionar na doutrina e jurisprudência afeta aos direitos fundamentais da saúde, e nos dados do governo do Distrito Federal nessa área, mas precisamente em relação aos medicamentos, verificamos que a tendência do Judiciário nacional e distrital é conceder quase todas as demandas com o argumento de ser a saúde direito absoluto do Estado.

Na pesquisa foi ressaltada a importância dos direitos fundamentais e sua efetividade, bem como a questão do Ativismo Judicial e da judicialização, considerando-se os pareceres doutrinários e jurisprudenciais a esse respeito, na sequência foi feita uma explanação a respeito do fornecimento de medicamentos e a política de saúde e o orçamento, assim como do papel do Judiciário em relação à garantia da concretização dos direitos sociais.

O fato é que, embora se tenha detectado inúmeras posições contrárias ao Ativismo Judicial e a judicialização excessiva, é preciso reconhecer que no Brasil, existe muita dificuldade para efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. A deficiência no planejamento e na sua execução aliada à má gestão é um entrave a concretização desses direitos. Logo, verificamos uma maior intervenção do Poder Judiciário com o intuito de assegurar o mínimo existencial como pressuposto da dignidade humana, ou seja, atender às garantias do texto constitucional de forma imediata e absoluta.

As posições a favor do Ativismo por parte dos juízes em matéria de saúde se fundamenta na maioria dos casos em ser um direito subjetivo sem limites do cidadão que foi concedido na Carta Constitucional vigente como absoluto e não deve haver embaraço por parte do Poder Público. Argumentos como a falta de capacidade orçamentária, a cláusula da reserva do possível, a interferência nas escolhas feitas por outros Poderes (Executivo e Legislativo)- Princípio da Separação dos Poderes, tudo isso é menor que a dignidade da pessoa humana que foi consubstanciada no direito a saúde e a vida. Fármaco com alto custo e que não está contemplado nas listas de dispensação do Ministério da Saúde, das Secretarias estaduais, municipais e distritais, na maioria dos casos deve ser fornecido por ser direito subjetivo do cidadão e dever do Estado.

A partir dos dados coletados pode-se concluir que os valores iniciais dos orçamentos referentes aos anos de 2013 e 2014 aprovados pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo foram aumentados durante o ano. Por outro lado, nem todo orçamento autorizado foi executado, como foi demonstrado na tabela nº 10, chegando a manter em 2014 uma diferença de R\$ 87.728.213,00.

Ocorre que no ano de 2014 houve uma falta de planejamento ou má gestão quanto ao valor inicialmente aprovado e aquele que foi efetivamente executado. Sendo que os valores gastos com medicamentos, devido às demandas judiciais, têm um impacto relativamente significativo, como em 2014 que representa 14,53% do total executado.

Apesar de os valores gastos com ações judiciais representarem uma parcela significativa, o Distrito Federal não chegou a executar todo o orçamento autorizado, demonstrando que existe uma capacidade orçamentária para atender às demandas reprimidas.

Quanto às decisões para entrega de medicamentos foi possível perceber que houve um considerável aumento no ano de 2014 em relação a 2013, com uma tendência de aumento progressivo ao longo dos demais anos.

No entanto, o valor inicialmente orçado para aquisições de fármaco em 2014 foi equivocado, pois ficou bem abaixo daquele de 2013, uma vez que a tendência é aumentar a população, seus problemas de saúde, e as ações judiciais, vindo a gerar conseqüentemente mais gastos.

Com essas breves considerações são possível entender que existe uma tendência em se judicializar a área da saúde, e os juízes agirem como ativistas, principalmente para aquisição de fármaco que, desta forma, provoca um dispêndio orçamentário que impacta relativamente o orçamento previsto. Porém, chega-se à conclusão de que o Distrito Federal tem condições de prestar a assistência uma vez que o orçamento autorizado nos dois últimos anos não foi executado em sua totalidade.

Foi verificado também que o Poder Público Distrital não está inerte ao problema, procurando resolver os litígios de forma mais pragmática, como a criação

da CAMEDIS que tem diminuído bastante as demandas levadas ao judiciário, uma vez que a mesma promove a mediação antes mesmo da ação ser proposta. No entanto, considerando-se a relevância da saúde e o peso que a judicialização de uma forma geral provoca no orçamento público, é preciso que haja uma segmentação de políticas públicas voltadas para o fornecimento de medicamentos.

Nota-se que o planejamento e a gestão do sistema de saúde devem ser pensados e executados pelo Executivo Distrital de forma mais eficiente e profissional, pois, apesar do aumento de ações judiciais pleiteando um medicamento, o Ente tem capacidade orçamentária e financeira.

Por fim percebe-se que os argumentos a favor e contrário são plausíveis, e o juiz deve analisar o caso concreto e as circunstâncias administrativas, técnicas e operacionais da cada Ente envolvido, e tomar a decisão mais adequada ao caso, levando em conta todas as demais variáveis, para que o cidadão e a própria coletividade sejam contemplados com um serviço público de saúde compatível com a Carta de Outubro.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional: sobre tolerância, Direitos Humanos e outros fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio. **Como é Feito o Orçamento Público**. Disponível em: <http://almeidajuniorpa.blogspot.com.br/2009_06_01_archive.html> Acesso em: jun 2015.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade Financeira e Ativismo Judicial: judicialização das políticas públicas. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 17, n.28, p.141-166,2010.

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

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito a saúde, fornecimentogratis de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v.31, n. 66, p. 89-114,jul./dez. 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática. **Revista do Direito do Estado**, Rio de janeiro, 2009.

BRASIL. Governo de Brasília. SEPLAG - **Secretaria de Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão**. Disponível em <<http://www.seplag.df.gov.br/sobre-a-secretaria/a-seplan.html>>. Acesso em 10 jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, Brasília,DF, Relator: Ministro José Delgado - Data de Julgamento: 27/02/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TJ-AL, Relator: Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento, 2ª Câmara Cível.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45, Advogado Geral da União-Presidente da República, PSDB, Ministro CELSO DE MELLO, Brasília, 29 de abril de 2004, DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag Rg-RE 393.175-0, 2º T. Rel Min. Celso de Melo, DJ 12.12.2006 e STJ Resp 869.843/RS, Resp 902.473/RS e Resp 901.109/RS.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 748 AL, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 28/02/2014, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 06/03/2014 PUBLIC 07/03/2014.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 AL, Relator: Min. Presidente, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 PE, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo Interno Cv: AGT 10024121292437002 MG - Relator(a): Alberto Vilas Boas – Julgamento: 28/01/2014 - Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL - Publicação: 06/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do DF e Territórios. Apelação Cível 20100112149040, 3ª Turma cível do TJDF, Brasília, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 28/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do DF. MSG: 20140020064143 DF 0006451-84.2014.8.07.0000, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 26/08/2014, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/09/2014 . Pág.: 54.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70058070640, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/03/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo nº 13076 MG 0013076-48.2008.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 11/11/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.516 de 28/11/2011.

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

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito a saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2013.

COUCEIRO, Julio Cezar. **Separação dos Poderes em corrente tripartite.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite,33624.html>> Acesso em: maio 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EPSJV - Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Fiocruz. **Orçamento 2012**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Noticia&Num=597>>. Acesso em: jun 2015.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. **Direito a Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. (2009). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n1/v52n1a07.pdf>>. Acesso em: jun 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: QuartierLatin, 2010.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052> . Acesso em: maio 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights-Why Liberty depends on taxes**. New York: W.W.Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEGISLAÇÃO brasileira. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br>> Acesso em: maio 2015.

LEGISLAÇÃO brasileira. Ministério da Saúde. A aderência dos cursos de graduação em enfermagem, medicina e odontologia às diretrizes curriculares nacionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

LEGISLAÇÃO brasileira. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde (CNS). **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html>. Acesso em: maio 2015.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate**; In: **Estudantes Caderno Acadêmico**. Edição comemorativa. Recife: Nossa Livraria, 2007.

LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos Créditos Trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2003.

MADRID. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud. FERREIRA Filho, Manoel G. et. all. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1978.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A reforma Protestante e o Estado de 7Direito**. São Paulo: Fonte Editorial, 2014.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito a saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

MATTOS, Karina Denari Gomes e SOUZA, Gelson Amaro. Ativismo judicial e direito a saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de Medicamentos. **Revista oficial do programa de pós-graduação Sctricto Sensu em direito constitucional da Escola de direito de Brasília**, Brasília, v.1, n.1,p.10-11, jul/set.2003.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. **O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MONTEIRO, Janicleide Neri. Fernando Gomes de Andrade (org.) **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**. In **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

MONTEIRO, Juliano Ralo. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOTA, Francisco Glauber Lima. **Curso Básico de Contabilidade Pública**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055712.PDF>>. Acesso em: jun 2015.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, A. G.; IGNÁCIO JÚNIOR, J. A. G. (Org.). **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBAS, Carolline Leal. **O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde**. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001>. Acesso em: jun 2015.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito a saúde:”o direito consiste nas profecias do que de fato farão os tribunais?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benti Timm, Ana Paula de Barcellos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo existencial e Direitos Humanos. **Revista de Direito do IDP**, Brasília, DF.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, abr 2002.

SILVA, Rodrigo Zouain da. **O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível**. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10912> .> Acesso em: jun 2015.

SILVA, S. F. **Sistema Único de Saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v.33, n.81, p. 38-46, jan/abr, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O fornecimento de medicamentos pelo Estado. Rio de Janeiro: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar: 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro**. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo3.doc> Acesso em: jun 2015.

WEBER, Aline Machado. A licença compulsória das patentes como instrumento efetivador do acesso a medicamentos. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24102>> Acesso em: maio 2015.