

## A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE REFERENTES AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Renata Laís Künzler Alves de Almeida<sup>1</sup>  
Catarine Gonçalves Acioli<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo trata da interferência do Poder Judiciário no controle de políticas públicas de saúde no fornecimento de medicamentos. Para tratar deste tema abordaremos na primeira parte a questão dos direitos sociais. Um dos aspectos mais relevantes é discussão sobre o direito ao mínimo existencial e a proibição do retrocesso. Em seguida, abordamos a questão das políticas públicas de saúde dando enfoque ao controle exercido pelo judiciário e aos princípios da separação dos poderes e a reserva do possível. E assim, finalizando com o tema, judicialização do direito à saúde no fornecimento de medicamentos e a efetividade do princípio da supremacia do interesse público, a fim de verificar se a atuação do judiciário estaria protegendo o interesse coletivo ou agravando a situação daqueles que necessitam da atuação do Estado.

**Palavras-chave:** direito à saúde; controle de políticas públicas; supremacia do interesse público.

Sumário: Introdução; 1.1. Os direitos sociais; 1.2. Conceito de direito fundamental social; 1.3. Direito ao Mínimo Existencial; 1.4. O princípio constitucional da proibição do retrocesso social; 1.5. Direito Social à Saúde; 2.1. Conceito de políticas públicas; 2.2. Formulação, execução e avaliação das políticas públicas; 2.3. Controle de políticas públicas; 2.4. Teoria da separação dos poderes e a judicialização de políticas públicas de saúde; 2.5. A reserva do possível nas políticas públicas de saúde; 3.1. A atuação do poder judiciário e o fornecimento de medicamentos; 3.2. As ações individuais e coletivas; 3.4. O princípio da supremacia do interesse público; 3.5. A supremacia do interesse público x o excesso de judicialização de políticas públicas de saúde; Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Bacharela em ciências jurídicas pelo Centro Universitário CESMAC.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Professora de graduação e pós-graduação do Centro Universitário CESMAC. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

## INTRODUÇÃO

Há alguns anos, os direitos sociais não passavam de regras para orientar os poderes públicos, não possuindo aplicação concreta, normas programáticas, sendo inviável a sua fundamentação em ações judiciais. A teoria da separação dos poderes era aplicada de forma extrema, impedindo o Poder Judiciário de intervir na seara própria do Executivo e Legislativo.

Hoje vemos, de forma freqüente, essa interferência do Judiciário na determinação de prestações materiais relacionadas aos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, com a finalidade de garantir os direitos que estão elencados na Constituição Federal/88, e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

Sabemos que o atendimento aos direitos sociais envolve custos e que há uma escassez nos cofres públicos, não havendo condições assim, de aplicar os direitos sociais em seu grau máximo de eficiência. Então surge a teoria do Mínimo Existencial e a reserva do possível, para efetivar a aplicabilidade dos direitos sociais a partir de uma eleição de prioridades escolhidas pelo Poder Público.

Cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material a alguém, implica na retirada dos recursos destinados a todos os outros. Será que essa interferência favorece os excluídos, ou simplesmente aumenta as suas necessidades?

Podemos ver que o tema é complexo, e está longe de ser pacificado, tornando necessária a análise sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na determinação de execução de políticas públicas de saúde.

### 1.2 Os Direitos Sociais

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado. Sarlet classifica os direitos fundamentais em: direitos de defesa e direitos de prestação.<sup>3</sup>

Os direitos de defesa não excluem a atuação do Estado, mas organiza e limita a sua intervenção, de modo que, não interferem nas liberdades pessoais. Já os direitos de prestações implicam em uma atuação positiva por parte do Estado, sendo este obrigado a colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 179-207.

Os maiores exemplos de direitos de prestações são os direitos de segunda geração, os direitos sociais, também podemos acrescentar os direitos dos partidos políticos, acesso à Justiça e assistência judiciária, entre outros.<sup>4</sup>

Quanto a sua criação, classificam-se em: direitos de prestações originários e derivados. Os direitos derivados são aqueles em que o Estado já iniciou a sua concretização legislativa, na criação de leis ou mediante a criação e aplicação de programas de ação, às políticas públicas. De modo que o Estado torna efetivo o direito fundamental a partir de uma prestação positiva, e em alguns casos através de uma prestação negativa. Compreendem ao direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, considerados direitos dos cidadãos.<sup>5</sup>

Os direitos de prestação originários ainda não foram regulados por lei ou sequer lhes foram criadas políticas públicas, sendo assim, necessitam de uma atuação positiva do Estado.<sup>6</sup>

Frise-se, ainda, que, os direitos fundamentais sociais pertencem a um modelo normativo híbrido de regras e princípios.

Importante lembrar o conceito de normas regras e normas princípio. As normas regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma do tudo ou nada, se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de forma direta e automática, não incidirá quando a hipótese nela contida se tornar inválida. As normas princípio contem uma maior carga valorativa, fundamento ético, uma decisão política relevante, e indica uma determinada direção a seguir.<sup>7</sup>

As normas regras são aplicadas quando há uma adequação ao que a norma dispõe e o que ocorreu no mundo dos fatos, não existe uma valoração, ponderação, mas tão somente a verificação da adequação fática e jurídica. Já as normas princípio são aplicadas conforme o caso concreto, podendo ser aplicado mais de um princípio, a solução está na utilização da técnica da ponderação de interesses.

Assim, ficando clara a necessidade da criação de um modelo que integrasse as normas regras e princípio, que possuem uma grande diferença quanto ao âmbito de sua aplicação. É o chamado modelo normativo híbrido. Por este motivo surge uma divergência doutrinária quanto à aplicação dos direitos fundamentais sociais: a existência de um escalonamento hierárquico entre as normas regras e normas princípio.

---

<sup>4</sup> Idem. p. 184-188.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 188.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Edições Almeida, 2003. p. 477, 478.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 6: 1-67, setembro. 2001.

Como defende Ana Carolina Lopes Olsen:

Importante esclarecer que adotar este modelo não significa escalonar hierarquicamente as normas de direitos fundamentais sociais no sentido de que aquelas previstas sob forma de princípios teriam grau superior em relação àquelas previstas sob forma de regras, e que estas últimas ainda seriam, necessariamente, especificações das normas principiológicas. Todas estas normas, na medida em que configuram normas constitucionais, encontram-se sob a mesma hierarquia, e o desrespeito ao quanto preceituam traduz violação à Constituição, sujeito ao controle de constitucionalidade com o mesmo rigor.<sup>8</sup>

Mas existem aqueles que defendem a existência dessa hierarquia, uma vez que a transgressão a um princípio não ofende apenas uma norma, mas fere todo o ordenamento jurídico devido sua carga valorativa. Como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>9</sup>

Apesar de existir posicionamento contrário, defendemos que as regras podem ser ponderadas, sendo essa técnica diferenciada daquela utilizada aos princípios. Aqui há a ponderação das finalidades das regras. Já nos princípios há uma análise quanto ao seu alcance, um estudo de seu conteúdo abstrato.<sup>10</sup>

Entende-se que não existe uma hierarquia normativa entre normas regras e princípio, uma vez que estas são normas constitucionais, todavia, defendemos que há uma hierarquia axiológica<sup>11</sup> entre essas normas, pois os princípios são dotados de valores e estes irradiam por todo o ordenamento jurídico, sendo esta a demonstração de que os princípios se encontram em uma posição de maior importância que as regras.

Diante do exposto, passamos a formular um conceito de direitos sociais.

### **1.2.1 Conceito de Direitos Fundamentais Sociais**

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado, diferentemente do que acontecia na efetivação dos direitos de primeira geração.

<sup>8</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 72, 73.

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 949.

<sup>10</sup> Nesse sentido, ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>11</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 187-192.

Segundo Dirley da Cunha direitos sociais:

[...] são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.<sup>12</sup>

Portanto, os direitos sociais são formas de o indivíduo exigir uma postura positiva por parte do Estado através de prestações jurídicas ou materiais, a fim de possibilitar o exercício das liberdades fundamentais, bem como proporcionar a igualdade material entre ele e os demais indivíduos para a concretização dos valores inerentes a dignidade humana.

Sendo que tais prestações devem atender ao que chamamos de mínimo existencial. Mas o que seria o mínimo existencial? É o que passaremos a analisar.

### 1.3 Direitos Fundamentais Sociais e o Direito ao Mínimo Existencial

O direito ao mínimo existencial consiste em condições mínimas de existência humana, onde não há a possibilidade de retroceder, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que integram o núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

É formado por quatro elementos, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Correspondem ao núcleo essencial da dignidade humana.<sup>14</sup>

Sendo este um meio de se garantir a concretização das necessidades básicas dos indivíduos, vedada a intervenção do Estado, quando esta fere o direito ao mínimo existencial. Assim, a prestação dos direitos sociais deve ser total, mas desde que não prejudique as finanças públicas.

Dessa maneira, torna-se imprescindível a existência de critérios cuja finalidade é assegurar a eficácia das normas constitucionais que tratem de direitos fundamentais. Então, passamos ao estudo do princípio da vedação do retrocesso.

<sup>12</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 715, 716.

<sup>13</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 313, 314.

<sup>14</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 288, 289.

#### 1.4 O princípio constitucional da proibição de retrocesso social

Retroatividade consiste em uma ficção e pode ser definida em duas situações: a primeira é que a validade e vigência de uma norma devem ser anteriores a data de sua entrada em vigor (retroatividade em sentido restrito); a segunda é que os efeitos jurídicos de uma norma devem estar ligados a situações de fato anteriores a sua entrada em vigor (conexão retroativa quanto a efeitos jurídicos). Haverá a retroatividade autêntica quando a lei retroage os seus efeitos em um determinado período de tempo.<sup>15</sup>

Já a retroatividade inautêntica incide sobre situações ou relações jurídicas já existentes mesmo quando a norma foi criada para ter efeitos para o futuro. Nesse caso, só haveria a proibição do retrocesso quando: a norma retroagisse tocando dimensões importantes de algum direito fundamental ou quando o legislador previu uma disciplina transitória para algumas situações.<sup>16</sup>

Para Luis Roberto Barroso esse princípio trata da regulamentação infraconstitucional das normas programáticas, sendo inconstitucional a lei que revogar disposição legal que der maior eficácia à norma constitucional, retornando assim ao estado de omissão legislativa.<sup>17</sup>

Mas qual seria a amplitude desse princípio? Se entendermos que a vedação do retrocesso impede qualquer tipo de restrição, conclui-se que, só seriam constitucionais as alterações que tenham a finalidade de ampliar o alcance ou proteção do direito e as prerrogativas por ele conferidas. Não seria razoável afirmar que o Legislativo só estaria autorizado a regulamentar os direitos fundamentais em apenas um conteúdo e se utilizando de uma única forma. Todavia, devido às concepções ideológicas, filosóficas e políticas que envolvem os direitos, varias regulamentações podem ser editadas. Não sendo possível a inclusão dessas disciplinas infraconstitucionais nas chamadas cláusulas pétreas.<sup>18</sup>

O princípio da vedação do retrocesso não se aplica apenas a atividade legislativa, mas também ao controle dos atos do Executivo, quando da aplicação das políticas públicas. A dignidade da pessoa humana atua como diretriz jurídico-material para a definição do núcleo essencial e da garantia para o mínimo existencial que constitui valor máximo da ordem jurídica social. Da mesma forma a segurança jurídica e a proteção da confiança também

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. Edições Almeida, 2003. p. 261-263.

<sup>16</sup> Idem *Ibidem*.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 158,159.

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 83-87.

devem ser considerados na aplicação do referido princípio. A segurança jurídica garante a continuidade da ordem jurídica, que não é assegurada simplesmente pela limitação estatal retroativa. Vale destacar a necessidade da hierarquização entre o direito à segurança jurídica e a necessidade de se aplicar os interesses da comunidade.<sup>19</sup>

A segurança jurídica está relacionada com a estabilidade. Os poderes públicos não podem fazer uso da discricionariedade em todo o momento, só sendo permitida quando ocorrerem pressupostos materiais relevantes, também sendo aplicado para a proteção da coisa julgada; e a previsibilidade do princípio da segurança jurídica que consiste na exigência e calculabilidade dos atos normativos pelos cidadãos.<sup>20</sup>

Segundo Dirley da Cunha, as cláusulas pétreas são as limitações materiais previstas de forma expressa pela Constituição. Tornado essas matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial. Essas limitações estão dispostas no Art. 60, § 4º, que estabelece que são cláusulas pétreas: abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. O autor faz uma ressalva quanto ao alcance dessa proteção, todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os coletivos e difusos e os direitos sociais.<sup>21</sup>

Assim, as disposições abarcadas pelo princípio da vedação do retrocesso social integram as cláusulas pétreas, uma vez que estas limitam a atuação do legislador infraconstitucional no que se refere à supressão, a diminuição do núcleo mínimo dos mesmos, podendo ser objeto de alteração quando se deseja aumentar o que por eles está disposto.

Por conseguinte, o direito à saúde é protegido pelo princípio da vedação do retrocesso social, não podendo o legislador diminuir a eficácia jurídica do que a norma dispõe. No que consiste o direito à saúde, é o que trataremos a seguir.

## 1.5 Direito social à saúde

O Art. 196, CF/88 dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 455-457.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Edições Almeida, 2003. p. 264, 265.

<sup>21</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 250, 251.

agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>22</sup>

Portanto, o direito à saúde depende da promoção de políticas públicas, metas e planos estatais que visam uma existência digna, pelo Estado, sendo esta uma prestação positiva, mas também podemos classificá-lo como direito de defesa, uma vez que o Estado não pode causar danos à saúde dos indivíduos. A prestação positiva deve recair sobre todos e respeitar o mínimo existencial sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi a partir da emenda constitucional nº 29 que se fixou um valor mínimo obrigatório que deve ser reservado aos recursos públicos empregados à efetivação do direito fundamental à saúde, quando este valor não é respeitado cabe a intervenção do judiciário.<sup>23</sup>

As prestações relacionadas ao direito à saúde compõem um mínimo e implicam em uma escolha, sendo extremamente difícil para o magistrado negar essa prestação simplesmente por não integrar o chamado mínimo existencial.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado a todos, então como escolher o que pode ou não ser exigido judicialmente no campo do direito à saúde? Para isso, existem dois parâmetros: o primeiro faz uma relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que trará para o maior número de pessoas.<sup>24</sup>

No entanto, o segundo trás uma inclusão prioritária do mínimo existencial das prestações de saúde que todos os indivíduos necessitam, assim como: prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno infantil, ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica.<sup>25</sup>

É inegável que as decisões dos magistrados não são fáceis, pois tratamos do direito à saúde, e quando não há a efetiva prestação desse direito as consequências são bastante sérias. Mas entende-se que algumas decisões dos tribunais superiores não estão cumprindo com o disposto na Constituição de 1988, quando concedem tratamento médico no estrangeiro, medicamentos como o Viagra não respeita o mínimo existencial, tendo como consequência a redução do orçamento que deveria ser destinado a prestações de serviços públicos de saúde com a finalidade de prevenir, evitando assim tantas demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos.

Como dito anteriormente, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, é muito mais complexa que as demais categorias. O Estado possui o dever

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 724, 725.

<sup>24</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 724, 725.

<sup>25</sup> Idem. p. 310-313.



jurídico de efetivar esse direito a partir de uma ação positiva, porém, em alguns casos cabe simplesmente a ação negativa do mesmo. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, devendo ser efetivado mediante a criação, implementação de políticas públicas, econômicas e sociais, pela atuação dos poderes legislativo e executivo, e quando estes se omitem, cabe a busca pela tutela judicial.

## **2.1. Conceito de Políticas Públicas**

São: “programas de ação do Poder Público que irão definir quais áreas e interesses públicos serão priorizados, para, a partir daí, o governo definir os seus planos, metas e ações.”

<sup>26</sup>

Desse modo, entende-se que as políticas públicas são uma forma de o Estado interferir na sociedade (programas de ações), em busca de melhorá-la. Suprindo as lacunas deixadas pelo constituinte originário nas normas jurídicas de eficácia limitada. Porém entende-se que essa intervenção também deve ser feita pela sociedade civil através dos instrumentos jurídicos adequados.

## **2.2. Formulação, execução e avaliação das Políticas Públicas**

As políticas públicas surgem para auxiliar no processo de escolha de quais programas de ação serão implementadas pelo poder público e cabem as instituições políticas e administrativas. Elas passam por um processo longo composto por três fases, tal qual: formulação, execução e avaliação.

A formulação caberia apenas ao Poder Legislativo (atos políticos), uma vez que é o único legitimado (representantes do povo) a definir quais seriam os interesses coletivos que pretendem realizar. Vale ressaltar, o alto grau de discricionariedade que integram esses atos, uma vez que estão interligados ao que a Constituição estabelece. O controle exercido nesta fase é muito pequeno.<sup>27</sup>

Em seguida, a execução das políticas públicas que consiste na escolha das providencias necessárias para atingir a finalidade desejada pelo legislador ao formular uma

---

<sup>26</sup> ACIOLI, Catarine Gonçalves, *O papel da ação civil pública no controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil*. Cadernos de Direito – FAL – Maceió, nº 02:95 – 134 jan/julho. 2006.

<sup>27</sup> Idem Ibidem.

política pública. É uma função administrativa, por esse motivo é caracterizada por um amplo controle judicial dos atos que promovem a execução das políticas públicas.<sup>28</sup>

E por fim, temos a avaliação que consiste na aplicação prática dos projetos das demandas sociais, que foi formulado e executado pela atuação do legislador e administrador. É uma atividade que pode ser realizada pelos três poderes.<sup>29</sup>

Entretanto, essas fases podem ser objeto de controle. Sendo este um assunto de alta complexidade, uma vez que, muitos são os argumentos contrários ao controle feito pelo Poder Judiciário nas políticas públicas.

Tributos, tarifas e inversão de recursos em obras de infra-estrutura, são as formas clássicas de intervenção do Estado na economia, devendo ser investidos na área social. Porém, eles apenas garantem uma máxima eficiência na arrecadação ao Estado, criando assim um ambiente favorável a atuação do Poder Judiciário, qual seja, revisar as atividades dos demais poderes com a finalidade de resguardar a Constituição. Mas esta atuação estaria respeitando as funções dos demais poderes? Qual o papel que o operador do direito deve assumir?<sup>30</sup>

### 2.3 Controle das Políticas Públicas

As políticas públicas são realizadas por atos: políticos ou administrativos. Por atos políticos, quando para sua realização necessitem de liberdade na escolha de suas prioridades administrativas, e por atos administrativos quando as suas escolhas já se transformaram em leis, passada a fase de formulação, não sendo possível a livre atuação do Poder Executivo. O grande problema está no fato de que as políticas públicas são elaboradas, na maioria das vezes, por atos políticos gerando assim o argumento de que não poderiam ser controladas pelo poder judiciário, pois são dotadas de discricionariedade política.<sup>31</sup>

Entende-se que os atos dotados de discricionariedade não sofrem controle judicial quanto ao mérito administrativo, que nada mais é que, o preenchimento dos elementos: motivo e objeto dos atos administrativos, tudo sob a ótica da conveniência e oportunidade da

---

<sup>28</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristina, ESTEVES Júlio César dos Santos, DIAS Marina Tereza Fonseca. *Políticas Públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 112.

<sup>29</sup> Idem Ibidem.

<sup>30</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 137- 140.

<sup>31</sup> ACIOLI, Catarine Gonçalves, *O papel da ação civil pública no controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil*. Cadernos de Direito – FAL – Maceió, nº 02:95 – 134 jan/julho. 2006.

Administração. Todavia, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o mérito administrativo não pode ser controlado, mas a forma com que se chegou a esse mérito sim. Em outras palavras, o Poder Judiciário não pode exercer o controle do mérito administrativo, mas pode exercer o seu controle quanto à correta aplicação da legalidade ampla, os princípios norteadores do ordenamento jurídico. Sendo o que a doutrina chama de “motivos determinantes dos atos administrativos”.

Um dos argumentos utilizados para negar o controle das políticas públicas esta no fato de que a substituição do legislador/administrador pelo magistrado não é legítima, e não estaria de acordo com a democracia representativa, pois os mesmos não foram eleitos para tomarem tais decisões. Outro argumento utilizado é que o judiciário não teria como identificar as prioridades sociais necessitando de informações prestadas pela Administração. A finalidade do judiciário é a revisão dos atos praticados pelos demais poderes, já a da Administração seria a escolha das políticas sociais que deverão ser executadas, não sendo possível a substituição da discricionariedade administrativa pela do juiz. O judiciário é responsável pela fiscalização dos demais poderes.<sup>32</sup>

Portanto, essa substituição seria legítima quando o Judiciário fiscalizar os demais poderes como uma forma de concretizar a sua função mais importante, tornar eficaz os direitos elencados na Constituição, sendo esta uma interferência autorizada pela nova interpretação do princípio da separação dos poderes.

O judiciário pode não ter a técnica necessária para determinar quais as prioridades sociais, mas ao aplicar o princípio da proporcionalidade, ele estaria suprindo essas necessidades. Quanto à discricionariedade, existe uma diferença entre essas duas espécies. A discricionariedade administrativa esta ligada a conveniência e oportunidade da Administração. Já a judicial<sup>33</sup>, alguns autores defendem a tese de que esta não existe, autores como: Eros Roberto Grau e Teresa Wambier. Para eles, ela seria aplicada quando não houvesse norma reguladora do direito tutelado no caso concreto, neste caso o juiz estaria autorizado a se utilizar da discricionariedade judicial para “criar” o direito. Como podemos observar não há nenhuma relação entre a discricionariedade judicial e a administrativa, sendo incompatível a substituição de uma pela outra.

Outro argumento recai no fato de que os direitos sociais serão efetivados por meio de políticas públicas e não por decisões judiciais, cabendo unicamente aos órgãos executores de

---

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 150,151.

<sup>33</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/065/65pessoa.htm>> Acesso em: 22 de julho de 2010.

políticas públicas, sendo esta a vontade do constituinte originário. Ora, a função do poder judiciário não é a de resguardar a Constituição? Se há a omissão dos órgãos executores cabe ao judiciário se utilizar dos meios necessários para efetivar esses direitos. Os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, é o que a doutrina chama de reserva do possível, que será objeto de um estudo mais aprofundado dada a sua importância. Quando o judiciário determina a entrega imediata de medicamentos, este fato implicaria em uma possível desorganização na própria Administração, não podendo assim, prever os custos, deixando de atender as necessidades dos que mais precisam.<sup>34</sup>

Pode-se ver que existem duas correntes: os que acreditam na maior participação do judiciário nas questões que envolvem as políticas públicas, assegurando assim a igualdade material e o fortalecimento da democracia participativa, e uma segunda corrente que defende que esta atuação do judiciário não estaria respeitando o princípio da separação dos poderes.

Essa atuação será legítima quando a decisão estiver fundada na Constituição ou em leis ordinárias, o mesmo ocorrendo quando se faz uma avaliação quanto às decisões dos poderes públicos nas hipóteses de omissão do mesmo. Quando não há leis e atos administrativos implementando a Constituição e sendo devidamente aplicados, o judiciário não deve agir.<sup>35</sup>

## **2.4 Teoria da separação dos poderes e a judicialização de políticas públicas**

O poder político é uno e indivisível, manifesta-se por meio de funções: executiva, legislativa e judiciária. Partindo desse pressuposto, o fenômeno da separação dos poderes nada mais é do que a separação das funções estatais dos diferentes órgãos do Estado.<sup>36</sup>

Locke dividiu os poderes em dois: legislativo e executivo, já Montesquieu dividiu em três: legislativo, executivo e judiciário. As funções legislativas eram a criação e aperfeiçoamento das leis; a função executiva consistia basicamente na resolução das questões internacionais (declaração de guerra, determinação de paz); por fim, a função judiciária, que era a faculdade de punir os crimes e julgar os dissídios de ordem cível.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para atuação judicial*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 891-893.

<sup>35</sup> Idem. p.890, 891.

<sup>36</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 513.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p 138, 139.

A partir das Constituições: mexicana (1917), russa (1918) e da República de Weimar (1919), é dada uma maior importância aos indivíduos, os valores políticos passam do plano individual para o social, tornando necessária uma análise quanto a forma de aplicação do princípio da separação dos poderes. Que até então era rigoroso, extremo e absurdo. Surge a técnica do *checks and balances*.<sup>38</sup>

Essas técnicas são utilizadas até hoje como forma de controle. Proteção para que um Poder não interfira na área de atuação dos demais.

O princípio da separação dos poderes não busca uma separação absoluta entre as funções, e sim uma independência e harmonia entre as distintas funções estatais. A independência entre os órgãos não está na exclusividade no exercício das funções por eles desempenhadas, mas na preponderância de seu desempenho. Cada Poder possui as funções típicas ou predominantes e também possuem funções atípicas que são realizadas subsidiariamente, em alguns momentos essas funções são essenciais a realização das funções típicas.<sup>39</sup>

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes tem a finalidade de equilibrar os Poderes, evitando os arbítrios e as omissões do Estado.

## 2.5 A reserva do possível e as políticas públicas de saúde

A reserva do possível surgiu na doutrina alemã, preceitua que a disponibilidade dos recursos públicos referentes às prestações de direitos materiais se encontraria no âmbito da discricionariedade das opções do poderes públicos.<sup>40</sup>

Portanto a reserva do possível seria um limite a efetivação dos direitos sociais, uma vez que torna discricionária a escolha das áreas em que serão aplicados os recursos públicos. Existem muitas críticas quanto a sua aplicação, uma vez que foi originada em uma sociedade completamente diferente da nossa, sendo muitas vezes utilizada como uma forma de o Poder Público se eximir dos deveres impostos pela Constituição. Sendo imprescindível a observância dos princípios da razoabilidade e o mínimo existencial.

A primeira percepção a ser feita está no fato de que o direito não pode ser estudado de forma isolada, pois sabemos que as necessidades são ilimitadas, mas infelizmente os recursos

---

<sup>38</sup> Idem. p. 141, 147.

<sup>39</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 523- 526.

<sup>40</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 109.

são limitados. A segunda percepção se encontra no simples fato de que os direitos sociais não são os únicos a depender de recursos públicos, os direitos individuais também precisam do dinheiro do Estado. É claro que os custos desses direitos são inferiores aos dos direitos sociais, mas isso não significa dizer que estes não necessitem de gastos.<sup>41</sup>

Compreende-se que é por esse motivo que o legislador, e quando este não obedece aos preceitos constitucionais, o judiciário também passa a realizar as escolhas quanto às áreas que serão objeto de implementação orçamentária. Pois o Estado não teria condições de arcar com a aplicação de recursos a fim de efetivar todos os direitos prestacionais.

A ação do poder público está vinculada a Constituição, e isso também se refere às despesas, devendo estar em conformidade com o que o constituinte originário previu, bem como, previstas no orçamento. Mas como definir com o que se deve gastar o dinheiro público? Ora, os gastos devem estar em conformidade com a Constituição, e qual é a finalidade da Constituição quando tratamos de direitos sociais? O alcance da dignidade da pessoa humana, que é assegurada através do que chamamos de mínimo existencial, que sem os quais desaparecem as possibilidades de existência e liberdade. Se o mínimo existencial não é obtido através das escolhas resultantes da reserva do possível conclui-se que as mesmas devem ser julgadas inconstitucionais, sendo este o objeto prioritário dessas escolhas.<sup>42</sup>

Concluimos que a reserva do possível não pode ser invocada pelo administrador, de forma isolada, como óbice à efetivação dos direitos sociais. Faz-se necessária a relação com o mínimo existencial, que impede a restrição dos serviços necessários para uma vida com dignidade. Quando não são respeitados, cabe a busca pela efetividade junto ao Poder Judiciário.

### **3.1 A atuação do Poder Judiciário e o fornecimento de medicamentos**

As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, ou seja, elas emitem um comando que, ao serem desobedecidos legitima o titular do direito a busca pela sua reparação, seja por mecanismos de tutela individual, seja pela tutela coletiva. Existe um conjunto de prestações de saúde que devem ser disponibilizados pelos poderes por força da Constituição.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 264, 266.

<sup>42</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 266- 275.

<sup>43</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.803.

Entende-se que a função do Judiciário é a de resguardar a Constituição, fazer com que os direitos nela contidos sejam devidamente efetivados, seja porque os Poderes Públicos são omissos ou pela necessidade de implementação das ações dos mesmos.

Os entes da federação possuem competência comum, que é aquela onde todos podem e devem dispor sobre determinadas matérias elencadas na Constituição. Significa dizer que em se tratando de medicamentos, os entes da federação têm competência para fornecer qualquer tipo de medicamento que estejam previstos nas portarias da secretaria de saúde, não sendo prejudicada posterior ação de regresso.<sup>44</sup>

Assim, os entes da federação não podem arguir a ausência de competência quanto ao fornecimento de medicamentos, uma vez que todos possuem. Por meio de atos administrativos essa competência é distribuída com a finalidade de organização e efetivação do fornecimento de medicamentos, mas isso não impossibilita o ingresso de ações contra qualquer um deles.

O judiciário só pode determinar a alteração da lista de medicamentos, de forma excepcional, se a eficácia do mesmo for comprovada, neste caso estão excluídos os remédios experimentais e os alternativos. Sempre que possível, optando por substâncias disponíveis no Brasil. Deverá ser levado em consideração se o uso do medicamento é essencial para a manutenção da vida.<sup>45</sup>

Mas essa atuação não pode ser feita de forma aleatória, é necessária a análise dos critérios supracitados. Lembrando que essas decisões devem buscar a efetivação do direito à saúde sem inviabilizar o funcionamento do Estado.

### **3.1.1 Ações individuais e coletivas**

Nas ações individuais, o judiciário deve atuar com a finalidade de efetivar os medicamentos que constam nas listas elaboradas pelos entes federativos. Entende-se que a elaboração dessas listas foi feita a partir de escolhas técnicas, visando a erradicação de certas doenças que atinge a população. Os recursos necessários para o custeio dos medicamentos são obtidos através dos tributos, por esse motivo os contribuintes devem decidir como esses recursos deverão ser investidos, nesse caso, por meio dos seus representantes eleitos. Os

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para atuação judicial*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p.887-889.

<sup>45</sup> Idem. p. 889-903

recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais e isso implica em escolhas que serão feitas. Investir recursos em um determinado setor implica em deixar de aplicar em outros.<sup>46</sup>

Compreende-se que o poder Judiciário não pode atuar, de forma substitutiva, na escolha desses medicamentos, sendo esta uma decisão dos poderes constituídos através do voto popular. É legítima a atuação do judiciário quando os poderes constituídos não executam as suas funções, podendo, através de decisões judiciais determinar o fornecimento de medicamentos eficazes para a concretização do direito à saúde.

As políticas públicas de saúde terão de atender à saúde básica da população, além de criar alguns parâmetros para a construção de um mínimo existencial. Esse direito não existe apenas aos autores de eventuais demandas judiciais, mas a todos aqueles que se encontram em uma mesma situação.<sup>47</sup>

Já as ações coletivas visam à tutela de direitos difusos ou coletivos cuja decisão produz efeito *erga omnes* (atendendo aos princípios da igualdade e universalidade), ou por ações abstratas de controle de constitucionalidade, que discute a validade da lei orçamentária.<sup>48</sup>

O Poder Executivo, ao elaborar uma política pública em matéria de medicamentos, analisa o orçamento, seu plano é submetido à autorização do Poder Legislativo. Essas ações devem estar de acordo com a necessidade de toda a população, vinculando o administrador às exigências de licitação e transparência durante o processo de escolha dos medicamentos necessários a sua aquisição. Contudo, quando uma tutela judicial é dada em um caso particular esta ordem é quebrada, uma vez que este medicamento é adquirido em caráter de urgência, não sendo sua decisão objeto das exigências citadas, sendo esta uma despesa inesperada, gerando prejuízo a coletividade.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para atuação judicial*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.. p. 897.

<sup>47</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008. p.815,816.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para atuação judicial*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 899.

<sup>49</sup> MORAIS, Mariana Rodrigues Gomes. *Breve análise sobre o direito ao fornecimento de medicamentos: do individual ao coletivo e difuso*. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/teses/IBAPtesesPDF/Breveanalisesobreodireito.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2010.



Mas qual seria a solução para esse problema? Não seria o caso de impedir as ações individuais, e sim discutir esse direito sob a perspectiva do controle coletivo e/ou abstrato, uma vez que as decisões nesse âmbito têm o efeito *erga omnes*, ou seja, atinge a sociedade como um todo. Outro argumento reside no fato de que quando o magistrado julga essas demandas ele tem duas opções: a primeira seria conceder todos os pedidos do autor independente de mínimo existencial ou até mesmo, da reserva do possível, a segunda opção seria o julgamento da demanda de acordo com o que dispõe o conceito de mínimo existencial.<sup>50</sup>

Compreende-se que o mínimo existencial integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, indispensável para a concretude da dignidade da pessoa humana. Será que as ações individuais respeitam esse direito? Uma vez que ao determinar o fornecimento de um medicamento o judiciário estaria obrigando o Executivo a retirar recursos que, em regra, já estariam destinados a outras obrigações, fazendo com que essa decisão individual traga repercussão coletiva. O direito de muitos estaria limitado pelo direito de uma pessoa.

Assim, a melhor forma de efetivar esse direito seria a utilização de ações coletivas, uma vez que sua sentença gera efeito para todos. Além do que, o direito à saúde deve ser isonômico, não se admitindo o atendimento (desarrazoado) individual em detrimento da coletividade.

### **3.2 O princípio da supremacia do interesse público**

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público, por esta razão reproduz as características do regime de direito público, além daquelas que o especificam dentro dele. O regime de direito público é um resultado da caracterização normativa de determinados interesses pertencentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individualidade.<sup>51</sup>

Percebe-se que as atividades administrativas visam o benefício da coletividade, e não o interesse de cada indivíduo, visto em sua individualidade, e sim, o interesse público.

---

<sup>50</sup> Idem. p. 820.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.55.

A caracterização normativa do Direito Administrativo se dá por meio de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.<sup>52</sup>

A supremacia do interesse público é uma característica do regime jurídico administrativo. Consistindo na superioridade do interesse da coletividade sobre o do particular. Gerando duas conseqüências, a saber, posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público, e a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações. O primeiro consiste em privilégios conferidos aos órgãos com a finalidade de proteger os interesses públicos que esses órgãos defendem. A segunda se exterioriza através da verticalidade existente nas relações entre a Administração e os particulares.<sup>53</sup>

### **3.2.1 O princípio da supremacia do interesse público x excesso de judicialização de políticas públicas de saúde**

Os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, necessitam de sua atuação positiva, prestações materiais, onde há a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. E isso ocorre por meio de leis, atos administrativos, através da criação, execução e avaliação das políticas públicas que tornam efetivos os direitos fundamentais.<sup>54</sup>

É sabido que o judiciário ou qualquer dos poderes não deve intervir na esfera de atuação do outro, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes. Mas, é bem verdade que quando um desses órgãos está violando algum direito constitucional, essa interferência se torna legítima.<sup>55</sup>

Portanto, os direitos de defesa só podem ser eficazes quando protegem condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização pelo Estado. Condições estas que devem estar previstas nas leis, atos administrativos, bem como, pela criação, execução e avaliação das políticas públicas. Que correspondem às diretrizes, estratégias, ações que constituem metas em resposta às necessidades da coletividade.

A interpretação dos direitos sociais deve ser feita de forma a considerar todo o sistema jurídico. Devendo ser repensada as decisões que importam teorias advindas de países de

---

<sup>52</sup> Idem Ibidem.

<sup>53</sup> Idem. p. 70-73.

<sup>54</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 21, 22.

<sup>55</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 266-268.

primeiro mundo, que não possuem uma realidade cultural, histórica e socioeconômica como a nossa. A reserva do possível determina que os direitos subjetivos que necessitam de prestação material do Estado estão sujeitos à disponibilidade de recursos. Estando estes no âmbito discricionário das decisões dos governantes.<sup>56</sup>

Alguns autores, tais como: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco, argumentam que a competência para dispor sobre políticas públicas sociais estaria nas mãos daqueles que foram escolhidos pelo voto popular, e não de juízes. A constituição determina que o direito à saúde deva ser prestado a todos, sem distinção, e se os recursos forem insuficientes, deve-se retirá-los de outras áreas que não estejam ligadas aos direitos mais essenciais ao homem. Um relativismo nessa área pode levar a ponderações perigosas no sentido de não fornecer medicamentos a indivíduos acometidos de doenças incuráveis ou terminais.<sup>57</sup>

Compreende-se que o posicionamento supracitado não estaria em conformidade com o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que diante de uma decisão judicial o Poder Executivo teria de retirar recursos destinados a outras áreas, deixando desprotegidos os direitos de tantos outros em detrimento de uma pessoa. É sabido que a finalidade da função jurisdicional é a prevalência da Constituição, e que esta tem por objeto o alcance da dignidade da pessoa humana, que está intimamente ligada ao mínimo existencial. Ora, como poderíamos afirmar que a retirada de recursos de determinada área para preencher a lacuna de outra seria uma forma de garantir qualquer um desses direitos?

Existem doutrinadores, como Celso Campilongo, que defendem a atuação permanente do judiciário na função de reavaliar as decisões proferidas pelos demais poderes. Todavia, muitos juristas recusam essa idéia se utilizando de argumentos como: ausência de legitimidade democrática e aptidão funcional para a distribuição dos recursos públicos.<sup>58</sup>

O Judiciário não fica encarregado de criar políticas públicas, mas tem o dever de impor a execução daquelas já previstas em lei.<sup>59</sup> Não sendo legítima a atuação desarrazoada, no sentido de que estes não possuem o aparato técnico, nem a legitimidade para decidir o que deve ou não ser retirado dos cofres públicos a fim de conceder liminarmente ou em caráter definitivo prestações fora do que instituiu-se nas portarias do Ministério da Saúde, causando um desequilíbrio nas, já deficientes, prestações dos Poderes Públicos. Devendo o judiciário atuar em busca da efetivação da Constituição (controle de políticas públicas), de forma

---

<sup>56</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.p 51,52.

<sup>57</sup> Idem. p. 52, 53.

<sup>58</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.p 93-95.

<sup>59</sup> Idem. p. 97.

razoável, isso quer dizer, em conformidade com as necessidades reais dos indivíduos, buscando atender o direito ao mínimo existencial e respeitando o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que estes não se contrapõem aos interesses individuais.

## CONCLUSÃO

Uma solução para este problema seria a informação, a população precisa conhecer os direitos que possuem. Muitos são os processos que versão sobre o fornecimento de medicamentos, mas grande parte da população não conhece este direito. Ora, sabemos que saúde é um direito de todos, sendo dever do Estado efetivá-los, mas infelizmente, essa não é a nossa realidade, os recursos são escassos, cabendo ao administrador e em alguns casos, ao magistrado, a escolha da melhor forma para aplicar esses recursos.

O controle de políticas públicas deve ser feito pelo poder judiciário, quando este busca pela correta aplicação dos preceitos contidos na Constituição. O Poder Executivo tenta protelar ao máximo o cumprimento das obrigações impostas em decisões judiciais, contudo o Judiciário se utiliza de meios para coagir o mesmo a realizar as decisões por meio de aplicação de multa diária. Porém, muitas dessas multas não são meios de coação, mas verdadeiros obstáculos para o funcionamento da máquina estatal, desestruturando os cofres públicos, e dessa forma impedindo a efetivação dos direitos sociais.

Assim, a atuação do Judiciário deve ser equilibrada, respeitando o princípio da proporcionalidade, razoabilidade, reservado possível, o direito ao mínimo existencial, o princípio da separação dos poderes e o princípio da supremacia do interesse público. Garantindo que os indivíduos que necessitem das prestações estatais tenham seus direitos efetivados. Determinando o fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da vida, estando previstos ou não na lista de medicamentos fornecidos pelos entes federativos, bem como alterar o medicamento, quando esta possibilidade não trouxer prejuízos à saúde.

## REFERÊNCIAS

- ACIOLI, Catarine Gonçalves. *O papel da ação civil pública no controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil*. Cadernos de Direito – FAL – Maceió, nº 02:95 – 134 jan/julho. 2006.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- \_\_\_\_\_. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 6: 1-67, setembro. 2001.
- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para atuação judicial. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Edições Almeida, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*. In: FORTINI, Cristina, ESTEVES Júlio César dos Santos, DIAS Marina Tereza Fonseca. *Políticas Públicas possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

IVO DE SOUZA, Pedro; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas*. Disponível em:  
<[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro\\_ivo\\_de\\_sousa.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf)>.  
Acessado em: 20 de julho de 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAIS, Mariana Rodrigues Gomes. *Breve análise sobre o direito ao fornecimento de medicamentos: do individual ao coletivo e difuso*. Disponível em:  
<<http://www.pge.ac.gov.br/site/arquivos/bibliotecavirtual/teses/IBAPtesesPDF/Breveanalisesobreodireito.pdf>>. Acesso em 15/01/2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes, *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.  
PASSOS, Cleyton Mendes. *Distribuição de competências constitucionais*. Disponível em:  
<<http://jusvi.com/artigos/25438>>. Acesso em 26/07/10

PEREIRA NETO Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/065/65pessoa.htm>> Acesso em: 22 de julho de 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.