

**FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO PODER
PÚBLICO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL?**

**FREE SUPPLY OF MEDICINES BY THE GOVERNMENT:
POSSIBILITY OF JUDICIAL REVIEW?**

ROBERTA FARIAS CYRINO

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Farias Brito – FFB. Bolsista da CAPES. Professora do Curso de Direito da UNIFOR. Servidora Pública Federal.

ROSENDO FREITAS DE AMORIM

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito fundamental à saúde, direito este reconhecido, pela Constituição brasileira de 1988, como direito social. Objetiva analisar a discricionariedade administrativa quanto ao fornecimento ou não de medicamentos a um indivíduo ou a uma coletividade que dele necessite. Analisar-se-á também a discricionariedade do Administrador Público, averiguando até que ponto há possibilidade de controle judicial, tudo tendo por base o Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Pretende-se, pois, para tanto, proceder a uma análise do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial do tema, a fim de entender pela (des) proporcionalidade de políticas públicas no âmbito da saúde que restringem o fornecimento de certos medicamentos, fundamentando tal fato na teoria da reserva do possível e na condição financeira da pessoa necessitada. Também busca-se focar o tema sob a perspectiva do ativismo judicial, tema recorrente nos dias atuais, inclusive estabelecendo sugestões a serem adotadas pelo Poder Judiciário quando estiver diante da situação estudada. Para a elaboração deste trabalho, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa do tipo bibliográfica, pura e qualitativa. É possível concluir que, atualmente, há uma tendência a se encarar o ativismo judicial como sendo algo negativo, por ferir o Princípio da Separação dos Poderes, vez que o Judiciário passa a ter uma postura mais ativa, invadindo, muitas vezes, o espaço pertencente à discricionariedade da Administração Pública. Todavia, entende-se que o ativismo judicial apresenta um viés positivo, quando busca, por meio da equidade e da ponderação de bens em caso de colisão de direitos, dar efetividade e razoabilidade na aplicação da prevalência de um direito sobre outro.

PALAVRAS-CHAVE: Fornecimento de medicamentos; Direito à saúde; Discricionariedade da Administração Pública; Reserva do possível; Mínimo existencial; Ativismo judicial.

ABSTRACT

This paper deals with the fundamental right to health, a right recognized by the Brazilian Constitution of 1988, as a social right. Aims to analyze the administrative discretion as to the supply of medicines or not an individual or a community that needs it. It will also analyze the discretion of the Public Administrator, ascertaining

the extent to which there is possibility of judicial control, all based on the Principle of Human Dignity, a guiding principle of the democratic State of Brazilian law. It is intended, therefore, to this end, undertake an analysis of the doctrinal and jurisprudential point of view of the subject in order to understand the (dis) proportionality of public policy in health that restrict the supply of certain drugs, stating this fact the theory of reserve for contingencies and financial condition of the person in need. It also seeks to address the issue from the perspective of judicial activism, a recurring theme these days, including establishing suggestions to be adopted by the judiciary when faced with the situation studied. For the preparation of this work, the assumptions were investigated by searching bibliographical, pure and qualitative type. It was concluded that currently there is a tendency to face the judicial activism as something negative for violating the Principle of Separation of Powers, since the judiciary shall be a more active stance, invading often the space belonging the discretion of the Public Administration. However, it is understood that judicial activism has a positive bias when looking through equity and weighting of assets in case of collision of rights, giving effectiveness and reasonableness in applying the prevalence of a right over another.

KEYWORDS: Drug supply; Right to health; Discretion of the Public Administration; Reservation possible; Existential minimum; Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Alguns paradigmas do Direito Administrativo brasileiro precisaram ser repensados, devido ao fenômeno que ficou conhecido como *constitucionalização do direito administrativo*, principalmente com o advento do Estado Democrático de

Direito Brasileiro e do Constitucionalismo Contemporâneo, colocando a Constituição como norma suprema e central do ordenamento jurídico.

No presente trabalho, inicialmente, teceu-se comentários acerca do direito fundamental à saúde na Constituição brasileira de 1988, inserindo o direito à saúde como direito social fundamental no atual contexto do Estado democrático de direito brasileiro, à luz da dignidade da pessoa humana.

Ademais, procurou-se, neste contexto, focar a atenção no estudo da efetivação deste direito, abordando criticamente aspectos como: hipossuficiência da parte, mínimo existencial e reserva do possível. Em seguida, procedeu-se uma análise jurisprudencial do direito à saúde, a fim de se verificar a atuação do Judiciário frente a recusa do administrador público em concretizar o direito à saúde dos cidadãos.

Em seguida, adentrou-se no tema de forma mais específica, abordando a questão do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, procurando identificar se há discricionariedade administrativa em fornecer ou não um medicamento ou se há possibilidade de controle judicial na interpretação e aplicação das normas.

Por fim, procurou-se analisar a exigibilidade dos direitos sociais fundamentais frente às críticas em torno do Poder Judiciário quanto à questão da judicialização das políticas públicas ou do ativismo judicial, a fim de se verificar se tais críticas têm cabimento, quando vislumbradas no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, fundamentado na dignidade da pessoa humana.

A pertinência do tema em questão vem se revelando cada dia mais intensa, tendo em vista uma postura mais ativa assumida pelo Poder Judiciário, a fim de solucionar casos mediante a utilização de técnicas como a da ponderação de bens ou da proporcionalidade, na busca de uma resposta que melhor se encaixe no modelo proposto pela Constituição Federal de 1988, visando à adequação de seus valores supremos.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 afirma que o Brasil é uma república federativa, constituída em Estado Democrático de Direito e que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3º da Lei Maior, são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminações de qualquer espécie.

Por sua vez, o artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 aponta, dentre alguns direitos sociais, o direito à saúde. Desta forma, cumpre ressaltar, por oportuno, a posição sistêmica deste artigo no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais -, sendo possível chegar à conclusão de que os direitos sociais se inserem também na regra disciplinada no §1º do artigo 5º daquele diploma, restando, portanto, válida a afirmação de que as normas definidoras dos direitos sociais têm aplicação imediata.

É nesse contexto, segundo afirma Lopes (2009), que se insere a necessidade do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, a fim de que se possa garantir uma proteção muito mais rigorosa a respeito do seu cumprimento.

Da análise conjunta dos três artigos supracitados, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito Brasileiro, tendo por fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve, por meio de um planejamento eficaz, promover os direitos sociais através da formulação de políticas públicas, na consecução dos seus objetivos fundamentais, garantindo, pois, o bem-estar da população brasileira.

O direito fundamental à saúde, objeto de análise deste trabalho, está previsto no artigo 196 da Constituição de 1988, o qual preleciona ser a saúde “direito de todos e dever do Estado”, devendo ser prestado mediante políticas públicas sociais e econômicas, tendentes a sua efetivação como direito social fundamental que é, de modo a garantir uma existência digna, nos moldes da justiça social, objetivo, pois, também da ordem econômica, expresso nos artigos 170 e 174, da Lei Maior.

Por sua vez, o §2º do artigo 198 da Constituição Federal impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a aplicação anual de recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais sobre a arrecadação de impostos para as ações e serviços públicos de saúde. Com efeito, coube à Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012 a regulamentação deste dispositivo, estabelecendo os percentuais mínimos a serem aplicados no âmbito de cada entidade política. Por sua vez, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, informa em seu artigo 4º que tais ações e serviços de saúde devem ser prestados de forma simultânea por todos os entes políticos.

O estudo da concretização dos direitos sociais como um todo, e em especial o da saúde, necessariamente, deve perpassar por uma análise séria e detida das finanças públicas, com o intuito de decidir e escolher, corretamente, como aplicar os recursos arrecadados em prol da coletividade. Esta análise deve ser feita pelo administrador para haver uma otimização na implementação de políticas públicas por ele idealizadas.

2. DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE QUANTO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

A hodierna pertinência para efetivação de políticas públicas de saúde voltadas ao fornecimento de medicamentos específicos está delineada de acordo com a

Política Nacional de Medicamento, regulamentada pela Portaria nº 3.916/98, no tocante ao disposto no item 3.3 Reorientação da assistência farmacêutica, verificando-se que:

O processo de descentralização, no entanto, não exime os gestores federal e estadual da responsabilidade relativa à aquisição e distribuição de medicamentos em situações especiais. Essa decisão, adotada por ocasião das programações anuais, deverá ser precedida da análise de critérios técnicos e administrativos. Inicialmente, a definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, a saber: a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores; b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados; c) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

A análise desse dispositivo demonstra a preocupação constante em torno do fornecimento de medicamentos, os quais devem ser custeados pela Administração Pública, considerando-se três vertentes: doenças que atingem toda uma coletividade; doenças de caráter individual, mas que necessitam de tratamento a longo prazo ou de forma permanente e que requeiram o uso de medicamentos de custo elevado e doenças que envolvem o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

É neste sentido que se indaga acerca da possibilidade de haver discricionariedade administrativa quando se está diante dos três pressupostos narrados e que, por si só, conseguem envolver um grande número de situações de necessidade de medicamentos específicos voltados para a promoção ou recuperação da saúde das pessoas envolvidas.

Nesta mesma linha de intelecção, foi aprovada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, através da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, a qual prevê em seu artigo 1º alguns princípios basilares, dentre os quais, destaca-se:

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

Percebe-se, pois, da leitura destes dispositivos, que a discricionariedade administrativa fica em muito reduzida, vez que, em havendo uma comprovação suficiente do quadro clínico do paciente, atestando o seu estado de saúde debilitado, deve haver o fornecimento do medicamento adequado ao seu tratamento, visando a obtenção de resultados concretos e de melhoria da sua qualidade de vida.

Ainda no que tange à Resolução nº 338, vale ressaltar também o disposto no seu artigo 2º, inciso VII, o qual especifica as estratégias a serem adotadas pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Veja-se:

Art. 2º A Política Nacional de Assistência Farmacêutica deve englobar os seguintes eixos estratégicos:

VII - utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica;

Nota-se, da leitura deste dispositivo, que a RENAME deve ser utilizada como um instrumento estratégico, a fim de racionalizar as ações voltadas para a assistência farmacêutica. Todavia, na prática, a Administração Pública se utiliza da mesma, a fim de limitar o acesso a alguns medicamentos, muitas vezes inviabilizando-o, tornando-se necessária a intervenção do Judiciário para tanto, como será aprofundado a seguir.

Tendo em vista estes aspectos, a discussão a ser levantada diz respeito à restrição imposta por vezes pelo Administrador Público ao fornecimento de medicamentos de forma limitada à condição financeira da parte necessitada de um medicamento e à previsão do medicamento na RENAME, baseando tal atitude na tese da reserva do possível. Neste sentido, convém analisar se tais limitações seriam constitucionais, se atendem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro. Essa é uma questão de relevantes contornos doutrinários e jurisprudenciais.

2.1 ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DA HIPOSSUFICIÊNCIA, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

O fornecimento de medicamentos a pessoas necessitadas merece ainda ser analisado sob prismas dicotômicos: um com o enfoque na teoria da reserva do possível e o outro com o olhar voltado para a teoria do mínimo existencial e para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Após, deve-se questionar a possibilidade de resolução dos problemas enfrentados, mediante a ponderação dos valores ou direitos envolvidos, com base nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade na conjuntura do Estado Democrático de Direito Brasileiro, nos termos delineados por Alexy (2008).

Quanto à limitação de ordem financeira, este é o argumento de Sarlet (2009, p.326):

De outra parte, (...) não se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais como educação, moradia, etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. (...). Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade.

Para este autor, dizer que o acesso à saúde é universal e igualitário é diferente de se afirmar que o acesso à saúde seja gratuito. Embora nessa passagem o autor não aborde especificamente a questão objeto deste estudo (fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público), entende-se que o raciocínio também possa ser utilizado neste trabalho, levando-se em consideração o direito à saúde como um todo, devendo-se ter como parâmetro a "efetiva necessidade", a qual encontra-se permeada de um caráter subjetivo, como será demonstrado a seguir. Entende-se que, para tanto, deva ser com base no Princípio da Proporcionalidade, nos moldes elaborado por Alexy (2008) que essa questão deve ser analisada, ao se ter a escassez de recursos de um lado (possibilidade) e a urgência do outro (necessidade). Só então na tentativa de equilibrar esse binômio, é que se pode chegar a um consenso.

Desta forma, vê-se que a limitação da necessidade do enquadramento em baixa renda imposta pelo Administrador Público quando do fornecimento de dado medicamento, muitas vezes, não se enquadraria como razoável, visto que se restringe demasiadamente o universo da necessidade, devendo, pois, ser aferido, de forma ponderada, no âmbito judicial, de modo a se ter por resguardado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De forma semelhante, entende-se que não só a hipossuficiência merece ser comprovada de forma efetiva, como também a escassez de recursos públicos, devendo tal análise ser realizada, simultaneamente, com a teoria do mínimo existencial, a fim de se verificar qual direito deva prevalecer diante de determinado caso concreto.

Sobre a conceituação de mínimo existencial e sobre a detida consideração que se deve fazer a seu respeito, afirma Clève (2006, p.38) que a Constituição Federal de 1988 ao prever direitos sociais, estabelecer os princípios da dignidade humana e da socialidade, traça o entendimento de que o mínimo existencial consiste em dever estatal a ser cumprido, sendo de responsabilidade dos poderes públicos.

O autor trabalha ainda o conceito de mínimo existencial como sendo “mínimo necessário e indispensável” e “mínimo último”, identificando uma obrigação mínima do poder público, no sentido de evitar a perda da dignidade do ser humano, de “sua condição de humanidade”. Para tanto, elenca algumas possibilidades em que esta situação possa ocorrer: falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência.

De acordo com tal entendimento, é defensável que a necessidade, circunscrita no campo do mínimo existencial, deve ser analisada juntamente à possibilidade econômica argüida pelos Entes Públicos, de modo que o Poder Judiciário deva proceder de acordo com a razoabilidade, valendo-se, muitas vezes, da técnica da ponderação de bens.

É neste sentido que, em tema de reserva do possível, seguindo esta linha de raciocínio, Clève (2006, p.38-39) informa que o Juiz deve ser cauteloso ao ponderar direitos, bens e princípios em questão, analisando a escassez de recursos públicos (a reserva do possível), juntamente à efetivação dos direitos sociais, considerando-se, para tanto, o mínimo existencial, na perspectiva do Estado democrático de direito. Com suas palavras: “a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Deste modo, assim como a hipossuficiência alegada pela parte perante o Judiciário deve ser demonstrada à luz do que reclama o princípio da subsidiariedade dos direitos sociais, também se faz necessária uma análise aprofundada da reserva do possível, não se entendendo aceitável a sua simples alegação, desprovida de qualquer demonstração concreta acerca das finanças públicas e da alocação devida dos recursos públicos.

Cumprir informar entendimento doutrinário que afasta o mínimo existencial da ótica da reserva do possível. Neste sentido, Torres (2008) afirma que o desfrute do

mínimo existencial independe de orçamento e de políticas públicas, pois sua proteção não encontra guarida sob a reserva do possível.

Barcellos (2006) afirma que o grande desafio à efetivação dos direitos sociais fundamentais se concentra na questão do orçamento. É também nesta ótica que Scaff (2008, p.171) aduz que “os recursos são escassos e as necessidades infinitas”, todavia, em seu caso, criticando a atuação do Judiciário em relação às chamadas “sentenças aditivas”.

Neste sentido, Barcellos (2006) enfrentou a problemática da escassez de recursos na seara da saúde e da educação, traçando algumas formas de solução quando da apreciação dos conflitos por parte do Poder Judiciário. Elaborou, então, três alternativas para tanto, a fim de que não haja violação ao Princípio da Separação dos Poderes e de que a reserva do possível não seja considerada como um obstáculo absoluto, intransponível. São elas: o estudo da prioridade estabelecida pela Constituição Federal de 1988 para os direitos sociais; a verificação da efetividade da atuação estatal quando da implementação de políticas públicas e o estabelecimento de um controle que envolva tal concretização das políticas públicas.

O que se observa em muitos casos concretos é que não há que se criticar a postura do Judiciário em suas decisões, por estar indo de encontro à discricionariedade administrativa (neste caso, entendida como a margem de liberdade absoluta decisória do administrador público) ou violando o Princípio da Separação de Poderes, mas, antes disto, entender pela sua postura baseada na equidade e na ponderação de bens. Defende-se que não merece guarida a simples alegação de que não há recursos suficientes para cumprir com a obrigação constitucional referente ao direito à saúde, mais especificamente, ao fornecimento de medicamentos. Isto porque deve ser feito um estudo minucioso acerca do orçamento público e do que efetivamente o poder público tem realizado em termos de políticas públicas, principalmente, tendo em vista que o direito de saúde deve ser permanente até que não haja mais a sua necessidade.

2.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À SAÚDE

No plano jurisprudencial, quando se trata de violação ao direito à saúde ou de omissões à sua efetivação, há entendimentos os mais diversos: ora defendendo a natureza meramente programática deste direito¹, ora se aplicando o Princípio da Separação dos Poderes, ora se valendo da teoria da reserva do possível, ora impondo a prestação do direito fundamental ao Administrador Público, com base no mínimo existencial. No caso específico do direito à saúde em comento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou, mais recentemente, acerca da não visualização da reserva do possível de forma absoluta, vez que viola a dignidade da pessoa humana.²

A questão aqui estudada também já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerou válida a aplicação da teoria do mínimo existencial como forma de restrição ao emprego ilimitado da teoria da reserva do possível, entendendo, portanto, que é possível a interferência do Poder Judiciário quando da implementação de políticas públicas.³

¹Neste sentido, faz-se relevante a leitura do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: ROMS nº 6564/RS, DJU 17.06.1996. Em sentido contrário, merece destaque a decisão inserida no ROMS 11183/PR, DJU 04/09/2000, nos seguintes termos: "(...) Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. (...)”

²Tal entendimento está estampado no REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe08/03/2012 e merece leitura.

³ A esse respeito, veja-se: ADPF 45 MC/DF relator: Min. Celso Mello, DJe 04/05/2004. 329

Referente ao dever de fornecimento de medicamento pelo Poder Público, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, exemplificativamente, posiciona-se também pela aplicação da dignidade da pessoa humana em vários de seus julgados.⁴

Cumprе assinalar, portanto e de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará e dos Tribunais Superiores, uma possível solução ao problema aqui enfrentado, tendo por base a teoria de Robert Alexy, a qual prevê a ideia do sopesamento quando houver uma colisão entre dois princípios, visto que estes são “mandamentos de otimização”. Nesse contexto é que se insere o Princípio da Proporcionalidade, vislumbrando-se a possibilidade de, ao colocar na balança os princípios e valores envolvidos, verificar a solução a ser tomada pelo Poder Judiciário quando da análise do fornecimento gratuito de medicamentos, questionando se a escassez de recursos alegada pela Administração Pública deve prevalecer frente a suposta necessidade do jurisdicionado.

3. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL?

Diante de toda a análise doutrinária e jurisprudencial realizada, cumprе distinguir as situações que se encontram no âmbito da discricionariedade administrativa daquelas que se adéquam ao ativismo judicial quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais.

⁴Nesta linha de raciocínio, há importantes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: TJ-CE, Tribunal Pleno, Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Mandado de Segurança nº 2008.0029.5175-0/0TJ/Ce, Agravo Regimental nº 30683-66.2009.8.06.0000/1, Tribunal Pleno, Relatora: Maria Iracema Martins do Vale, Data de registro: 23/03/2011; TJ/Ce, Apelação/ReexameNecessário nº 57182-55.2007.8.06.0001/1, 2ª Câmara Cível, Relator: Francisco Auricélio Pontes, Data de registro: 22/03/2011.

3.1 PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO E NA APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?

Entre os autores, é comum se fazer uma distinção entre a hermenêutica, a interpretação e a aplicação do direito. Neste sentido, Ráo (1999, p.456) aduz que o papel da hermenêutica consiste em:

investigar e coordenar, por meio sistemático, os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do Direito, para efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procurando realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos, nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

Embora diante desta distinção entre as três categorias, Raó informa que as mesmas não devem ser consideradas categorias estanques, inteiramente diferentes, mas, sobretudo, que entre elas existe uma “unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o Direito Teórico, Normativo ou Aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência. ”

A partir destas considerações, pode-se afirmar ser a hermenêutica uma ciência que procura estudar um conjunto de métodos de interpretação. A hermenêutica jurídica será, pois, o estudo de métodos de interpretação, voltados à aplicação do Direito. Sendo assim, a mesma nos fornece os métodos de interpretação aptos para a devida aplicação do Direito no caso concreto, podendo-se concluir que a mesma é utilizada na interpretação e na aplicação, não devendo, pois, ser confundida com estas, mas estando intrinsecamente relacionada às mesmas.

A importância de um estudo diferenciado da hermenêutica jurídica é demonstrada pelas seguintes palavras de Müller (2005, p.37):

(...) a práxis jurídica não está obrigada à reflexão hermenêutica e metódica explícita, mas seguramente à busca de uma metódica que permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão; de uma decisão que deve ser apurada a partir da mediação metodicamente diferenciada de ambos componentes por meio da concretização da 'pertinente' norma jurídica enquanto 'norma de decisão'.

Müller (2005, p.47) também faz alusão à necessidade de concretização da norma, devendo-se apoiar numa interpretação literal da norma, mas não somente nesta, conforme se pode denotar da seguinte passagem:

A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente das práxis efetivas. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da 'pré-compreensão' da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in totum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista.

Em outro trecho igualmente importante, Müller (2005, p.53) ressalta que “no Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima dos seus resultados e dos seus modos de fundamentação”. É também neste sentido que o autor demonstra a necessidade de se “desenvolver um método próprio do direito constitucional, independente da metódica da história do direito, da metódica da teoria do direito, da metódica do Direito Civil e do Direito Penal” (MÜLLER, 2005, p.55-56). É neste sentido que constrói a denominada “metódica estruturante”, pensada e voltada para o direito constitucional. Deste modo, conclui que tal metódica “só poderá fundamentar-se na análise de técnicas práticas

de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição. ” (MÜLLER, 2005, p.58).

Como elementos metodológicos *strictiore sensu* da concretização da norma, Müller cita os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, identificados como regras tradicionais da interpretação.

No que diz respeito à interpretação gramatical, destaca Müller (2005, p.64-65) que a mesma

Opera onde os textos de normas constitucionais limitam a extensão da concretização juridicamente admissível. (...) Decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito. Isso é tanto mais importante, quanto mais cada norma deve ser elaborada na sua normatividade concreta apenas no caso jurídico fictício ou atual. Com isso o manuseio da interpretação gramatical da constituição se torna uma questão delicada. A interpretação gramatical quase nunca tem serventia como um ‘método’ que poderia gerar resultados evidentes. Por depender da explicitação e valoração do sentido linguístico, só pode ser limitadamente objetiva. (...)

Quanto à interpretação genética e histórica, Müller entende que “podem ajudar a precisar em termos de conteúdo as possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal. ” (MÜLLER, 2005, p.66-67). Quanto à interpretação sistemática dos direitos fundamentais, o autor aduz que as normas dos direitos fundamentais não devem ser interpretadas com base nas legislações infraconstitucionais, mas exatamente o contrário: em caso de conflito, as normas infraconstitucionais é que devem ser aferidas com base na análise das normas dos direitos fundamentais. E conclui que: “Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias. ” (MÜLLER, 2005, p.68)

Por fim, no que tange à interpretação teleológica, Müller (2005, p.68-69) informa que: “não é um elemento autônomo da concretização, já que pontos de vista

de ‘sentido e finalidade’ da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentalidade com ajuda dos outros elementos. ” Desta forma, para o autor, a interpretação teleológica não pode ser aplicada de forma isolada, mas em conjunto com os demais métodos de interpretação.

Tais explicações ganham espaço em função da superioridade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, devendo-se analisar a aplicação ou não de determinada norma infraconstitucional a partir do texto constitucional, e não o contrário, muito embora tal aferição ao inverso venha ocorrendo com bastante frequência nas jurisprudências brasileiras, em que os juízes, diversas vezes, procuram justificar suas decisões, primeiramente, com base em normas infraconstitucionais, para só então, se for o caso, verificar as normas constitucionais, deixando, com isso, de aplicá-las.

Com essa explanação, verifica-se que a hermenêutica jurídica constitucional, através do uso de métodos interpretativos próprios, permite chegar a um resultado prático que consubstancie os valores derivados da Constituição, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, tornando, pois, a atuação jurisdicional um tanto limitada e um tanto discricionária.

Desta feita, forçoso seria afirmar que o Juiz, quando da aplicação do direito, tem total discricionariedade na sua atividade jurisdicional. Isto porque, no cumprimento de suas funções, encontra limites estabelecidos pela hermenêutica jurídica e pelos métodos interpretativos, além, sobretudo, de limites constantes da aplicação dos princípios jurídicos constitucionais e do Princípio da Separação dos Poderes.

Acerca desta atuação do intérprete, nos dizeres de Ávila (2007, p.32), tem-se que:

A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. (...) o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos - , já que a linguagem

nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso. (...) a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.

Ávila (2007, p.33-34) adverte ainda que “o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido”. Todavia, afirma que existem expressões que, mesmo possuindo significações indeterminadas, “possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam”. Neste sentido, conclui, portanto, que:

Interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

No mesmo sentido aqui defendido, conclui Ávila (2007, p.34): “o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado.” E informa que, muitas vezes, a pretexto de concretizar o texto constitucional, o Judiciário menospreza seus sentidos mínimos, razão pela qual a doutrina vem criticando algumas de suas decisões, em especial, algumas proferidas pelo Supremo Tribunal Constitucional.

É nesta mesma linha de inteligência que se entende que o papel do magistrado consiste em uma “atividade de reconstrução”, devendo o mesmo “interpretar as normas constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”, não estando, pois, “livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem” (ÁVILA, 2007, p.34-35).

Deste modo, não se nega a existência de uma certa discricionariedade judicial, entretanto, a preocupação deve ser no sentido de se tentar ao máximo minorá-la. Novais (2010, p.695) traz uma solução para tanto:

Assim, mais importante que discutir se os tribunais podem proceder a ponderações – já que elas são inevitáveis – é considerar a forma como essas ponderações se devem processar num quadro de necessária garantia de previsibilidade, estabilidade e igualdade, precisando os critérios que devem orientar os juízes na seleção e valoração dos factores relevantes e estruturando, mesmo se implicitamente, os vários *tests* aplicáveis aos diferentes tipos de casos como forma de limitar, enquadrar e reduzir a discricionariedade judicial nos procedimentos de ponderação e aplicação de regras gerais.

Novais trabalha com a ideia da ponderação de bens como uma possível ferramenta a ser utilizada na colisão de direitos. Desta forma, explica (NOVAIS, 2010, p.702):

Ainda que a importação dos métodos de análise económica fosse adequada, tudo o que esses métodos puderam produzir, na versão mais optimista e sofisticada de ALEXY tomada da jurisprudência do Tribunal constitucional, foi a construção da chamada *lei da ponderação*, segundo a qual, como vimos, quanto mais elevado for o grau de não realização ou de afectação de um princípio, maior precisa de ser a importância da realização do princípio oposto.

Ainda sobre a *lei de ponderação*, Novais (2010, p.703) pontua que ela: “não pode fornecer, nunca, é qualquer indicação vinculante e pré-determinadora de um resultado concreto para uma solução de colisão de bens”.

Novais (2010, p.722) trabalha ainda com a ponderação aplicada aos chamados ‘casos difíceis’, informando que nestes casos ao julgador, algumas vezes, não resta outra saída, a não ser decidir de acordo com o seu sentimento de justiça, senão vejamos:

Nos casos difíceis, não previamente decididos pela Constituição há sempre, como dissemos, uma margem irreduzível, e frequentemente determinante, da decisão de prevalência entre bens que depende do julgador. Ele decide essencialmente de acordo com o seu sentido normativo de justiça, com a sua ideia de Direito e, sendo certo que, em Estado constitucional, estas instâncias se devem deixar impregnar do espírito, valores e escolhas plasmados na Constituição, há sempre, aí, uma componente ineliminável de decisionismo e intuicionismo. De facto, como refere Zippelius, legislador, Administração e juiz devem pautar as suas decisões valorativas, não pelas opiniões pessoais, mas pelas orientações que colhem nas normas constitucionais e/ou legislativas, designadamente nas normas de direitos fundamentais, na medida em que estas são a expressão privilegiada, qualificada e normativamente vinculante do *ethos* jurídico dominante da comunidade; porém, dada a dificuldade de apreensão desse *ethos*, ao julgador não resta frequentemente outra via que não seja a de decidir de acordo com o seu sentimento subjectivo de justiça.

Nesta mesma linha de abordagem, Pereira (2006, p.74) expressa seu posicionamento acerca da existência de limites ao poder de interpretação judicial, mesmo se estando diante dos denominados “casos difíceis”, que, por si só, não excluem a possibilidade de utilização da técnica da ponderação. Veja-se:

De acordo com a perspectiva adotada no presente estudo, a noção de que o texto se constitui em limite ao poder de interpretação judicial não exclui a impossibilidade de, em certos casos difíceis, recorrer a valores substantivos, nem tampouco exclui a técnica da ponderação como ferramenta metodológica racional para a solução de problemas que envolvem a limitação de direitos fundamentais. Nesse sentido, reconhecer que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução jurídica *além do texto* não implica legitimar o arbítrio ou o subjetivismo, nem tampouco recusar que o texto constitui um limite ao poder de interpretação.

3.2 DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

Antes mesmo de se tecer sobre a discricionariedade administrativa, merece destaque o Princípio da Separação de Poderes, segundo o qual a cada um dos Poderes deve corresponder funções específicas. Entende-se que esse princípio não deve ser entendido como sendo uma separação absoluta de funções, mas como sendo um sistema de “freios e contrapesos”, conforme idealizado por Montesquieu (em sua obra ‘O espírito das Leis’), em que cada Poder exerce suas funções de forma harmônica, muitas vezes havendo necessidade de um Poder interpenetrar na esfera de atribuições de outro Poder.

Acerca da origem deste princípio, Binenbojm (2006) informa que o Princípio da Separação de Poderes sempre foi invocado para satisfazer aos anseios da Administração Pública, ao passo em que aumenta a liberdade de decisão da mesma, afastando a possibilidade de controle judicial de seus atos. Entende-se que esta constatação não se coaduna com o surgimento do Estado Democrático de Direito, principalmente na fase atual do constitucionalismo brasileiro, em que não se pode falar em poder discricionário absoluto da Administração.

Entendendo a discricionariedade administrativa como liberdade numa abordagem tradicional, Medauar (1992, p.184) preceitua:

Tradicionalmente vem conceituada como a faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou de escolher uma solução entre muitas. Sobressai a idéia de escolha livre, de espaço livre, de identificação do interesse público e seleção de meios para efetivá-lo.

Este conceito traçado por uma autora da doutrina tradicional de Direito Administrativo serve para ilustrar como a ideia da discricionariedade administrativa estava ligada à de uma liberdade do Administrador na escolha de um

comportamento a ser seguido mediante unicamente critérios ligados à oportunidade e conveniência de seus atos.

Mello (2003, p.831), embora seja considerado um autor clássico do Direito Administrativo traz um conceito para a discricionariedade administrativa limitado à finalidade legal, e não de liberdade absoluta, senão vejamos:

Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Binenbojm (2006) demonstra a contento essa mudança ocorrida no âmbito da discricionariedade administrativa, a qual era entendida como sendo uma margem de liberdade de escolha do Administrador Público, sem necessariamente considerar princípios e regras constitucionais, e que passou a ser definida como limitada aos ditames legais. O autor lembra também como a discricionariedade representava uma contradição ao direito administrativo no que dizia respeito ao Princípio da Legalidade, vez que o gestor público poderia fazer uso daquela, insubordinando-se a esta.

No que tange à discricionariedade administrativa, cumpre, pois, ressaltar que, mesmo diante de dois ou mais caminhos possíveis a ser seguido pelo administrador público, sua escolha deve ser direcionada para o caminho que melhor conduzir à finalidade do interesse público, e não apenas em critérios de conveniência e oportunidade ao arpejo da lei.

Com o advento do Estado Democrático de Direito e a conseqüente ideia da *constitucionalização do direito administrativo*, estabeleceram-se "balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa", conforme ressalta Binenbojm (2006, p.25-26), ao afirmar que a discricionariedade

não representa mais um ambiente de livre escolha do administrador, face à “incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados”, o que conduziu ao abandono da “tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade.” Neste sentido, não é mais cabível o entendimento de que onde há ato discricionário, não há controle judicial. Muito pelo contrário: deve existir controle judicial sempre que a escolha do administrador público não estiver pautada em parâmetros jurídicos.

Nesta mesma linha de inteligência, Binenbojm (2006, p.39-40) trata da superação do que chamou de “velho paradigma do direito administrativo brasileiro”, informando sobre a necessidade de uma revisão da noção de discricionariedade, passando de um campo de escolhas meramente subjetivas, para um campo em que tais escolhas (atos e políticas públicas adotadas) devem ser fundamentadas juridicamente na Constituição e na lei. Se antes havia uma separação entre atos vinculados e atos discricionários, atualmente se menciona em “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. ” Para o autor, a discricionariedade não significa “liberdade decisória externa ao direito”, nem muito menos uma impossibilidade de controle judicial. Explica: “Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. ”

Deste modo, pode-se afirmar que, com o advento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, não cabe fazer referência a uma separação absoluta de poderes, mas da necessidade de controle e fiscalização recíprocos entre os Poderes, não havendo também que se falar em uma discricionariedade administrativa nos moldes tradicionais, de escolha subjetiva feita pelo administrador público, mas da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, o qual deve sofrer intensidade diferente diante da análise do caso concreto.

3.3 DA ANÁLISE DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS OU ATIVISMO JUDICIAL

Entende-se, pois, que deve haver um limite tanto para o campo da discricionariedade administrativa como para o controle judicial quando da apreciação de caso concreto que envolva o direito social à saúde, especialmente quando do fornecimento de medicamentos, tendo em vista a superioridade do texto constitucional, ditada pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, não há como mencionar discricionariedade administrativa quando do fornecimento ou não de certo medicamento pelo Poder Público, uma vez comprovada a hipossuficiência da parte e restar comprovada a existência de recursos públicos suficientes, não se verificando, portanto, a tese da reserva do possível ou, mesmo diante da escassez de recursos públicos, ficar comprovado que o Poder Público não se utilizou de escolhas razoáveis na alocação de tais recursos, tudo em razão da fundamentalidade do direito à saúde, associada ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana.

Assim, entende-se que a questão da exigibilidade dos direitos sociais não se compatibiliza com as críticas doutrinárias acerca da judicialização das políticas públicas ou do ativismo judicial, vez que se trata, no estudo em questão, de um ativismo judicial válido, que busca a equidade.

Quanto ao conceito de judicialização, esta é a posição de Barroso (2010, p.242-243): “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...).”

No que se refere ao ativismo judicial, Barroso (2010, p.245) leciona:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (...) A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Não obstante essa crítica existente acerca da judicialização ou do ativismo judicial em matéria de políticas públicas, a interferência do Judiciário, muitas vezes, se faz necessária, com o objetivo de verificar se os outros Poderes estão cumprindo com seu papel, nos termos colocados pela Constituição Federal.

Neste sentido, há o entendimento de que ao Estado compete a demonstração plausível das razões fáticas que lhe levaram a não cumprir com a determinação constitucional acerca das prestações positivas, enquanto que ao Judiciário caberia apenas a análise da razoabilidade e da “faticidade” desses motivos, sem, em sendo reconhecida a razoabilidade, ingressar no mérito da escolha da Administração Pública (AMARAL, 1999).

Defende-se, portanto, a existência da discricionariedade administrativa quando da idealização de políticas públicas, mas esta discricionariedade não deve ser absoluta, de modo a impedir a sua devida apreciação por parte do Poder Judiciário.

Quando se discute a efetivação dos direitos sociais, é preciso esclarecer também o fato de que no contexto atual do Constitucionalismo Contemporâneo, os direitos e garantias fundamentais ganharam maior destaque e o Poder Judiciário passou a ser visto como o que apresenta melhores condições para a efetiva garantia desses direitos, levando em consideração o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, segundo previsão de Rocha (1995). Este princípio é assim conceituado por Sarlet (2009, 67):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste

sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres que integram a rede da vida.

Da reflexão acerca deste conceito, deve-se ressaltar a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, estando, pois, relacionado à questão da efetivação dos direitos fundamentais, como no caso do direito ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, tendência seguida pela evolução do espírito democrático, na compreensão dos Estados Modernos de que a aferição do valor dos direitos do homem se dá mais pela sua eficácia do que pela sua idealidade, demonstrando que mais importante do que estar presente no texto constitucional deve ser a sua concretização (GOYARD-FABRE, 2003).

CONCLUSÃO

No âmbito brasileiro, com o passar do tempo, o direito administrativo passou por mudanças em seus paradigmas. Isto ocorreu tendo em vista, principalmente, o advento da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou como valor supremo do Estado Democrático de Direito brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, passou-se a dar maior importância à efetivação dos direitos sociais fundamentais, impondo limites à discricionariedade administrativa, num contexto de relativização do princípio da separação dos Poderes. Nesse campo propício, fortaleceu-se a tese do mínimo existencial, restringindo-se a aplicação da teoria da reserva do possível, fazendo-se necessária a análise do caso concreto e das circunstâncias que o permeiam perante o Judiciário, sob a ótica da ponderação de bens.

Dadas estas mudanças no âmbito do direito administrativo, passou-se a questionar até que ponto a tese da reserva do possível poderia prevalecer diante dos novos valores consagrados pela Constituição de 1988, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e, como seu corolário, o respeito ao mínimo existencial. Todavia, não se está querendo com isso afirmar que a discricionariedade administrativa e a tese da reserva do possível nunca poderão prevalecer. Entende-se que tal prevalência há de ser aferida no caso concreto e com cautela pelo Poder Judiciário, ao qual competirá verificar a comprovação da hipossuficiência da parte, a real necessidade do medicamento em específico pleiteado e real possibilidade financeira do Poder Público em custeá-lo.

Neste contexto, a jurisprudência atual predominante dos Tribunais é no sentido de que olhar com bons olhos a teoria do mínimo existencial em detrimento da tese da reserva do possível, tudo em função da dignidade humana, por se tratar de direito à saúde, intimamente associado ao direito à vida, merecendo, pois, ser preservado.

A pertinência que se coloca quando deste estudo se refere ao fato de os Tribunais estarem realizando devidamente uma abordagem da discricionariedade administrativa baseada numa hermenêutica constitucional quando do enfrentamento da questão na análise do caso concreto. Na verdade, atualmente, muitas decisões judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público estão sendo proferidas com o olhar atento do intérprete à ponderação de bens, valores, direitos ou princípios envolvidos e verificados na análise do caso concreto. A interpretação e a aplicação do direito merecem realmente ser analisadas com bastante cautela, a fim de que se possa, efetivamente, consagrar os valores estatuídos na Lei Maior, a qual deve ser interpretada *prima facie*.

Sugere-se que, diante de todas estas considerações, a técnica da ponderação de bens possa ser utilizada no caso de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, com base nas seguintes etapas quando da análise do caso concreto:

1). Caberá ao magistrado verificar a existência real da hipossuficiência da parte e da real necessidade do uso do medicamento específico pela mesma (inclusive verificando, se possível com a ajuda de especialistas, se há comprovação de que tal medicamento é realmente o mais aconselhado para o tratamento do mal que a comete a parte e se o mesmo ainda não está só em fase de teste);

2). Em caso afirmativo, deve passar a analisar a existência real da insuficiência de recursos públicos alegada pelo Poder Público;

3). Em caso negativo, o Poder Público deverá ser impelido a cumprir com a obrigação do fornecimento do medicamento específico pleiteado;

4). Já em caso positivo, deve o Judiciário verificar, se possível com a ajuda de técnicos em finanças públicas, se é plausível a escassez de recursos públicos, isto é, se o Poder Público cumpriu com suas obrigações quando da elaboração de políticas públicas na seara da saúde;

5) Caso verifique o Judiciário que o Poder Público não usou de razoabilidade quando da escolha em matéria de políticas públicas de saúde, também deverá, sem sombra de dúvidas, entender pelo fornecimento do medicamento específico pleiteado;

6). Se restar comprovado que o Poder Público usou de razoabilidade quando da alocação dos recursos públicos, deve-se, então, sopesar os direitos envolvidos, a fim de se obter a solução mais condizente com os valores estabelecidos pela Constituição de 1988.

Pugna-se, pois, por um ativismo judicial que busque a equidade, motivado sempre pelos ditames constitucionais e pela utilização da técnica da ponderação de bens quando for o caso de colisão de direitos, analisando e motivando a prevalência de um sobre o outro, de modo a se obter uma menor restrição possível do direito privilegiado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Teoria dos direitos fundamentais***. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. ***Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes***. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95-116.

ÁVILA, Humberto Bergmann. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos***. 7. ed. Malheiros Editores, 2007, p. 32.

BARCELLOS, Ana Paula de. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana***. 2. ed.ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs). ***Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres***. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. ***Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática***. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; PETER DA SILVA, Christine Oliveira (Coords.). *Controle de Constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 241-254.

_____. ***Temas de direito constitucional***. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, senado, 1988.

_____. **Lei Complementar 101, de 04 de Maio de 2000**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 de maio de 2013.

_____. **Lei Complementar 141, de 13 de Janeiro de 2012**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 de maio de 2013.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05 de maio de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 14, n. 54. São Paulo: RT, jan/mar 2006, p. 28-39.

GOYARDE-FABRE, Simone. **O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 36-37.

_____. A construção do direito fundamental à alimentação adequada no nordeste brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 17, n.68, jul/set 2009, p.19-41.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 184.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.**15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 831.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 3.916/98. **Regulamenta a Política Nacional de 30 10 1998.html**>. Acesso em: 20.out.2013.

_____. **Resolução nº 338, de 06 de Maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.** Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html>.
Acesso em: 20.out.2013.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2010.

PALMER, Richard E. **Hermeneutics – Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Edições 70, Lda.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-86.