



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DO DIREITO A
MEDICAMENTOS**

RENATA KAROLINA APARECIDA PENA

**LAVRAS-MG
2021**

RENATA KAROLINA APARECIDA PENA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS
PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO
POSSÍVEL EM FACE DO DIREITO A MEDICAMENTOS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador: Me. Guilherme Scodeler de
Souza Barreiro

**LAVRAS-MG
2021**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

- P397j Pena, Renata Karolina Aparecida.
Judicialização da saúde: Uma análise acerca dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível em face do direito a medicamentos; orientação de Guilherme Scodeler de Souza Barreiro. - Lavras: Unilavras, 2021. 62 f.; il.
- Monografia apresentada ao Unilavras como parte das exigências do curso de graduação em Direito.
1. Judicialização da saúde. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Mínimo existencial. 4. Reserva do possível. I. Barreiro, Guilherme Scodeler de Souza (Orient.). II. Título.

RENATA KAROLINA APARECIDA PENA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE ACERCA DOS
PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO
POSSÍVEL EM FACE DO DIREITO A MEDICAMENTOS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADO EM 19/05/2021

ORIENTADOR

Profº Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

**LAVRAS-MG
2021**

*À Deus
Aos meus pais Elisa e Sérgio
Ao meu companheiro, Elton.*

AGRADECIMENTOS

Sem o apoio de todos que me guiaram nessa trajetória, minhas vitórias não se concretizariam. O sucesso não se alcança sozinho, mas sim o com apoio de pessoas que te inspiram a buscar sempre o melhor.

E é por esse motivo que primordialmente, agradeço à Deus pela vida, por guiar os meus passos durante toda minha trajetória e pelas minhas conquistas.

Aos meus pais, Sérgio e Elisa, pelo apoio durante toda minha jornada, sua presença e amor incondicional na minha vida sempre. Em especial, à minha mãe, por sempre a me incentivar a correr atrás dos meus sonhos e a ser uma pessoa justa e honesta.

Ao meu companheiro, Elton, por ser meu porto seguro durante minha jornada acadêmica, por me apoiar e me incentivar a buscar sempre o melhor de mim.

A todos os meus professores, por transmitirem sua sabedoria e ensinamentos durante toda essa trajetória. Em especial, agradeço ao meu orientador, Guilherme, pelo apoio, pelos conselhos e por contribuir imensamente na concretização deste trabalho.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

*Theodore Roosevelt
(1858-1919)*

RESUMO

Introdução: A pesquisa apresenta uma análise acerca dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, centrando-se a abordagem na interferência do Poder Judiciário na concretização do direito a medicamentos. **Objetivo:** Delimitar a atuação dos magistrados em suas decisões quanto ao provimento de medicamentos a fim de criar uma ponderação entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. **Metodologia:** A pesquisa possui natureza bibliográfica e se embasa na análise de fontes imediatas e mediatas do direito, tais como a Constituição Federal, legislação ordinária, princípios, jurisprudências e doutrina. **Resultados:** O desenvolvimento da pesquisa possibilitou identificar que a proteção do mínimo existencial é indispensável à dignidade da pessoa humana, entretanto, o excesso de judicialização de medicamentos afeta diretamente o direito aos fármacos de toda população, tendo em vista a limitação de verbas destinadas à saúde e, justamente em virtude disso, constatou-se ser necessária uma maior vinculação do juiz em cada caso concreto a fim de ponderar suas decisões. **Conclusão:** Conclui-se, com base nessas constatações, que nenhum direito é absoluto, no entanto a reserva do princípio não pode significar burla aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos, sob o risco de ferir o próprio Estado de Direito. Desse modo, tendo em vista que os direitos sociais são infinitos e os recursos financeiros finitos devem ocorrer uma ponderação entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Tal ponderação deve ser feita no momento em que o juiz der provimento em sua decisão no fornecimento de medicamentos, por meio de critérios e limites, principalmente no que tange aos medicamentos de alto custo, ademais, deve ser feito um diálogo institucional entre o juiz e o administrador, a fim do juiz prover uma sentença justa.

Palavras-chave: Judicialização da saúde; dignidade da pessoa humana; mínimo existencial; reserva do possível; orçamento público.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Gráfico de execução financeira do Orçamento Temático de acesso a medicamento de 2008 a 2018	37
Figura 2- Gráfico com gastos do Ministério da Saúde com judicialização de medicamentos de 2010 a 2018	38
Figura 3- Gráfico com gastos do Ministério da Saúde com medicamentos segundo o tipo de alocação dos recursos	39
Figura 4- Gráfico com gastos do Ministério da Saúde com Ceaf	40

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. Artigo

CF/88 Constituição Federal de 1988

n. Número

OMS Organização Mundial da Saúde

ONU Organização das Nações Unidas

p. Página

STF Supremo Tribunal Federal

SUS Sistema Único de Saúde

v. Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REVISÃO DA LITERATURA	14
2.1. JUDICIALIZAÇÃO: ORIGEM E EVOLUÇÃO CONCEITUAL	14
2.1.1 A origem da judicialização das políticas públicas	14
2.1.2 Conceito de judicialização no âmbito da saúde	17
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	20
2.2.1 Origem e dimensões dos direitos fundamentais	20
2.2.2 A saúde nos direitos humanos	21
2.2.3 O direito à saúde	22
2.2.4 Obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos pelos entes federativos	24
2.3 ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	27
2.3.1 Princípio do mínimo existencial	27
2.3.1.1. <i>A gênese do mínimo existencial</i>	27
2.3.1.1.2 <i>Fundamento do mínimo existencial</i>	30
2.3.2 Princípio da reserva do possível	33
2.3.2.1 <i>Origem do princípio da reserva do possível</i>	33
2.3.2.2 <i>Orçamento público e a reserva do possível</i>	35
2.3.3 Princípio da separação dos poderes e controle judicial	41
2.4 DECISÃO DO STF DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO	46
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	51
4 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Através do neoconstitucionalismo, a Carta Magna tornou-se a hierarquia axiológica frente às legislações infraconstitucionais, valorando-se os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, destaca-se no texto constitucional, um rol de direitos individuais e direitos sociais que necessitam de uma ação positiva do Estado para serem efetivados, dentro desses direitos encontra-se o direito à saúde, cuja sua eficácia é limitada, já que, para “sua aplicabilidade plena pressupõe a atuação do Estado, por qualquer de seus poderes, elaborando a legislação necessária para a completa deflagração de seus efeitos ou adotando medidas concretas com a mesma finalidade” – trata-se de norma constitucional de princípio programático (MOTTA, 2021, p. 116).

Diante de tais direitos constitucionalmente garantidos, o Poder Judiciário começou a ser demandado para efetivá-los, já que a Constituição dispõe em seu texto o Princípio do Acesso à Justiça, o qual aduz em seu art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Posto isto, a procura pelo Poder Judiciário para a garantia do direito à saúde, em especial ao oferecimento de medicamentos para proteção e promoção do bem estar, se tornou uma prática rotineira, o que ensejou a chamada judicialização da saúde, que pode ser conceituada como a competência do Poder Judiciário de decidir questões política, social ou moral. Trata-se de uma transferência do Poder Legislativo e do Executivo para as instituições judiciais (BARROSO, 2012).

A crescente demanda de ações referente à saúde, fez com que a alocação de recursos para o cumprimento de decisões judiciais ocasionasse um prejuízo significativo no orçamento público, e por essa razão o Estado não conseguir atender uma parcela elevada da população para distribuição de medicamentos. Diante desse contexto fático, a procura pelo órgão judiciário acaba por ocasionar um ciclo vicioso, dado que os entes federativos não distribuem medicamentos suficientes a população e em contrapartida os números de ações no Judiciário cresce de forma desordenada.

Neste panorama, o Poder Judiciário transformou-se em um instituto de garantia dos direitos fundamentais postos na Constituição, uma vez que se evidencia a omissão do Poder Executivo pela alegada falta de recursos financeiros,

para garantir o fornecimento de medicamentos. Neste diapasão, os magistrados têm o dever de prolatar suas decisões a fim de garantir o fornecimento básico de acesso à saúde, porém necessitam de diretrizes para impelir o Estado a distribuir fármacos aos requerentes da ação sem afetar uma parcela significativa da população.

Neste ponto, cabe indagar: as decisões do Judiciário a favor da distribuição gratuita de medicamentos sejam de alto ou baixo custo para pessoas hipossuficientes sobrepõe o princípio do mínimo existencial em detrimento da reserva do possível?

Sendo assim, vê-se diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, de um lado o princípio do mínimo existencial e de outro o princípio da reserva do possível. Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a interferência do Poder Judiciário na concretização do acesso à medicamentos relacionar aos limites orçamentários dos entes federativos, propondo diretrizes a serem seguidas pelos magistrados a fim de criar uma ponderação entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

No que tange aos objetivos específicos, preliminarmente pretende-se analisar a interferência do Judiciário na efetivação de normas programáticas, especificamente na distribuição de medicamentos. Logo em seguida, procura explorar a obrigatoriedade de o Estado prover o direito fundamental básico aos seus cidadãos a fim de garantir o direito à dignidade da pessoa humana. Por fim, propõe-se averiguar o princípio da reserva do possível em conjunto com alguns acórdãos do STF, a fim de investigar a interferência do Judiciário nessas questões e propor limites em sua atuação.

Inicialmente será abordado no primeiro capítulo o contexto histórico da judicialização das políticas públicas, sua gênese e análise conceitual. Neste capítulo, será exposto como o neoconstitucionalismo contribuiu para que o Poder Judiciário se tornasse um órgão de proteção dos direitos instituídos na Constituição Federal.

Após, será feito apontamentos sobre os direitos fundamentais com enfoque ao direito à saúde. Será apresentado o tema do direito à saúde tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional. Também serão abordadas questões relacionadas à obrigatoriedade de distribuição de medicamentos pelos entes federativos.

No terceiro capítulo serão analisados os princípios do mínimo existencial, da reserva do possível em conjunto com o orçamento público e o princípio da

separação dos poderes frente o controle judicial. Por fim, será averiguado o acórdão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre a questão da obrigatoriedade do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo.

Esta pesquisa tem como justificativa a necessidade de impor limites e diretrizes aos magistrados no momento de sua fundamentação ao proferir uma sentença obrigando o Estado a conceder medicamentos de forma integral ao requerente, dado que a distribuição desordenada de fármacos pode colapsar o orçamento público e, por conseguinte afetar na distribuição simétrica ao restante da população.

O presente trabalho também se justifica por conta de haver no seio acadêmico várias discussões controvertidas sobre o tema e pela necessidade de maior aprofundamento teórico.

2 REVISÃO DA LITERATURA

2.1 Judicialização: origem e evolução conceitual

Inicialmente é importante trazer à baila a forte influência do neoconstitucionalismo na construção dos direitos fundamentais, seu primeiro marco histórico no mundo e suas raízes no estado brasileiro. Assim como, o debate conceitual de judicialização entre os diversos autores.

2.1.1 A origem da judicialização das políticas públicas

O neoconstitucionalismo teve forte influência na edificação dos direitos fundamentais e colocou o Poder Judiciário como protagonista de efetivação desses direitos.

O primeiro marco histórico do neoconstitucionalismo se deu na Europa, no segundo pós-guerra, leciona Barroso (2006, p.06):

Imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

O segundo pós-guerra teve um impacto enorme na garantia dos direitos fundamentais, o terror da Guerra fez com que a Europa aproximasse sua Constituição com maior garantia à proteção de direitos fundamentais do homem e da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, esse movimento ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, após o longo período da ditadura militar, onde os direitos fundamentais dos indivíduos foram excluídos. Foi com a ascensão da Constituição Cidadã que o Estado brasileiro atravessou um Estado autoritário e passou a ser um Estado constitucional democrático.

Na mesma época da promulgação da Carta Magna, surgiu no Brasil um movimento jurídico- acadêmico conhecido como “doutrina brasileira da efetividade”.

Tal movimento reforçou a influência do judiciário na concretização dos direitos fundamentais. A essência desse movimento é “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”, destarte, quando as normas não forem cumpridas ou violadas deve-se recorrer ao judiciário para promoção da tutela adequada (BARROSO, 2013, p. 05)

De acordo com Barroso (2013, p. 05) esse movimento contribuiu com três mudanças no direito constitucional brasileiro, a saber:

No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Nessa linha, é correto afirmar a primeira causa da judicialização ocorreu com a promulgação da Lei Maior em 1988. Com a redemocratização do país, a demanda por justiça no Brasil aumentou significativamente. A segunda causa, adveio com a constitucionalização abrangente, pois a Carta Magna pátria é considerada uma Constituição Social que abarca inúmeras matérias tais como o direito à saúde e o direito à educação que antes eram deixadas para legislação infra legal, dessa maneira, os inúmeros direitos consagrados no texto constitucional devem ser cumpridos. Por fim, a última causa consiste no sistema brasileiro possuir o controle de constitucionalidade, no qual quase todas as questões políticas podem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) (PADILHA, 2018).

Sendo assim, o modelo da Constituição adotada no Brasil como abrangente e analítica contribuiu de forma relevante para o surgimento da judicialização. Sabe-se que a Constituição brasileira abarca uma gama de direitos e garantias fundamentais como direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, CF); direitos sociais (art. 6º ao art. 11, CF); direitos da nacionalidade (art. 12 e art. 13, CF); e direitos políticos (art. 14 ao art. 16, CF) (BRASIL, 1988). Nesse paradigma, com o escopo de efetivar esses direitos, o judiciário se tornou um instituto de proteção e promoção dessas garantias constitucionais através do controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar, que muitos desses direitos instituídos na Constituição são considerados normas programáticas, ou seja, são normas que trilham diretrizes para

o Estado cumprir, caracterizadas como normas de eficácia limitada, pois possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida já que dependem na concretização das metas e programas a serem realizados pelo Estado (MOTTA, 2021). Nesse contexto, pode-se afirmar que tais normas também influenciaram no processo de judicialização, no qual pôs o Judiciário como um meio de efetivar esses direitos instituídos na Constituição.

No que tange ao controle de constitucionalidade, este influenciou sobremaneira no processo da judicialização, pois através do controle de constitucionalidade o Poder Judiciário além de ficar responsável por fiscalizar uma lei inconstitucional também se responsabilizou por efetivar os direitos consagrados na Constituição.

As referidas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 acabaram por ocasionar um aumento substancial das demandas judiciais no país permitindo uma maior participação dos tribunais na vida da sociedade brasileira. A sociedade passou a enxergar no Judiciário um protetor dos direitos sociais não observados até mesmo pelo próprio Estado (OLIVEIRA, 2008).

A partir do momento em que o Judiciário começou a atuar de forma mais efetiva no controle dos outros poderes, a ideia de Estado Constitucional começou a surgir (OLIVEIRA, 2008). Esse controle pode ser exercido de duas formas:

quando ele interpreta e aplica as leis emanadas do poder Legislativo ao proferir suas decisões nos casos concretos aplicando as leis que entende serem legítimas e aplicáveis ao caso orientando seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. De outro lado o Estado é competente, através do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, para invalidar leis que sejam contrárias à Constituição, sendo que no caso do controle concentrado essa decisão tem efeito erga omnes (OLIVEIRA, 2008, p.15-16).

Cabe ainda ressaltar a obra “Dezessete anos de judicialização da política” da autoria de Werneck Vianna, sobre o qual estuda a judicialização da política no Brasil, com base em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) ajuizadas entre os anos de 1988 e 2005 (VIANNA, BURGOS, SALES, 2007). A obra reforça a ideia da importância do controle de constitucionalidade na concretização de direitos. Esclarece Vianna que:

A percepção mais geral que se impõe ao observador dos dados da presente pesquisa é a de que as Adins já fazem parte do cenário natural da moderna

democracia brasileira, afirmando ano após ano, ao longo de quase duas décadas, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional, e mais fortemente ainda no atual governo Lula. Como escoadouro de conflitos entre sociedade e Estado, dos que nascem no próprio interior da administração pública e da federação, e instrumento de trabalhadores e empresários, elas fazem com que o país, sob a forma como se apresenta hoje, não seja mais governável sem elas. Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalente em países de configuração unitária (VIANNA, BURGOS, SALES, 2007, p. 05-06).

Não apenas as ADINS são passíveis de controle de constitucionalidade, como também a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI interventiva) e a ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Todas elas estão inerentes no judiciário brasileiro e faz com que o órgão Judiciário resolva questões de cunho político coibindo abusos dos demais poderes e atuando como um verdadeiro protetor dos direitos dos cidadãos. Neste panorama, resta evidente como o novo constitucionalismo teve forte influência no processo de judicialização no Brasil.

Em relação à judicialização da saúde, sua delimitação no Brasil, ocorreu a partir da primeira ação judicial neste campo na década de 90 com os portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), esses indivíduos reivindicaram seus direitos por medicamentos e procedimentos médicos por meio de ações judiciais. Essas reivindicações tiveram como fundamento o direito constitucional à saúde, no qual responsabiliza o Estado a prestar assistência à saúde de forma integral e gratuita por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) (VENTURA et al., 2010).

Nesse sentido, a grande demanda individual relacionada a procedimento e insumos de saúde criaram jurisprudências e consolidou a intervenção do Poder Judiciário na saúde (VENTURA et al., 2010). A partir daí, a demanda no judiciário para reivindicações de tratamentos, cirurgias e medicamentos em face dos estados e municípios aumentou de forma exponencial, pois a população viu o órgão judiciário como um meio para efetivar o seu acesso à saúde.

2.1.2 Conceito de Judicialização no âmbito da saúde

Primordialmente é necessário entender o termo “judicialização”, pois trata-se de uma palavra com múltiplos sentidos. Posto isso, Maciel e Koerner (2002, p. 114) citando Tate e Vallinder, aduzem:

Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

Carvalho (2004, p. 116), com base na obra de Tate e Vallinder, acredita terem dois tipos de judicialização:

1) “from without”, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) “from within”: é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a from without, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Barroso (2012, p. 05) conceitua a judicialização como “a competência do Poder Judiciário de decidir questões política, social ou moral. Trata-se de uma transferência do Poder Legislativo e do Executivo para as instituições judiciais”.

Para Castro (1996, p. 04) a judicialização:

ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.

Diante de todo exposto, resta evidente os diversos conceitos de judicialização da política. O presente trabalho trata da judicialização “*from without*”, já que quando

o judiciário é provocado pelo requerente para demandar assuntos relacionados com o fornecimento de medicamentos, aquele exerce o controle judicial de constitucionalidade.

No que tange ao conceito de judicialização da saúde (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014 p. 592) aduzem:

Por judicialização da saúde, deve-se entender uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas a serem protegidas pelo princípio do direito à saúde.

Diante das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário passou a ser um instituto de resolução de conflitos na seara política, social e moral. Nesse cenário, os magistrados passaram a resolver diversas demandas relacionadas à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, tratamento médico-hospitalar, leitos de UTI entre outras ações, tornando-se um órgão na concretização dos direitos fundamentais instituídos na Constituição Cidadã e intervindo diretamente nas atividades administrativo-político do Executivo. Destarte, o instrumento da judicialização das políticas públicas é a efetivação dos direitos fundamentais garantido na Constituição Federal. Tendo em vista que direito à saúde é considerado um direito fundamental consagrado na Lei Maior, este é passível de judicialização.

Frisa-se que o termo judicialização não se confunde com o ativismo judicial. O ativismo está atrelado à ideia de uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, no qual há uma maior mitigação de atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2012).

Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) conceitua o ativismo judicial como:

[...] 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.

Dessa maneira, o ativismo judicial pode ser caracterizado como um ato discricionário do Judiciário a fim de participar de forma mais intensa na

concretização de fins constitucionais. O judiciário atua de forma muito mais ampla, ferindo sua competência típica ao criar normas. Noutra direção, na judicialização, os magistrados também atuam além das suas atribuições de aplicador da lei, porém dentro dos princípios e regras inseridos no ordenamento jurídico, ao ser acionado devem atuar nos limites dos pedidos formulados.

2.2 O direito fundamental à saúde

Diversos são os direitos fundamentais constantes na Constituição de 1988, desta maneira, é importante ressaltar sua origem, conceito e dimensões.

2.2.1. Origem e dimensões dos direitos fundamentais

As primeiras manifestações dos direitos fundamentais se encontram na Revolução Americana de 1776 e na Revolução Francesa de 1789. Nessas revoluções, várias declarações buscaram efetivar as liberdades individuais dos seres humanos, porém apenas no século XIX que essas declarações passaram a atentar-se ao direito fundamental como garantias sociais do homem (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Neste sentido, VIEIRA JUNIOR por meio do conceito de George MARMELESTEIN sublinha que o direito fundamental pode ser compreendido como “normas jurídicas de forte conteúdo ético. Não apenas ético, mas também voltados para proteção da dignidade humana” (VIEIRA JUNIOR, 2015, p.77). Sendo assim, os direitos fundamentais podem ser caracterizados como aqueles direitos voltados para a preservação da dignidade da pessoa humana, limitados a certa ordem jurídica concreta e que exigem uma atuação positiva do Estado para sua efetivação.

Os direitos fundamentais são classificados em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. O direito à saúde é classificado como um direito de segunda dimensão, pois exigem uma prestação positiva por parte do Estado para sua concretização, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, representada como uma prestação negativa por parte do Estado, no qual este não pode violar os direitos da esfera individual, já que são aqueles direitos ligados a liberdade clássica. Encontram-se nos direitos de segunda dimensão os direitos sociais, culturais e econômicos (SALEME, 2011).

Há também os direitos de terceira dimensão que são aqueles direitos “transindividuais ou coletivos, buscam a defesa do meio ambiente, do direito do consumidor, do idoso, da infância e da juventude”. Há quem aponte os direitos de quarta dimensão que são aqueles relacionados aos avanços tecnológicos (SALEME, 2011, p. 101

Ademais, antes de adentrar na concepção do direito à saúde nos direitos humanos e na legislação brasileira, é válido salientar seu conceito sob a concepção da Organização Mundial de Saúde (OMS) como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades” (OMS, 1976, p. 07). Destarte, a palavra saúde não está apenas associada às doenças segundo a OMS, possui um sentido muito mais amplo, pois está ligada a qualidade de vida do homem em seu aspecto físico, psicológico e também no meio social em que convive.

2.2.2 Direitos humanos na saúde

Diferente dos direitos fundamentais, que estão inseridos a uma determinada ordem jurídica, estando limitados geograficamente, os direitos humanos perpassam as barreiras geográficas, já que estão enquadrados no plano internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de normas internacionais que estipula direitos essenciais do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas. Possui características singulares: 1) trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; 2) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais; 3) os indivíduos têm acesso às instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um sofisticado conjunto de processos internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2016, p. 20).

O direito humano está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, voltado aos direitos de todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, cor, entre outras peculiaridades, estando os Estados obrigados a atuar positivamente para sua concretização. Os processos internacionais de direitos humanos se justificam pela necessidade de uma interpretação unânime do texto de direitos humanos, para assim os Estados cumprirem suas obrigações conforme o determinado.

Um marco histórico dos direitos humanos é a Carta de São Francisco, que é um tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas em 1945. Logo em seguida, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 para listar quais os direitos humanos estavam protegidos na Carta de São Francisco (RAMOS, 2016).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 25 trouxe o direito à saúde, o qual aduz que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar” (ONU, 1948). A partir daí, o direito à saúde começou a ganhar um maior destaque no âmbito internacional.

Todavia, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, esta não possui força vinculante para obrigar todos os países a seguirem. Foram criados então o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fim de possuir um alcance universal (RAMOS, 2016).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 591/92, reforçou a ideia do direito à saúde em seu artigo 12, dispondo que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (BRASIL, 1992). A partir da criação desses textos, os direitos humanos ganharam força e o direito à saúde passou a ganhar destaque no contexto internacional e, conseqüentemente no ordenamento jurídico de cada país.

Vale destacar que a OMS também foi fundada no ano de 1948, e possui forte impacto na garantia dos direitos fundamentais à saúde, tendo em vista que é uma organização internacional cuja finalidade é tratar de questões relacionadas à saúde, com o intuito de auxiliar países do mundo inteiro.

2.2.3 O direito à saúde

O direito à saúde foi inseridos na Constituição Federal de 1988. Prevê o art. 6º, *caput*, do texto constitucional a saúde como um direito fundamental:

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

Esses direitos são classificados como direitos sociais, cuja titularidade é atribuída a coletividade.

A seção II da Lei Maior destaca o tema sobre a saúde, em seus arts. 196 ao 200. O art. 196 do texto constitucional consagra a prestação positiva do Estado ao responsabilizá-lo pela efetivação do direito à saúde, já que é um dever deste de garantir o acesso universal à saúde:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Gomes Canotilho e Vital Moreira (apud SILVA, 2012, p. 188) sinalizam que o direito à saúde comporta duas vertentes:

uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e ao tratamento delas.

Desta feita, o constituinte assegurou o direito à saúde a todos os cidadãos, ficando o Estado responsável de assegurar esse direito, devendo este promover políticas públicas a fim de reduzir os riscos de doenças, além de fornecer medicamentos, hospitais e postos de saúde para toda a população de forma gratuita.

É importante destacar também o artigo 197 da Constituição Federal que encarrega o Poder Público de regulamentar os serviços de saúde, sua fiscalização e execução:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Sobre a relevância pública de serviços de saúde, aduz Howerstton Humenhuk que a:

Defesa da saúde é dever do Estado em todas as suas esferas (União, Estados-membros, e Municípios), eis que as ações e serviços para efetivação da saúde são de relevância pública, pois diante disto, o Poder Público está vinculado para promover as políticas sociais e econômicas para a consecução da saúde. Por derradeiro, o art. 197 da Carta Constitucional de 1988, não exclui a participação de terceiros e também, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado na execução de ações e serviços para com a saúde (HUMENHUK, 2004, online).

Percebe-se que a Constituição Brasileira possui um rol extenso de direitos, além de descrevê-los, em seu texto constitucional é inserido uma Seção que dispõe acerca de cada direito e garantias, por esse motivo que a Constituição brasileira é classificada como uma constituição analítica, devido ao fato de ser prolixa e tratar exaustivamente de diversos temas. É importante ressaltar esse ponto, pois o tipo de Constituição inserida em um determinado Estado, reflexe e muito nas obrigações deste. No caso do Brasil, a quantidade excessiva de normas dispostas na CF/88 intervém diretamente na responsabilidade estatal de cumprir tais normas.

Existe também uma Lei voltada para regular em todo território nacional as ações e serviços de saúde, a chamada Lei 8.080/90 regula a proteção à saúde e estabelece a organização e o funcionamento dos serviços de saúde no território brasileiro.

O art. 2º da referida lei proclama que a saúde é um direito fundamental e o Estado deve prover condições para concretizá-lo (BRASIL, 1990). A redação desse artigo, apenas reforça a responsabilidade do Estado na consecução do direito à saúde, tal como preleciona o art. 196 da Carta Magna.

2.2.4 Obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos pelos entes federados

Apesar do direito de acesso a medicamentos não estar previsto explicitamente na Constituição Federal, pode-se retirar de alguns artigos do texto constitucional seu fundamento. A dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III da CF/88; o direito à vida consagrado no art. 5º da CF/88 e o direito à saúde inserido no art. 6º da Lei Maior, todos esses direitos fundamentam o acesso a medicamentos.

A Lei 8.080/90, em seu art. 6º, d, prevê que estão “incluída na atuação do SUS assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. Embora conceitue a assistência terapêutica integral, determina no art. 19 – M da mesma lei, que somente serão fornecidos os medicamentos constantes na dispensação de medicamentos do SUS (BRASIL, 1990).

Cabe destacar o conceito legal de medicamento: “Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico” (BRASIL, 1973).

Plácido e Silva (2014, p. 1.375) em sua obra “Vocabulário Jurídico” definiu medicamento como:

“Medicamentum, derivado do latim, é aplicado vulgarmente para designar o remédio utilizado para a cura das enfermidades, ou para aliviar as dores. E, assim, tanto designa os preparados ou produtos que já se encontram prontos nas farmácias, como os remédios aviados pelos farmacêuticos, em obediência às receitas médicas. Distinguem-se, dizendo-se medicamento preparado e medicamento aviado. O primeiro é produto de laboratório. O segundo, feito na farmácia, conforme prescrição médica, formulada na receita. Os medicamentos preparados dizem-se, tecnicamente, especialidades farmacêuticas. E sob essa denominação são classificados pelas leis fiscais. O suprimento de medicamentos às pessoas, quando necessário, inclui-se na manutenção ou assistência que lhes é devida por aqueles que estão obrigados a ela”.

De forma geral, medicamento são substâncias capazes de curar, prevenir, diagnosticar doenças, ou apenas com a finalidade paliativa, ou seja, um medicamento que não é capaz de curar a doença, apenas alivia ou melhora a qualidade de vida do paciente.

Posto essas definições, tem o Estado à obrigação de fornecer medicamentos, nos termos do art. 23, II, da Lei Maior. Tal artigo inseriu como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988). Dessa maneira, os entes federativos possuem solidariedade na proteção e promoção da saúde pública, de modo que a competência da União de fornecer medicamentos, tratamentos médico – hospitalar entre outros atributos não exclui a competência dos outros entes. O STF, com a relatoria do Ministro Luiz Fux, julgou os embargos de declaração em recurso extraordinário, reforçando a responsabilidade solidária dos Entes Federativos, fixando a seguinte tese de repercussão geral:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020) (BRASIL, 2019).

O julgado trata de embargos declaratórios opostos pela União em face do acórdão que reconheceu a repercussão geral e reafirmou jurisprudência dominante da Corte quanto à “responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde” (BRASIL, 2019, p.38).

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração. No mérito, por maioria, rejeitou os embargos, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, com fundamento que o “fato de não ter sido reafirmada de forma unânime a jurisprudência da Corte não induz à necessidade de rediscussão da tese (vencida) no Plenário Presencial; não há hierarquia entre os Plenários Virtual e Presencial”, bem como em sede de embargos de declaração em recurso extraordinário não há que se falar em rediscussão da responsabilidade dos entes federados no que tange a prestação da saúde. Tendo em vista que não houve omissão, obscuridade ou contradição não há que se ensejem os embargos (BRASIL, 2019, p.39).

Na sequência, apesar do Tribunal desprover os embargos, considerou ser necessário fixar tese de repercussão geral, tendo em vista que a última discussão que tratava sobre o tema foi no julgamento as STA 175 que ocorreu cerca de dez anos atrás, dentro desse período ocorreram diversos fenômenos correlatos à judicialização de prestações sanitárias. (BRASIL, 2019).

Após, varias discussões acerca da responsabilidade solidária dos entes federados no fornecimento de medicamentos, com fundamento nos art. 23, II, da CF/88, art. 196 da CF/88, entre outros, o Tribunal firmou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, 2019).

Destarte, todos os entes federativos possuem responsabilidade solidária nas demandas relacionadas à saúde, inclusive o que diz respeito à medicamentos.

Estabelece o art. 264 do Código de Processo Civil que “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Sendo assim, tendo mais de um devedor em uma relação jurídica, poderá o credor cobrar a dívida de qualquer um dos devedores, tendo o direito de regresso àquele que arcar com o ônus (BRASIL, 2015).

Essa é a ideia de responsabilidade solidária dos entes federados no dever de efetivar o direito à saúde. Na responsabilidade solidária, uma pessoa poderá pedir para qualquer um dos entes federados, indistintamente, o custeio do medicamento, ficando com o direito de ressarcimento aquele que arcou com o ônus financeiro. Distingue-se da subsidiariedade, no qual a ação deveria ser proposta exclusivamente em face do ente responsável pelo fornecimento do fármaco.

Enfim, cabe ainda ressaltar uma exceção no que tange a responsabilidade solidária dos entes federativos ao fornecimento de insumos à saúde: a responsabilidade de fornecer medicamentos sem registros na ANVISA deverão ser propostas exclusivamente em face da União, conforme entendimento do STF (BRASIL, 2019).

2.3 Análise acerca dos princípios constitucionais

Frequentemente o direito à saúde é questionado frente aos princípios do mínimo existencial, da reserva do possível e da separação dos poderes. Por isso, é

de suma importância fazer uma análise acerca de tais princípios e sua relação com a distribuição de medicamentos pelo Estado.

2.3.1 Princípio do Mínimo Existencial

2.3.1.1 A gênese do mínimo existencial

O princípio do mínimo existencial teve seus primeiros indícios no plano constitucional na Alemanha, com a Constituição da República de Weimar, no ano de 1919, no qual o art. 151 da Constituição Alemã dispunha “que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade” (SARLET; ZOCKUN, 2016, p.05).

Em 1975 o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu um caso no qual garantiu a existência mínima de condições para preservar a dignidade da pessoa humana. O caso girava ao redor de uma decisão que fora proferida pelo tribunal estadual que considerava inconstitucional um dispositivo na legislação previdenciária daquela época. Tratava-se tal dispositivo da idade máxima de 25 anos para o recebimento de pensão em caso de órfãos. O tribunal estadual firmou o entendimento que no caso de órfãos deficientes físicos ou mentais o limite etário de 25 anos não deveria permanecer devido suas condições de não poder custear sua própria subsistência (SCARLET; ZOCKUN, 2016).

Destarte, tal caso ganhou destaque no reconhecimento do direito fundamental e na garantia desses direitos no cenário alemão. Segundo Scarlet, na Alemanha e nos países que integram a União Europeia a “principal manifestação da garantia do mínimo existencial - alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção” (SCARLET; FIGUEIRERO, 2007, p. 121).

Já no contexto brasileiro, o princípio do mínimo existencial encontra suas raízes com maior destaque com a ascensão da Constituição Federal de 1988. Apesar da Constituição não inserir expressamente tal princípio em seu texto legal, pode-se interpretá-lo através de outros direitos constitucionalmente garantidos. A Constituição Federal elenca em seu art. 1º os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político. Já no art. 6º da CF/88 se

encontram os chamados direitos sociais, tais como o direito à saúde, a educação, a previdência, entre outros (BRASIL, 1988). A União desses dois artigos acima citados são uns dos pilares que se extraem o princípio do mínimo existencial.

No Brasil, um dos percussores do direito ao mínimo existencial foi doutrinador Ricardo Lobo Torres, sua primeira obra foi “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”, publicada em 1989, um ano após a promulgação da CF/88. De acordo com o autor, o direito ao mínimo existencial é requisito essencial para a sobrevivência do homem, e que sem ele, o ser humano perde sua liberdade. Para Torres, o princípio do mínimo existencial está intrinsecamente ligado à ideia de liberdade (TORRES, 1989).

A primeira vez que foi usado o princípio do mínimo existencial no cenário brasileiro foi com a medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

EMENTA: 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) [...] (BRASIL, 2004).

A medida tratava da constitucionalidade do veto presidencial na fixação de diretrizes para elaboração da lei orçamentária anual de 2004, que assinalava dotação orçamentária federal para os serviços públicos de saúde. O objeto da causa incidiu sobre o § 2º do art. 55 da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003. A decisão entendeu prejudicada a ação por perda superveniente do objeto, já que com a edição da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em vigor naquela época, conferiu “efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros

mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 2004).

Extraí-se da fundamentação da ADPF 45/2004 que o objeto central da Lei Maior é a preservação da dignidade da pessoa humana, que além do rol de direitos individuais constitucionalmente garantidos, inclui condições materiais mínimas de existência.

Além do mais, o julgamento da ADPF 45/2004 sublinhou três momentos em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a política pública não conseguir oferecer o básico vital necessário para a subsistência do ser humano, se o pedido de intervenção for razoável e quando a política pública implementada não alcance seu propósito (SILVA, 2014). Vê-se, pois, que o princípio do mínimo existencial na jurisprudência brasileira é recente, já que a primeira vez que o tema foi abordado na Suprema Corte foi em 2004.

2.3.1.1.2 Fundamento do mínimo existencial

Segundo Alexy, a ideia de direitos fundamentais está relacionada à liberdade e a autonomia individual. Leciona o autor, que somente é possível que o ser humano alcance sua autonomia plena, quando inseridos em um Estado Democrático de Direito, de tal modo que sua liberdade está ligada a concretização de uma parcela mínima de direitos fundamentais (ANGELLUCI, 2014).

Daniel Sarmento alega que o princípio do mínimo existencial pode ser dividido em instrumentais ou independentes (SARMENTO, 2016).

Os fundamentos instrumentais apontam que o mínimo existencial deve ser assegurado para que algum outro princípio ou objetivo seja promovido. Os princípios mais frequentemente invocados são a liberdade e a democracia. Já os fundamentos independentes postulam que o mínimo existencial deve ser garantido porque a sua denegação representa, em si, uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que possa ter sobre outros valores (SARMENTO, 2016, p. 189).

No Brasil, o primeiro doutrinador que difundiu a tese do mínimo existencial na liberdade foi Ricardo Torres, conforme se expõe a seguir:

O direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos

individuais ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade. Aparece explicitamente em alguns itens do art. 52 da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos. O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; (...) é negativo, pois exibe o status *negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o status *positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado; é plenamente justificável; independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 1989, p. 04-05).

Torres entende que o “mínimo existencial” está previsto na Lei nº 8.742/93, na forma da expressão sinônima “mínimos sociais”. De acordo com o autor, o direito ao mínimo existencial está relacionado às condições mínimas de existência humana digna, pelo qual o Estado deve promover uma prestação positiva para efetivação dessas condições e além do mais, esses direitos não podem ser submetidos à tributação, ou seja, possuem imunidade tributária (ANGELLUCI, 2014).

Embora tal princípio não esteja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, diante do princípio da igualdade, a ideia de liberdade, do devido processo legal e da livre iniciativa e na Declaração dos Direitos Humanos consegue extrair o princípio do mínimo existencial, segundo Torres (1989).

Em relação ao mínimo existencial assegurar o direito à democracia, aduz SARMENTO (2016, p.196) que “para a participação do cidadão ser efetiva, ele precisa ter condições materiais mínimas para exercê-la”. Aduz o autor que as condições de penúria que um indivíduo pode se encontrar influencia diretamente em sua liberdade política, já que este possui uma dependência material maior com pessoas ricas e poderosas (SARMENTO, 2016). Sendo assim, a democracia só funciona de forma plena quando os cidadãos possuem condições básicas para preservação da vida e da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao princípio do mínimo existencial na fundamentação independente, salienta Daniel Sarmiento que tal princípio assegura o direito à justiça e não apenas garante a satisfação do direito à liberdade e à democracia. Diante de um cenário que não se encontra a promoção da liberdade e da democracia, como por exemplo, pessoas com deficiência mental ou crianças, as condições básicas para a subsistência devem ser garantidas (SARMENTO, 2016).

Já Ana Paula Barcellos conceitua o mínimo existencial como “as condições básicas, fundamentais, para que as pessoas consigam viver com um mínimo de

dignidade, e isso exige prestações positivas por parte do Estado” (VOLPE, 2012, p. 51-52).

Seu pensamento está centrado na dignidade da pessoa humana, pelo qual o Estado tem o dever de promover a eficácia dessas condições materiais para a sobrevivência digna do ser humano.

De acordo com Barcellos, apenas uma parcela dos direitos fundamentais estão inseridos no contexto do mínimo existencial, composto por quatro elementos, três matérias e um instrumental, são eles: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça (VOLPE, 2012). Destarte, de acordo com a autora, são esses os direitos que podem ser pleiteados diante do Poder Judiciário, na ausência de sua efetivação pelo Poder Público.

Diante de todas essas considerações, percebe-se que os aludidos autores possuem um pensamento trivial acerca do mínimo existencial: que ele está intrinsecamente ligado a ideia da dignidade da pessoa humana. Mas afinal, o que é a dignidade da pessoa humana? Segundo Moraes (2020, p. 82) a dignidade da pessoa humana é conceituada como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade”

Além do mais, cabe ao Estado o dever de promover ações para preservar tal princípio e garantir o básico necessário para a proteção e promoção da democracia e o desenvolvimento da cidadania, garantindo o mínimo necessário para as necessidades vitais básicas, tais como: saúde, educação, moradia, alimentação etc. Percebe-se então, que a Carta Magna em seu art. 7º, IV, ao apontar todos esses direitos, dispõe implicitamente o princípio do mínimo existencial.

Cabe ainda salientar, que o direito ao mínimo existencial, é universal, tendo todas as pessoas naturais direito a ele, independentemente de qualquer outra condição. Os presos também possuem direito ao mínimo existencial, independentemente do crime por eles cometidos. Os estrangeiros são titulares do mínimo existencial, e por esse motivo que o art. 7º do Decreto nº 6.214/07 é

considerado inconstitucional, já que tal dispositivo regula o direito a um salário mínimo mensal para pessoas com deficiência ou idosos em condições de miséria apenas para os brasileiros natos ou naturalizados. Cabe ainda destacar, que as pessoas jurídicas “não são titulares do direito ao mínimo existencial, pois não são “fins em si mesmas”, não possuindo dignidade” (SARMENTO, p. 207).

Conclui-se, portanto, que os imigrantes inseridos no território brasileiro possuem o direito de gozo das políticas públicas, assegurando seu acesso igualitário aos serviços de educação, assistência jurídica, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social, cabendo ao Estado promover ações para garantir o mínimo existencial e promover a igualdade de tratamento e oportunidade ao migrante e aos seus familiares nos termos do art. 3º, IX, da Lei 13.445/2017.

2.3.2 Princípio da reserva do possível

2.3.2.1 A origem do princípio da reserva do possível

A origem do princípio da reserva do possível ocorreu através de um julgamento do Tribunal Constitucional alemão, em decisão denominada como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333). No caso em tela, foi analisada uma ação proposta por estudantes que não foram admitidos na faculdade de medicina de Hamburgo e Munique por conta da restrição de vagas ofertadas em cursos superiores pela Alemanha no ano de 1960 (MÂNICA, 2007)

Os estudantes invocaram o art. 12 da Constituição do Estado alemão para fundamentar sua pretensão, que aduz o seguinte: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. O Tribunal Constitucional ao decidir a questão, entendeu que o direito social ao ingresso ao curso superior se encontra sujeito a reserva do possível (MÂNICA, 2007, p.13). De acordo com SCARLET (*apud*, MÂNICA, 2007, p. 13) o Tribunal alemão firmou o entendimento que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

A teoria da reserva do possível foi trazida para o Brasil sob o prisma da reserva do financeiramente possível, já que, se utiliza dessa teoria somente para analisar a existência ou não de recursos financeiros para concretizar os direitos sociais. A reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro é totalmente diferente da alemã, uma vez que existem diferenças sociais, culturais e econômicas entre a Alemanha e o Brasil (SOUZA, 2014).

Desta feita, a teoria da reserva do possível em sua origem, não tratava da existência de recursos materiais disponíveis pelo Poder Público para efetivar os direitos sociais, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida pelos estudantes (SOUZA, 2014).

No Brasil, por conta do contexto fático econômico, a teoria da reserva do possível é utilizada como uma barreira para efetivar direitos sociais, tendo em vista a limitação de recursos orçamentários (SOUZA, 2014).

No estado brasileiro, a primeira vez que a teoria da reserva do possível foi usada no âmbito do Superior Tribunal Federal foi na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na mesma ADPF que a teoria do mínimo existencial. O STF proferiu sua decisão fundamentada na doutrinadora Ana Paula de Barcellos, a saber:

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

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir 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 (BRASIL, 2004).

Nota-se no julgamento, que a Suprema Corte fundamentou sua decisão na teoria da reserva do possível com base na disponibilidade de recursos financeiros. Na ausência das condições financeiras, cabe ao Poder Público estabelecer prioridades a serem seguidas por meio de políticas públicas (SILVA, 2014).

Alude Regis de Oliveira (2010, p. 275) que as “políticas públicas são providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Portanto, pode-se auferir que a concretização dos direitos sociais necessita da execução de políticas públicas pelo Estado e conseqüentemente, em gastos estatais, afetando assim o orçamento público. Desta feita, a teoria da reserva do possível consiste na ideia que cabe ao Estado realizar uma prestação positiva para efetivar os direitos sociais consagrados na Carta Magna, entretanto, está limitado a recursos orçamentários.

A reserva do possível possui como escopo delimitar os limites que o Estado deixa de ser obrigado a dar efetividade aos direitos sociais. No entanto, o Estado não pode simplesmente alegar a falta de recursos para se esquivar de concretizar os direitos sociais; sendo essencial que o Poder Público comprove a falta de recursos públicos e falta de arrecadação para despesa financeira. Mânica ressalta que deve ser comprovada a exaustão orçamentária para a reserva do financeiramente possível ser afastada e, por conseguinte afastar a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, vincula-se então, “o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos” (MÂNICA, 2007, p.15).

2.3.2.2 Orçamento Público e a reserva do possível

Conceitua-se orçamento público como um instrumento que organiza e planeja a destinação dos tributados recolhidos, a fim de oferecer serviços públicos, tais como educação, saúde, alimentação, moradia entre outros, especificando gastos prioritários do governo. A partir do orçamento, o Governo fixa a despesas que pretende gastar e estima as receitas arrecadas, já que elas sofrem variações a cada ano. Aduz Hugo de Brito que:

Além de ato no qual se estima, avalia ou calcula a receita necessária ao funcionamento da máquina estatal e se preveem as despesas, ou seja, a maneira como os recursos obtidos serão aplicados, o orçamento passou a representar a forma de o Poder Legislativo controlar e limitar o Poder Executivo. O orçamento, enfim, é mais uma forma pela qual atuam os freios e contrapesos através dos quais os três “poderes” limitam-se e fiscalizam-se mutuamente (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 478).

Destarte, o Poder Legislativo tem como função prever e autorizar os gastos destinados à prestação de serviços públicos, enquanto o Poder Executivo tem a função de executá-las.

Emerson Gabardo e Dione Wasilewski acreditam que o Estado não pode invocar o princípio da reserva do possível a fim de se esquivar das obrigações relativas à dignidade da pessoa humana. Aduzem que por meio da tributação é possível se alcançar a solidariedade, a fim de conferir a todas as pessoas uma vida digna (GABARDO; WASILEWSKI, 2020).

Nessa linha, propõem que o nível de tributação deve ser ajustado, tendo em vista que a tributação no Brasil não atinge sua aptidão máxima. A tributação encontra patamar inferior ao que foi estabelecido pela CF/88, tendo em vista que as competências tributárias não alcança sua plenitude, prejudicando justamente os indivíduos que contribuem mais. Ademais, apesar de haver regras sobre a incidência tributária, foi estabelecida a isenção fiscal e as alíquotas fixadas em percentual menor ao adequado à realização da justiça fiscal. O imposto sobre renda, sendo um dos instrumentos mais eficiente para alcançar a solidariedade, de acordo com os “dados do ano de 2015, em comparação aos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Brasil ficou em último lugar no índice relativo à carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital” (GABARDO; WASILEWSKI, 2020, p.17).

Ademais, no que tange aos tributos de competência estadual, a insuficiência tributária incide sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e de Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, tendo em vista que as alíquotas variam de 1% a 8%, valor muito menor em relação a outros países. Em relação ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, as alíquotas sobre as áreas superiores a 500 hectares variam de 0,03% a 20%, entretanto, essas informações são prestadas pelo próprio contribuinte, o que gera uma dificuldade de fiscalização pela União (GABARDO; WASILEWSKI, 2020).

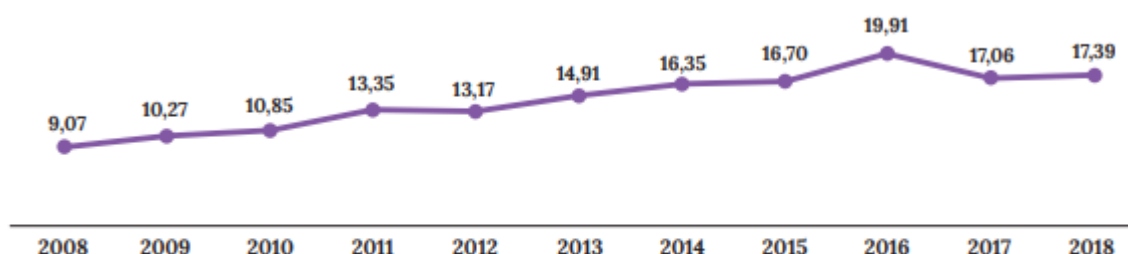
No entanto, é sabido que quanto mais direitos são assegurados às pessoas, maior será o Estado, e conseqüentemente maior será a intervenção estatal. As pessoas querem direitos máximos e deveres mínimos, ou seja, querem que o Estado cumpra todos os direitos e privilégios positivados, no entanto, esse intervencionismo estatal gera uma responsabilidade individual que ninguém quer arcar, qual seja: pagar mais impostos.

Não é cabível, nem viável atribuir uma carga tributária maior no Estado brasileiro que já é atualmente. Destarte, é notório que os direitos são infinitos que os recursos finitos, uma hora o dinheiro se esgota, não existe fonte inesgotável de recursos financeiros. Dessa maneira, fazer-se à necessário um maior planejamento no orçamento público e no que tange a judicialização excessivas de medicamentos, criar mecanismos a fim de diminuir essas demandas levadas ao Judiciário.

Nesse sentido, cabe trazer a baila uma pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc). O Inesc é uma organização não governamental que tem como finalidade discutir políticas públicas e direitos humanos com foco no orçamento público. O Inesc apresentou uma avaliação das execuções financeiras do Ministério da Saúde com medicamentos entre os anos de 2008 e 2018. O foco da presente pesquisa é demonstrar esses gastos feitos pelo Ministério da Saúde com medicamentos, trazendo esse confronto com a União em questões orçamentárias.

Segundo o estudo, os gastos pelo Ministério da Saúde com medicamentos praticamente dobraram, passando de R\$ 9 bilhões em 2008 para R\$ 17 bilhões em 2018.

Figura 1 – Execução Financeira do Orçamento Temático de Acesso a Medicamentos de 2008 a 2018 (R\$ bilhões em preços de 2018).



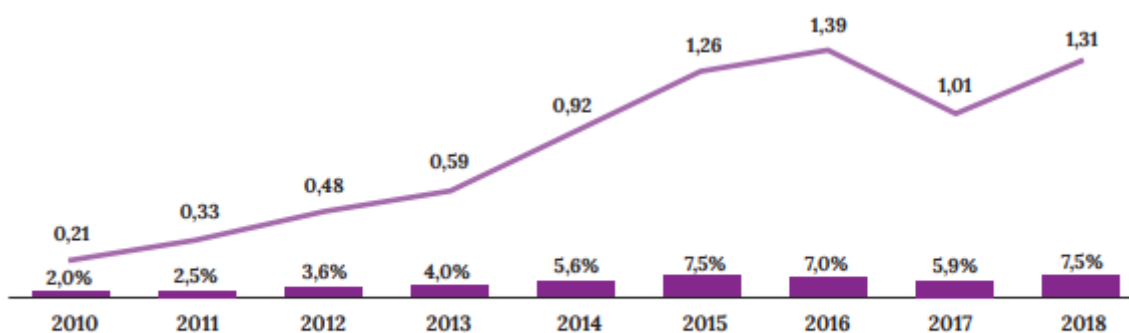
Fonte: elaboração própria, com base no SIGA Brasil

Fonte: Elaborado pelo Inesc (2019).

Ademais, constatou na pesquisa que os gastos com medicamentos apresentaram um crescimento maior do que o orçamento do Ministério da Saúde. Da mesma forma, o ano de 2016 demonstrou um pico maior nos gastos com medicamento, que segundo os estudos na Inesc, foi devido aos gastos com a judicialização (SILVA, 2019).

Em relação à judicialização constatou que em 2017 houve uma queda com os gastos com medicamentos, enquanto no ano de 2018 os gastos com a judicialização de saúde cresceram, atingindo R\$ 1,31 bilhão, mas ainda não atingindo o mesmo patamar de 2016, conforme o gráfico do Ministério da Saúde com dispêndio com demanda judicial de medicamentos: (SILVA, 2019):

Figura 2 – Gastos do Ministério da Saúde com judicialização de medicamentos de 2010 a 2018 (R\$ bilhões em preços de 2018) e porcentagem correspondente do OTMED (%)

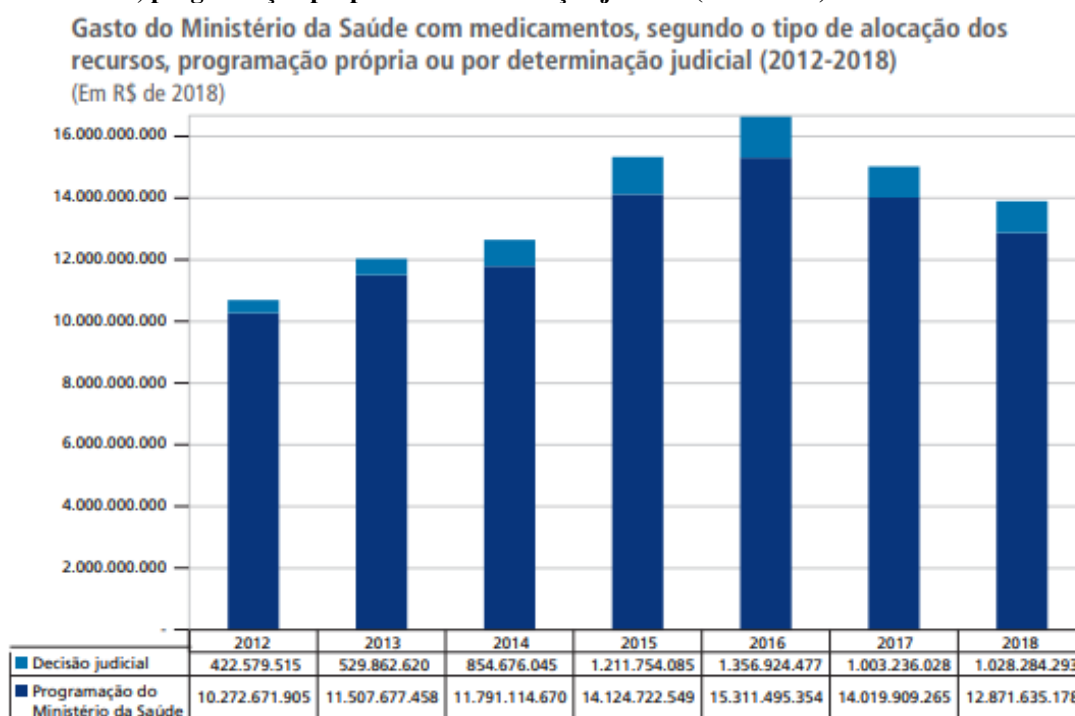


Fonte: elaboração própria, com base no Relatório Anual de Gestão da SCTIE de 2016 e no Relatório de Gestão do Ministério da Saúde de 2018

Fonte: Elaborado pelo Inesc (2019).

Ao analisar o gráfico, percebe-se que houve um aumento de 5,5% entre os anos de 2010 e 2018 com os gastos de medicamentos por demandas judiciais pelo Ministério da Saúde. Entretanto, ao analisar os dados do Siga Brasil, percebe-se com maior nitidez a ampliação das despesas do Ministério da Saúde com medicamentos.

Figura 3 – Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos, segundo o tipo de alocação dos recursos, programação própria ou determinação judicial (2012-2018).



Fonte: Siga Brasil. Valores liquidados e deflacionados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) médio.
Elaboração da autora.

Fonte: Ipea (2020) Elaborado pelo Siga Brasil.

A partir dos dados apresentados, é possível constatar que “as despesas por decisões judiciais ampliaram a sua participação no total de despesas do governo federal com medicamentos de 4,0% em 2012 para 7,4% em 2018, passando de R\$ 422,6 milhões para R\$ 1,0 bilhão, o que equivale a um aumento de 143% nas despesas do Ministério da Saúde no período” (VIEIRA, 2020, p. 31). Desta maneira, resta evidente que os gastos com medicamentos por demandas judiciais, cresceram mais de 100% e se esse problema não for resolvido a tendência de aumento é maior ainda ao longo dos anos.

O Inesc constatou em sua pesquisa que não houve variação na quantidade de ações que justificassem a queda do valor do ano de 2016 para o ano de 2018,

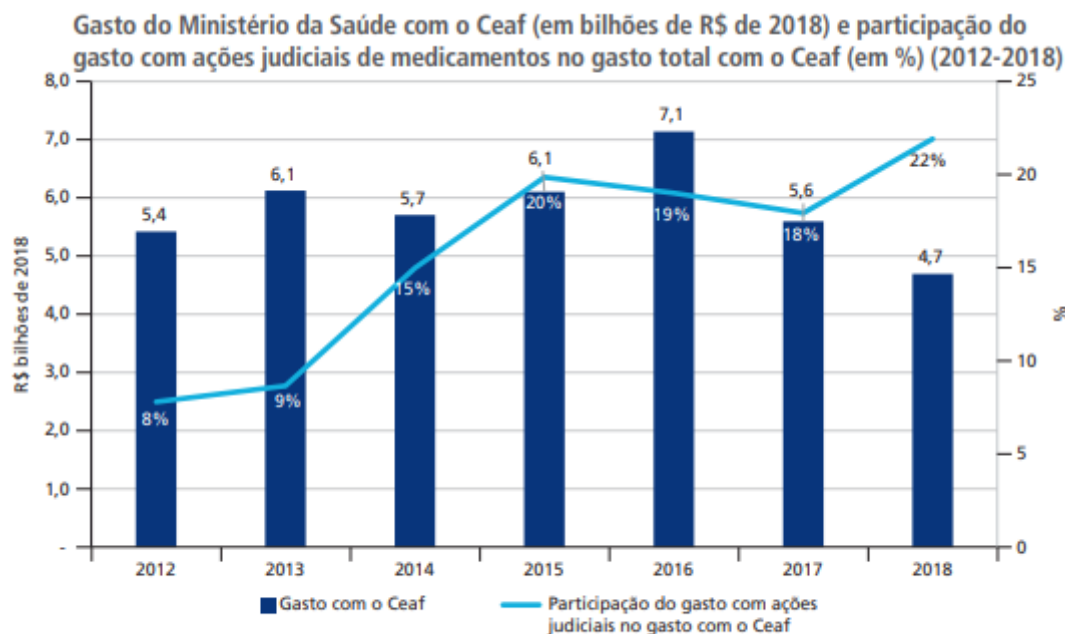
provavelmente o aumento com os gastos de medicamentos em 2016 deu-se em razão volume significativo de aquisições de medicamentos importados, principalmente para o cumprimento de determinações judiciais (SILVA, 2019).

Ademais, a queda da judicialização no ano de 2017 ocorreu por conta de problemas relacionado à licitação de aquisição de medicamentos, que ocasionou o descumprimento das demandas judiciais. Todavia, no ano de 2018 houve a regularização nos processos de compra e cumprimento das ações judiciais, por isso é que houve um crescimento dos valores gastos (SILVA, 2019).

É sabido que a teoria da reserva do possível está vinculada aos recursos orçamentários disponíveis para a implementação de políticas públicas e a efetivação dos direitos sociais. Os programas sociais ficam limitados pelas disponibilidades financeiras, pela previsão de arrecadação de recursos e pela prioridade da destinação dos recursos para a implementação das políticas públicas. Cabe destacar que os gastos com a judicialização de medicamentos, principalmente no que tange aos de altos custos, gera um desequilíbrio nas verbas destinadas à saúde, como ficou demonstrado no ano de 2016.

Esse desequilíbrio ficou demonstrando no gráfico abaixo, pelo qual aponta que as demandas judiciais por medicamentos concorrem diretamente com a ação orçamentária que financia o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (Ceaf). De acordo com os dados apresentados mesmo com a queda com os gastos das demandas judiciais entre os anos de 2016 e 2018, a participação do gasto com ações judiciais no gasto com o Ceaf subiu de 19% para 22%, tendo uma queda no orçamento com medicamentos de 34% (VIEIRA, 2020).

Figura 4- Gasto do Ministério da Saúde com Ceaf.



Fonte: Ipea (2020) Elaborado pelo Siga Brasil.

Isso demonstra que os recursos disponibilizados para gastos com medicamentos para toda a população foram reduzidos com a destinação desses recursos a demandas judiciais.

Porquanto o Estado tenha a obrigação de prestar assistência aos necessitados, é de conhecimento notório que os tributos arrecadados não são convertidos para o mesmo fim, sendo destinados a efetivação de vários direitos sociais consagrados na Carta Magna. O cerne da questão é: O princípio da reserva do possível deve respeitar a verbas orçamentárias arrecadadas?

Ora, o valor reservado à prestação da saúde deve ser bem redistribuído entre seus respectivos setores, tais como ambulatório, clínico, emergencial, medicamento, entre outros setores, para que o mínimo existencial não seja afetado. A judicialização demasiada na distribuição de medicamentos, principalmente aqueles importados que sejam de alto custo gera desequilíbrio na máquina estatal e prejudica as demais pessoas que necessitam de assistência gratuita aos demais tipos de fármacos, constata-se, pois, que é necessário que os dois princípios sejam equilibrados considerando o básico necessário para a sobrevivência do cidadão e as possibilidades do Estado, sem, contudo, prejudicar a coletividade.

2.3.3 Princípio da separação dos poderes e o controle judicial das políticas públicas

Muito se discute acerca da legitimidade do Poder Judiciário interferir nas políticas públicas executadas pelo Poder Executivo, principalmente no que tange ao provimento de medicamentos. O Estado é formado pela união de três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com sua função típica e atípica. Basicamente o Poder Executivo tem como função executar as leis e implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo estabelece as leis do Estado e fiscaliza o Executivo e o Poder Judiciário exerce função jurisdicional para dirimir conflitos e também exerce um controle judicial sobre os demais poderes.

Para que todos esses poderes funcionem e a liberdade dos cidadãos seja preservada dentro de um Estado Democrático de Direito é necessário que exista um sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido, Montesquieu (1748) em sua obra “O Espírito das Leis” aborda sobre a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário dentro do Estado. Sua primeira publicação foi no ano de 1748 e exerce até hoje uma relevante influência na política moderna.

A Constituição Federal em seu artigo 2º estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, cada poder possui sua autonomia própria e ao mesmo tempo um poder intervém nos demais. O pensamento de Montesquieu (1869 *apud* MELLO, 2009, p.31) foi nesse sentido:

É uma experiência jurídica eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder (...). Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador.

Neste panorama, “o sistema de freios e contrapesos” é de suma importância dentro da federação e fundamental para a democracia. Por esse sistema, as funções estatais são divididas, cada qual com sua competência a fim de evitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa e preservar a liberdade individual dos cidadãos ao árbitro de um único detentor do poder. A separação dos

poderes teve como escopo distribuir as atividades do Estado e conseqüentemente exercer controle recíproco entre suas tarefas.

Pode-se afirmar também que o princípio da tripartição dos poderes tem como finalidade o controle do poder em benefício a coletividade, já que sua primeira manifestação tinha como função conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra o árbitro estatal. (CANELA JUNIOR, 2011). Hodiernamente, não confere proteção somente aos direitos fundamentais de primeira geração, mas abarcam todas suas dimensões.

Nesse viés é traçada uma discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário intervir em questões do Poder Executivo no que tange a distribuição de medicamentos gratuitos pelo Estado. Ora, é sabido que os direitos dos cidadãos listados no extenso rol da Carta Magna não estão sendo efetivamente cumpridos, que o Executivo não fornece alguns medicamentos que estão listados no SUS. Diante do exposto, percebe-se que a judicialização da saúde por medicamentos não viola a tripartição dos poderes, uma pessoa ao acionar o Judiciário requer a efetiva implementação da política pública que não foi concretizada de forma eficaz. Sendo assim, o Judiciário apenas exerce o controle sobre o Executivo a fim de fiscalizar sua atuação.

Hervada (2008, p. 60) aduz que dois são os pressupostos sociais da função de ofício de jurista: o primeiro é “a existência de o seu e a necessidade de dá-lo”. Nesse sentido, pode-se extrair da seguinte premissa que o magistrado tem como função demonstrar o direito e satisfazê-lo, ou seja, a necessidade social que o ofício de jurista atende é “que cada um tenha em seu poder aquilo que lhe pertence” (HERVADA, 2008, p.57). Tendo em vista que em alguns casos o Estado não presta uma ação positiva para satisfazer as necessidades essenciais dos cidadãos, cabe ao magistrado, quando provocado, garantir o cumprimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e garantir “que cada um tenha em seu poder aquilo que lhe pertence”; ademais cabe também ao magistrado examinar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos praticados pelos demais poderes consagrados. Dessa maneira, o chamado controle judicial pode ser exercido. Aduz Osvaldo Canela Junior que:

Caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de

constitucionalidade dos seus atos. Para corrigir as omissões das demais formas de expressão do poder estatal, o Poder Judiciário, entretanto, age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à concretização do provimento jurisdicional (CANELA JUNIOR, 2011, p. 92).

Dessa maneira, o Poder Judiciário pode efetivar os direitos fundamentais sem intervir na separação dos poderes, já que a ação judiciária “não interfere nos núcleos constitucionais de irradiação e tampouco em suas ramificações que são de comandos dirigidos exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Executivo, salvo nos casos de controle de constitucionalidade” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 92).

Cabe também trazer a baila os ensinamentos do aludido autor no que tange ao controle judicial:

O Poder Judiciário, pois, deve observar, no princípio da especialização contido na teoria da separação dos poderes, o exercício exclusivo da jurisdição, única atividade que lhe foi constitucionalmente reservada. No exercício da jurisdição constitucional, evidentemente na modalidade difusa de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário irá se concentrar exclusivamente na detecção do direito subjetivo constitucionalmente assegurado (direitos fundamentais em todas as suas “dimensões” ou “gerações”) e na verificação da satisfação, ou não, do bem da vida. Caso o bem da vida reste comprovadamente não satisfeito, estará configurada lesão ao direito fundamental social e, por via de consectário lógico, o provimento jurisdicional determinará a respectiva reparação. Dentro deste prisma de análise, ao Poder Judiciário cabe o exame da existência da relação jurídica material e da lesão causada em virtude da omissão das formas de expressão do poder estatal. Ora, existindo omissão do Estado, reconhece-se a lesão ao direito, pelo que, surgindo a pretensão do ofendido, nasce o direito de ação em face do Estado (CANELA JUNIOR, 2011, p. 92-93)

Ora, fica evidente que por meio do controle judicial não há como alegar violação do princípio da separação dos poderes, pelo contrário, a atuação do poder judiciário na esfera da efetivação de direitos fundamentais a medicamentos opera em perfeito equilíbrio com o princípio. Contudo, vale ressaltar, que não cabe ao Poder Judiciário criar programas sociais ou estabelecer formas de execução de distribuição dos fármacos, sendo de competência exclusiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo, respectivamente (CANELA JUNIOR, 2011).

Cabe ainda trazer a baila os limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. É sabido que uma vez descumprido o princípio do mínimo existencial a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é justificado, no entanto, há critérios a serem seguidos pelos magistrados para que tal intervenção ocorra.

Deve os magistrados seguir os ditames do princípio da razoabilidade, pelo qual está intrinsecamente ligado ao princípio da proporcionalidade que “significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados” (GRINOVER, 2013, p. 133).

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis (GRINOVER, 2013, p.137).

Destarte, o Judiciário estará apreciando a “razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada”. Nesse sentido, a intervenção no Judiciário nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que se demonstra a irrazoabilidade dos atos praticados pelo Poder Público (GRINOVER, 2013, p.137).

Não é então todo e qualquer ato praticado pelo ente público que será apreciado pelo Judiciário, a revisão judicial ocorre apenas nos casos que a escolha feita pelo Poder Público constatou-se desarrazoada, estando a escolha feita pelo agente público em conformidade com os ditames legais e de forma equilibrada, não há de se falar em controle judicial. Ademais, deve o juiz no momento de sua decisão ao proferir uma sentença favorável no fornecimento de medicamentos, pautar sua conduta de acordo com os interesses individuais e coletivos.

Aduz Beatty que quando o magistrado pauta sua decisão à luz do princípio da proporcionalidade, os direitos humanos são bem mais protegidos. A proporcionalidade visa à resolução de conflitos entre a maioria e a minoria, a fim de tratar todos com justiça. Assim como, junta o direito e a política de modo a maximizar a autoridade de ambas e por fim corrobora com o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que os três Poderes trabalham cooperativamente para criar uma sociedade mais justa (BEATTY, 2014).

O princípio da proporcionalidade é considerado “parte inalienável e imutável de toda Constituição”. Os magistrados tem como dever assegurar a proteção dos direitos consagrados na Carta Magna, sendo assim, a proporcionalidade é capaz de assegurar a democracia e os direitos a fim de que ambos andem juntos (BEATTY, 2014, p. 320).

Sendo assim, quando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são aplicados, a técnica da ponderação é utilizada, e os interesses da coletividade na distribuição gratuita dos fármacos não serão afetados.

Nesse sentido, o princípio da reserva do possível também se faz necessário para a tomada de uma decisão justa. Tendo em vista a limitação dos recursos orçamentários e a necessidade de garantir um mínimo existencial para preservação da dignidade humana, o juiz deverá:

Obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também ao juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância (GRINOVER, 2013, p.139).

Percebe-se que por meio de uma cognição ampliada entre o administrador e o juiz poderá ser feita uma análise da distribuição de medicamentos, um estudo sobre o planejamento orçamentário afim de não prejudicar o restante da população que também dependem de medicamentos. Nesse sentido, tais limites são suficientes para coibir os excessos de intervenção Poder Judiciário nas políticas públicas e também contribuir para o processo de desjudicialização, tendo em vista, o diálogo institucional entre as esferas dos poderes.

2.4 Decisão do STF no fornecimento de medicamento de alto custo

É evidente que diversos casos são levados ao judiciário a fim de garantir a distribuição gratuita de medicamentos. E diante dessas demandas o judiciário assegura o fornecimento dos fármacos aos requerentes, com fundamento da obrigatoriedade do Estado no fornecimento gratuito de medicamento para preservação da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que a alta demanda de judicialização da saúde desencadeia diversas controvérsias sobre o tema, cabe destacar um julgado recente acerca de medicamento de alto custo. A análise de tal julgado é de suma importância, tendo em vista que os gastos com medicamentos pelo Ministério da Saúde por demandas

judicias já são bastante altos, imagina obrigar o Estado a fornecer mais medicamentos de custo dispendioso sem constar na lista do SUS?

Nesse paradigma, foi levado a Suprema Corte o tema relacionado a obrigatoriedade do Estado no fornecimento de medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de compra-lo. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida em 2007.

A demanda gira em torno da responsabilidade do estado do Rio Grande do Norte fornecer citrato de sildenafil para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora, com fundamento que o medicamento possui um custo dispendioso e a mesma não possuía condições financeiras para custeá-lo, bem como o fármaco não constava na lista do SUS.

Noutro giro, o estado do Rio Grande do Norte alega o princípio da reserva do possível, que diante da escassez de recursos financeiros, o correto seria privilegiar a coletividade que necessita de medicamentos e não uma única pessoa. Alegou ainda que no ano de 2007, 76% das verbas orçamentárias foram destinadas com gastos de medicamentos solicitados em decisões judiciais e que dessa porcentagem, quase dois milhões de reais eram de medicamentos de alto custo.

A Suprema Corte brasileira julgou, em 11/03/2020, o mérito da questão constitucional suscitada, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, decidiu que quando o medicamento não estiver na relação de fornecimento do programa estatal de dispensação de medicamentos, o Estado não possui responsabilidade em distribuir o medicamento dispendioso demandado judicialmente, salvo em situações excepcionais que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral.

O Ministro Relator Marco Aurélio votou pela fixação da seguinte tese:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (BRASIL, 2020).

Nota que o relator do caso protege de forma plena o mínimo existencial, em que o direito à saúde está intrinsecamente ligada a dignidade da pessoa humana e que este deve ser respeitada independentemente da reserva orçamentária, respeitando apenas dois critérios: a imprescindibilidade do medicamento ao autor da ação e sua incapacidade financeira de arcar com o fármaco.

Já o ministro Roberto Barroso divergiu do relator e sugeriu a seguinte tese:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS (BRASIL, 2020).

Posto isto, resta evidente que a discussão travada gira em torno da reserva do possível, tendo em vista que o Estado possui restrições financeiras, não pode o Judiciário deliberar a obrigatoriedade de o Estado fornecer todos os tipos de medicamentos, principalmente no que tange aqueles considerados de alto custo, sob pena de causar um impacto desastroso no orçamento público. Tendo em vista essas considerações, é razoável aduzir critérios e limites para o fornecimento de medicamentos de alto custo que não integram a lista do SUS. Cabe destacar que aqueles medicamentos de custo dispendioso que estão listados no SUS devem ser fornecidos de forma gratuita pelo Estado, aduz Barroso que “em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS”.

Ainda não se sabe qual tese será fixada pelo STF, tendo em vista que o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, contudo, parece que a sugestão do Ministro Roberto Barroso é a mais acertada, já que ele propõe critérios para o deferimento da saúde e um parâmetro procedimental.

Em seu voto-vista, o Ministro avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil:

No caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS (i.e., incluído na política pública de saúde, devendo ser objeto de dispensação gratuita), não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove (i) a necessidade do fármaco e (ii) a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa. 2. Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública (BARROSO, 2016, p. 02).

Destarte, Barroso propôs cinco critérios a serem seguidos: inicialmente o requerente deve comprovar sua incapacidade financeira de arcar com o medicamento sem inviabilizar o atendimento de outras necessidades essenciais. Comprovado sua hipossuficiência, o segundo requisito é a “inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação pelo SUS”, tal determinação protege as decisões proferidas pelo Executivo, “uma vez que tais órgãos possuem maiores níveis de informação, de expertise, de conhecimento técnico e aptidão operacional em relação a tal procedimento, marcado por grande complexidade” (OTTONI, 2019, p.52). Não tendo a Administração manifestado sobre a não incorporação do medicamento no SUS, deve-se partir para o terceiro requisito, qual seja: inexistência de substituto do fármaco por outro listado no SUS, pois deve-se conferir preferência aos tratamentos e medicamentos que constarem na relação de fornecimento do programa estatal de medicamentos. (OTTONI, 2019)

O quarto requisito consiste na eficácia do medicamento pleiteado não incorporado na lista do SUS, o deferimento para o fornecimento do medicamento “deve ocorrer apenas quando houver segurança científica em relação à sua eficácia e adequação” (OTTONI, 2019, p. 54). Já o quinto requisito consiste na responsabilidade da União de fornecer o medicamento, “isto porque segundo os ditames da Lei nº 8.080/90, compete somente à União decidir pela incorporação ou não de uma nova tecnologia em saúde, por meio da CONITEC e do Ministério da Saúde” (OTTONI, 2019, p. 54)

Por fim, o Ministro propõe um diálogo entre os órgãos competentes para verificar a possibilidade de incorporar o medicamento na lista do SUS, “para que a judicialização efetivamente contribua para o aperfeiçoamento do sistema de saúde, a garantia da isonomia e da universalidade no atendimento à população e mesmo para a desjudicialização da assistência farmacêutica” (OTTONI, 2019, p. 56).

Por todo exposto, resta evidente que a decisão do STF visa proteger o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, sem, entretanto, esquecer-se da reserva do possível. Pois, sabe-se que nenhum direito é absoluto, e no caso em tela, sua limitação encontra-se nos recursos orçamentários disponíveis.

No entanto, Ada Grinover aduz:

Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade – ,alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimas no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar erário público sem observância da reserva do possível (GRINOVER, 2013, p.140).

Tendo em vista que as verbas orçamentárias são limitadas é de extrema importância a incorporação de critérios para que o magistrado defira os medicamentos de alto custo não constantes da lista do SUS e não conceda de forma discricionária e desordenada os fármacos, a fim de evitar o desequilíbrio da máquina estatal.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao fim do percurso da presente pesquisa, teve como pretensão analisar a intervenção do Poder Judiciário para impelir o Estado a fornecer medicamentos gratuitos e o impacto dessa intervenção nos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Pode-se se extrair da presente pesquisa que não há discussão no que tange ao direito do mínimo existencial, tendo o Estado o dever de garantir o básico necessário para uma vida digna. No entanto, os recursos financeiros para arcar com os vários direitos constantes na Carta Magna, principalmente no que tange aos medicamentos, são escassos.

Com base nessas acepções, da análise que se traçou, constatou que é de suma importância um planejamento nas despesas destinadas a saúde e a diminuição do excesso de judicialização, a fim de garantir uma ponderação entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

Assim, com o fim de demonstrar essa necessidade de ponderação entre os direitos, o objeto da pesquisa inicialmente demonstrou a importância da judicialização da saúde na concretização dos direitos à medicamentos a pessoas hipossuficientes. Passou-se a analisar então a garantia do direito à saúde constante no art. 6º da Carta Magna, bem como a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III da CF/88; o direito à vida consagrado no art. 5º da CF/88 nos quais fundamentam o direito ao acesso a medicamentos.

Discutiu ainda, a responsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos, bem como constatou que a CF/88 assegura a responsabilidade solidária do entes federados no dever de efetivar o direito à saúde. Diante disso, cabe ao Estado promover políticas públicas a fim de assegurar tal direito. No entanto, não há planejamento efetivo das despesas públicas, há uma crescente desorganização da máquina estatal que faz com que o Judiciário seja acionada a fim de assegurar o acesso aos medicamentos. Nesse sentido, restou evidente na pesquisa a importância do Judiciário na efetivação do direito à medicamentos através do controle de constitucionalidade. Quando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o Judiciário exerce o controle de

constitucionalidade dos seus atos, orientando seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Feitas tais considerações, cumpre registrar que a pesquisa avançou para a análise do princípio do mínimo existencial. Verificou a importância de tal princípio na garantia da dignidade da pessoa humana, já que aquele garante as necessidades básicas para que uma pessoa consiga viver dignamente. Também se extraiu da pesquisa que o mínimo existencial está relacionado ao direito de justiça e não apenas existe para garantir o direito à liberdade e à democracia como aludido por alguns autores.

Deu-se ainda especial atenção ao princípio da reserva do possível, que é o cerne do objeto de pesquisa. Constatou que os recursos orçamentos são limitados, já que os tributos arrecadados não são destinados ao mesmo fim, sendo redistribuídos a vários setores do Governo. Foi demonstrado através de gráficos que a demanda pela judicialização de medicamentos é crescente e que isso gerou um desequilíbrio no fornecimento de medicamento do Ceaf para toda a população. Restou então comprovado que o Judiciário deve ser cauteloso ao julgar uma ação que obriga o Estado a fornecer medicamentos a fim de não mitigar os direitos da coletividade

Nesse sentido, passou-se então a analisar o julgado do STF que trata da obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo sem registro no SUS. Ao final da análise, constatou que a sugestão da tese fixada pelo Ministro Barroso seria a mais prudente, já que esta estabelece critérios e limites a serem seguidos pelos magistrados para deferirem os medicamentos de alto custo, diferentemente da tese sugerida pelo Ministro Relator Marco Aurélio o qual protege de forma plena o mínimo existencial independentemente dos recursos orçamentários disponíveis respeitando apenas dois critérios: a imprescindibilidade do medicamento ao autor da ação e sua incapacidade financeira de arcar com o fármaco.

Diante de todas essas considerações, constatou-se que o direito ao mínimo existencial deve ser preservado, mas não de forma plena, já que nenhum direito é absoluto. Tendo em vista que direitos sociais são ilimitados e os recursos escassos, não há como cumprir todas as demandas judiciais sem violar o direito de outros. Diante desse cenário preciso reduzir o excesso de judicialização, já que a alta demanda acarreta diretamente a diminuição de medicamentos a toda população. Sendo assim, não pode os magistrados distribuir de forma frenética os

medicamentos, deve haver ponderações em suas decisões, critérios a serem seguidos e não somente fundamentar suas decisões com base no mínimo existencial. Principalmente no que tange aqueles medicamentos de alto custo, já que o fornecimento de um medicamento dispendioso garante o fornecimento de outros medicamentos de custo mais baixo, deve-se então o magistrado fazer uma análise criteriosa no provimento desses medicamentos.

4 CONCLUSÃO

Realizada a presente pesquisa, no qual o objetivo se concentrou em analisar a judicialização de medicamentos em face dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, faz-se possível concluir que nenhum direito é absoluto e, por isso se faz necessário a ponderação entre esses princípios, a fim de não violar o mínimo existencial que tem como escopo preservar a dignidade da pessoa humana e os recursos financeiros disponíveis do Ministério da Saúde.

Nesse sentido, ficou demonstrado que como o Estado não planeja de forma efetiva as políticas públicas no que tange a distribuição de medicamentos, as pessoas recorrem ao Judiciário a fim de ver seu direito efetivado.

Diante da omissão do Poder Executivo em fazer cumprir as políticas públicas, cabe ao Judiciário através da jurisdição constitucional, satisfazer o cumprimento do direito subjetivo. Assim, quando uma demanda de medicamentos é levada ao juiz, este irá analisar a detecção do direito subjetivo, qual seja: direito à vida e a dignidade assegurados na CF/88, restando comprovado a violação desse direito o Judiciário poderá exercer o chamado controle judicial das políticas públicas, sem, portanto, ferir o princípio da separação dos poderes, pelo contrário, a atuação do poder judiciário na esfera da efetivação de direitos fundamentais a medicamentos opera em perfeito equilíbrio com o princípio.

Como se demonstrou, o fenômeno da judicialização é perfeitamente cabível para que o mínimo existencial seja preservado. Diante desse cenário, foi analisado que os autores possuem um pensamento trivial acerca do mínimo existencial: que ele está intrinsecamente ligado a ideia da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, além de garantir o direito à liberdade e a democracia, garante também a justiça social, já que as crianças e as pessoas com deficiência também tem o direito de ter as condições básicas para subsistência.

Entretanto, constatou-se na presente pesquisa que o direito ao mínimo existencial não é absoluto, tendo em vista que os recursos financeiros são limitados. Houve uma discussão acerca que no Brasil a tributação é insuficiente, principalmente no que tange ao imposto de renda, com alíquota muito inferior se comparado a outros países. No entanto, tal argumento não se sustenta, tendo em vista que não é cabível, nem viável atribuir uma carga tributária maior no Estado

brasileiro que já é atualmente. É necessário um maior planejamento no orçamento público e no que tange a judicialização excessivas de medicamentos, criar mecanismos a fim de diminuir essas demandas levadas ao Judiciário.

Assim, ficou demonstrado através de gráficos que os recursos destinados a medicamentos a toda população concorrem diretamente com as demandas de medicamentos levadas ao Judiciário, ou seja, a medida que as demandas judiciais crescem, os recursos disponibilizados ao restante da população diminuem, prejudicando assim toda a coletividade. Diante desse cenário, os medicamentos de alto custo são os que mais pesam nas despesas públicas, tendo em vista que a compra de um fármaco de custo dispendioso cobre o custo de vários outros medicamentos de custo bem menor. Restou então comprovado que o Judiciário deve ser cauteloso ao julgar uma ação que obriga o Estado a fornecer medicamentos a fim de não mitigar os direitos da coletividade

Dessa maneira, tendo em vista o percurso abrangido na presente pesquisa, ante todo o exposto, incumbe concluir, por fim, e respondendo a indagação feita na introdução da presente pesquisa, não pode os magistrados distribuir de forma frenética os medicamentos, deve haver ponderações em suas decisões, critérios a serem seguidos e não somente fundamentar suas decisões com base no mínimo existencial, principalmente no que tange aqueles medicamentos de alto custo, sob pena de violar o princípio da reserva do possível em benefício do princípio do mínimo existencial. É necessário haver um diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, a fim de permitir que o juiz tenha um acesso as informações orçamentárias, para assim prover uma sentença justa, a fim de não prejudicar o restante da população que também dependem de medicamentos, fazendo com que os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível sejam equilibrados.

Enfim, tendo em vista que na presente pesquisa não foi possível abordar minuciosamente no que tange a cognição ampliada entre administrador e juiz, sugere-se para pesquisas futuras um estudo acerca do diálogo institucional entre as diferentes esferas dos Poderes, a fim de fixar quais os limites e critérios a serem seguidos no processo de judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

A Leitura: **Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará**, v.6, n. 10, p. 38-59, Belém, 2013.

ANGELUCCI, Paola Durso. Mínimo Existencial: Conceito e Conteúdo. **Revista Unoesc International Legal Seminar**, 947-958, v. 03, n.1, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4213>. Acesso em: 05 de abril de 2021.

Assembleia Geral da ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 25.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial. **Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, nº 21, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da ESMEC**, v. 4, nº 2, 2006. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 16 de março de 2021.

_____. Medicamentos de alto custo. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**. 01 de out. de 2016. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/2016/10/01/medicamentos/>. Acesso em: 07/05/2021.

BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 de março 2021.

_____. **Decreto nº 591/92, de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 26/03/2021.

_____. **Lei nº 5991/73, de 17 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15991.htm. Acesso em: 26/03/2021

_____. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Acesso em: 23 de março de 2021.

_____. **Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26/03/2021.

_____. **Lei 13.445/2017, de 24 de maio de 2017.** Lei de Migração. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/13445.htm. Acesso em: 05/04/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência,** Acórdãos, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 31/03/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566. 471. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de jurisprudência,** Acórdãos, 01 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?i>

ncidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6. Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 26 de março de 2021.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo : Saraiva, 2011.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34. Disponível em:

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 23, p. 117-120, nov. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/24626.pdf>. Acesso em: 27/04/2021.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vaques Gomes. 31. ed - Rio de Janeiro: Forense; 2014.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232014000200591&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27/04/ 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4839>. Acesso em: 27/04/2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 27/04/2021.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Marachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 29 ed. – Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

OLIVEIRA, Manoela Teixeira Lima de. **O processo de judicialização da política e o controle concentrado de constitucionalidade**. 2008. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**. 26.ed. Ginebra: OMS,1976.

OTTONI, Marcos Vinícius Barroso. **O direito fundamental à saúde, ativismo judicial e judicialização: à luz dos precedentes do STF sobre fornecimento de medicamentos sem registro e de alto custo**. 2019. 76 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5 ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007.

_____, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais.Curitiba**, v.3, n. 2, aug. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000200115. Acesso em: 31/03/2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, André Vitoriano da. **Mínimo Existencial. Reserva do possível – problematização liberalismo/ estado mínimo**. XXIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Democracia e Cidadania na América Latina: Uma Análise Comparada, 2014.

SILVA, Luiza Pinheiro Alves da. **Orçamento Temático de Acesso a Medicamentos: Análise de 10 anos de recursos federais destinados à Assistência Farmacêutica**. Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/orcamento-tematico-de-acesso-a-medicamentos-serie-historica-2008-2018/>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. A reserva do possível. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. São Paulo, v.9, n.01, 2014. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/231>. Acesso em: 30/04/2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1989, n. 177, p. 29 – 49. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em 31/03/2021.

VENTURA, Miriam, et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **PHYSIS - Revista de saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 01, p. 78, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2,

nov. 2007. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002.

Acesso em: 26 de abril de 2021.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: Evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**-Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Texto para discussão**, Brasília: Ipea, 2020.

Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf.

Acesso em: 30/04/2020.

VOLPE, Karina Rocha Martins. Efetivação dos Direitos Sociais na Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. **Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento**, Brasília, v. 02, n. 1, pgs. 48 - 67, 2012. Disponível em: <http://www.assecor.org.br/rbpo/vol-2-numero-1-2012/>. Acesso em 05 de abril de 2021.

WASILEWSKI, Dione Jr.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 01, 2021.

Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6726>. Acesso em: 03/05/2021.